

Veinte años, de doctrina Constitucional consolidando el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios.

Calos Alberto Atehortúa Ríos.
atehocarlos@gmail.com

Después de veinte años de construcción, avances y retrocesos, en la actualidad podemos predicar que existe un “derecho de los servicios públicos”, en el que se han consolidado posiciones jurídicas de innegable valor y que podemos soportar en nueve ejes centrales, que han sido construidos a partir de la doctrina de la Corte Constitucional y del reconocimiento de que la prestación de los servicios públicos corresponde a actividades económicas reguladas y a la mezcla del estado social y eficiencia económica, esto es: “la economía social de mercado”.

Durante los veinte años que van de 1994 al 2014, ha sido la doctrina constitucional la que ha guiado los principales avances del sector y la que con mayor énfasis ha registrado la necesidad de construir un justo equilibrio entre el sentido económico que debe imperar en la prestación de los servicios públicos y la función social que ellos deben cumplir en la concreción de las instituciones propias del Estado de derecho.

De un lado la Corte Constitucional ha reconocido que tanto los servicios públicos, como las empresas que los prestan y sus servidores pueden estar sujetos al derecho privado, lo que facilita las condiciones para que sean prestados en condiciones de igualdad por diferentes tipos de proveedores, así mismo, en varias oportunidades ha reconocido que la prestación de servicios públicos no constituye el ejercicio de función pública alguna, pero de otro lado, ha sido insistente en sostener que la libre empresa y la competencia en este sector no son absolutas y están sujetas a la intervención y regulación del Estado, y además, con un sentido eminentemente social ha salido en protección de los usuarios exigiendo su protección, en particular que no se pueda suspender la prestación de los servicios si con ello se afectan derechos fundamentales de personas especialmente protegidas.

Sin lugar a dudas los avances jurídicos en el sector de los servicios públicos domiciliarios han sido notables, y cada vez es más clara su incidencia en la calidad de vida de las personas y en el desarrollo económico y social, lo que justifica plenamente que estén sometidos a un régimen especial, con el que se busca la concreción de la cláusula de “Estado Social de Derecho”, que ha adoptado nuestra Constitución.

Los servicios públicos constituyen uno de los asuntos en que más efectos ha tenido la aplicación práctica de la doctrina constitucional, como fuente principal de derecho, lo que se materializa en las drásticas mutaciones que ha tenido en su interpretación y aplicación la Ley 142 de 1994, pudiéndose resaltar asuntos tan relevantes como (i) el derecho al mínimo vital y las cargas de servicio universal; (ii) las acciones afirmativas a favor de los recicladores de oficio y (iii) la existencia de la regulación económica y social y (iv) la necesidad de garantizar el debido proceso a los usuarios en la toma de decisiones que puedan llegar a afectarlos.

Los ejes rectores sobre los que se edifica la teoría del servicio público en Colombia, han sido:

1. **Los servicios públicos aunque se han liberalizado, no corresponde a actividades económicas libres**, sino por el contrario, se trata de actividades sujetas a la intervención del Estado, en las que el derecho a la libre empresa, la competencia y la libre iniciativa privadas no son absolutas y pueden ser limitadas para el adecuado cumplimiento de los fines propios del Estado Social de Derecho. [C-041-03]¹.
2. **Los servicios públicos domiciliarios están íntimamente asociados a la materialización del Estado Social de Derecho**, "... de tal manera que no se puede concebir la existencia de éste sin que dentro de sus tareas se encuentre la de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, a través de una prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos." [C-041-03].
3. **Es deber del Estado garantizar su prestación eficiente, pero dentro de sus características básicas está la de que pueden ser prestados por las comunidades organizadas y por los particulares**, tal como se deriva del tenor literal del artículo 365 de la Constitución y es reiterado por la Corte

¹ En la sentencia C-041 de 2003, la Corte Constitucional expresó: No obstante, hay que destacar que cuando son los particulares los que proporcionan el bien o servicio, deben estar siempre bajo la regulación, vigilancia y control del Estado, pues la Constitución le atribuyó una competencia general en dicha materia (art. 365 C.P.). Lo anterior por cuanto la economía se encuentra bajo la dirección general del Estado y por ello las distintas actividades en ese ámbito, entre las cuales se encuentra la prestación de los servicios públicos, son objeto de su intervención "*para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano* (art. 334 C.P.)"¹.

Constitucional en la sentencia C-041 de 2003², de allí que los artículos 10 y 15 de la Ley 142, reiteren la posibilidad de que los particulares se ocupen de la prestación de esta clase de servicios.

4. **Los servicios públicos se someten a un régimen Constitucional y legal especial,** “ ... Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.” [C-736-07]
5. **La prestación de servicios públicos no constituye el ejercicio defunción pública,** en tanto la prestación de los servicios públicos no desarrolle el ejercicio de potestades o prerrogativas de poder público y se asimilen al desarrollo de actividades industriales y comerciales sujetas al derecho privado, no cumplen con los supuestos jurídicos básicos que permitan

² En la Sentencia C-041 de 2003, la Corte Constitucional expresó:

Así las cosas, en la Constitución de 1991 los servicios públicos se caracterizan por: (i) tener una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser eficiente²; (ii) el régimen jurídico al cual estarán sometidos es el que fije la ley; (iii) pueden ser prestados no solamente por el Estado, directa o indirectamente, sino también por comunidades organizadas o por particulares; (iv) el Estado mantendrá siempre su regulación, control y vigilancia; (v) su régimen tarifario consultará, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos; (vi) deberán ser prestados directamente por los municipios, en tratándose de los servicios públicos domiciliarios, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y (vii) las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos.

reconocer que se trata del desarrollo de funciones administrativas³. [C-037-03, C-558-01, C-338-11⁴]

6. **El régimen jurídico de los servicios públicos es de carácter mixto**, de un lado se aplica el derecho privado en la gestión y producción de los servicios y de otro se aplican reglas de derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y en las relaciones empresa usuario. [C-066-97 y C-263-96]
7. **Las Empresas se someten a un régimen jurídico especial**, que tiene su fundamento en el numeral 7 del artículo 150 y en el artículo 367 de la Constitución. [C-736-07] y ese régimen general conlleva a que como regla general en materia de actos, contratos y servidores el régimen aplicable es el derecho privado. [En el caso de los servidores se excluyen las Empresas de Servicios Oficiales y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado]
8. **La regulación de los servicios públicos se legitima en la participación**, lo que tienen como consecuencia que los entes reguladores deban incluir en el procedimiento regulatorio la participación tanto de los usuarios, como la de los prestadores de los servicios. [C-150-03]⁵

³ En la sentencia C-558-01, la Corte Constitucional expresó:

Primeramente debe destacarse el significativo avance que entraña el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo en lo atinente al universo de personas habilitadas para desempeñar funciones administrativas, pues como bien se sabe, merced a esta disposición se le reconoció a los particulares la eventual capacidad para cumplir funciones administrativas, y por contera, la posibilidad de acceder a la condición genérica de autoridades. Desde luego que tal preceptiva no correspondió a una gracia o dádiva otorgada por la ley a favor de los particulares, antes bien, lo que se registró allí (decreto 01 de enero 2 de 1984) fue un reconocimiento a la creciente incursión del sector privado en la prestación de servicios públicos tales como la enseñanza, la salud, el transporte, la banca, etc. Disposición que por otra parte no ha sido ni es indicativa de que la prestación de servicios públicos sea "per se" una función administrativa.

⁴ En la sentencia C-338-11, la Corte Constitucional expresó:

La síntesis de la evolución jurisprudencial de la que se acaba de dar cuenta conduce a afirmar que "el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas" o, en términos más generales, que "el control disciplinario fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas"

⁵ En la Sentencia C-150-03 la Corte Constitucional expresó:

De esta forma, la participación de los usuarios se constituye en un mecanismo, tanto para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones de regulación, como para disminuir el riesgo de captura del órgano de regulación por los agentes regulados. Al tener el regulador que oír y atender tanto las posiciones de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios como de los usuarios de los mismos, se busca precaver que el regulador adopte la visión del regulado cuando se presenta el fenómeno de la captura, anteriormente mencionada.

9. **Los servicios públicos domiciliarios no pueden ser suspendidos sin que previamente se garantice el debido proceso o si su suspensión afecta derechos fundamentales** de personas especialmente protegidas, se impide o afecta sustancialmente el funcionamiento de escuelas, hospitales o cárceles, o se afecta gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad. [Sentencias T-793-12 y C-150-03]

Las anteriores bases de la teoría del servicio público en Colombia, se han consolidado a partir de la doctrina que ha venido construyendo la Corte Constitucional en los últimos veinte años, de la que se resaltan algunas de las sentencias que podrían hacer parte de lo que se denominaría “antología del pensamiento colombiano en materia de servicios públicos”.

Algunos de los extractos que conforman ese pensamiento antológico son:

1. **Servicios públicos en el contexto del Estado Social de Derecho. Sentencia C-041-03.**

“La concepción del Estado social de Derecho (art. 1 C.P.) comporta el cumplimiento de ciertos fines en cabeza de la organización estatal orientados a servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política (art. 2 C.P.). Tales propósitos conllevan a que las actuaciones del Estado estén enderezadas a cubrir necesidades básicas insatisfechas y a garantizar las mínimas condiciones para que la existencia del hombre sea acorde con su dignidad humana.

“Dentro de ese contexto el Constituyente otorgó especial importancia a los servicios públicos al establecer que los mismos son inherentes a la finalidad social del Estado y consagró dentro de los deberes de éste el de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 C.P.). El Capítulo 5 del Título XII de la Carta se ocupa del tema de los servicios públicos y de su estrecha relación con el Estado social de Derecho, de tal forma que no se puede concebir la existencia de éste sin que dentro de sus tareas se encuentre la de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, a través de una prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos.”

2. **Definición y Características de los servicios públicos domiciliarios. Sentencia C-353-06.**

“Ahora bien. Dentro de las modalidades de servicios públicos, la Constitución le dio especial relevancia a los de carácter domiciliario, que han sido definidos por esta Corporación como *“aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas.”*⁶, es decir, deben ser considerados como servicios públicos esenciales. En artículo 367 de la Constitución, dejo a la configuración del legislador la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a su prestación, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Igualmente, la ley debe determinar las entidades competentes para fijar las tarifas.

“Al respecto de las características relevantes de los servicios públicos domiciliarios, esta Corporación ha indicado las siguientes: (i) *tener una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser eficiente*⁷; (ii) *el régimen jurídico al cual estarán sometidos es el que fije la ley*; (iii) *pueden ser prestados no solamente por el Estado, directa o indirectamente, sino también por comunidades organizadas o por particulares*; (iv) *el Estado mantendrá siempre su regulación, control y vigilancia*; (v) *su régimen tarifario consultará, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos*; (vi) *deberán ser prestados directamente por los municipios, en tratándose de los servicios públicos domiciliarios, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y (vii) las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos.”*⁸

3. Los servicios públicos se someten a un régimen jurídico especial. C-736-02.

“4.2 Ahora bien, de esta reglamentación constitucional, de manera especial de lo afirmado por el artículo 365 cuando indica que los servicios públicos *“estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”*, la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios

⁶ Sentencia T-578 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Concepto acogido en las sentencias C-444 de 1998 y C-041 de 2003.

⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-389 del 22 de mayo de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

⁸ Sentencia C-041 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.”

4. Los regímenes jurídicos especiales se aplican de preferencia a los generales. Su-1010-2008.

“Sobre esto último, cabe precisar que la remisión que hace el artículo 132 de la Ley 142 de 1994 a las normas del derecho privado, se relaciona con la posibilidad de incorporar en el contrato de servicios públicos domiciliarios, reglas establecidas en el Código Civil o en el Código de Comercio respecto de aspectos generales que no se encuentren previstos o regulados en la Ley 142 de 1994, esto es, siempre que se trate de situaciones no reguladas de manera especial en dicha legislación. Una interpretación diversa a la señalada llevaría a considerar que, a pesar de que el legislador haya establecido una regulación específica e integral de determinada materia, es posible modificarla o derogarla tácitamente a través de la remisión a figuras previstas en otras normas de carácter general, en este caso del derecho privado de los contratos, generando una modificación de las previsiones especiales.

“En este sentido, debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, el cual contiene reglas de hermenéutica en materia de aplicación de normas jurídicas, cuando exista una ley especial que regule determinada materia, se preferirá para su aplicación ésta frente a otra que tenga carácter general. Así, el artículo en mención establece:

“ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad ó generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones,

Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.” (Se resalta)

“En esta misma dirección y en relación con las remisiones normativas que, en ocasiones, introduce el legislador en el texto de algunas leyes, la jurisprudencia constitucional ha señalado que ellas se refieren a aspectos no regulados expresamente en la legislación especial, ya que sólo de esa manera es posible armonizar las disposiciones específicas y la remisión a normas de contenido general.”

5. No siempre los servicios públicos pueden prestarse en condiciones de mercado.C-739-08.

“En efecto, cómo se ha visto, se presentan casos en los cuales el sistema de mercado constituye una barrera para la prestación del servicio público domiciliario. Ello sucede en varios eventos: por ejemplo, por razones geográficas (usuarios muy aislados o ubicados en zonas de difícil acceso), o por circunstancias socio económicas (la presencia en determinada zona o municipio de una demanda compuesta prioritariamente por consumidores de estratos bajos), o porque se dan los supuestos de lo que se ha llamado un “monopolio natural”. Circunstancias todas estas que hacen que, con cargo a las tarifas, aun incluyendo las pagadas por los usuarios de estratos altos con el componente de subsidio que ellas conllevan, no sea posible que las empresas lleguen a tener interés en la gestión del negocio. En estos casos, ante la exigencia constitucional que le impone al Estado asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios en términos de eficiencia y de universalidad, no es posible pretender el diseño de un sistema de financiación que acuda exclusivamente a las tarifas y a los subsidios o contribuciones de solidaridad de los estratos altos, siendo necesario el aporte de las entidades públicas para contribuir al logro de la finalidad social del Estado, ínsita en la correcta prestación de dichos servicios.

“Así pues, la ponderación entre los principios de solidaridad y de igualdad, que le exigen al legislador establecer un régimen tarifario proporcional y equitativo para los sectores de bajos recursos, que involucre mecanismos de redistribución de ingresos entre las distintas clases sociales, de un lado, y de otro la orden constitucional que le impone al Estado asegurar, en todos los casos, la eficiente y universal prestación de los servicios públicos domiciliarios, exige interpretar el artículo 368 de la Constitución en el sentido según el cual la autorización de conceder subsidios solamente a los estratos bajos de la población, no cobija aquellos supuestos de hecho en que por diversas razones económicas o de mercado sea menester que el Estado intervenga la economía asumiendo la construcción de obras de infraestructura o adquiriendo derechos necesarios para lograr dicha prestación eficiente y universal a todos los habitantes del territorio nacional.”

6. La prestación de servicios públicos no está librada exclusivamente a las situaciones del mercado. C-741-03

“Si bien es cierto que, tal como lo establece el artículo 365 Superior, los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, el logro de las finalidades sociales que justifican su prestación no esta totalmente librada a las condiciones del mercado. Por ello, para asegurar el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado social de derecho (artículo 365 de la C.P.), y de lograr el objetivo fundamental de la actividad estatal consistente en dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366 de la C.P.), el Estado mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios públicos. Tal como lo resaltó la Corte recientemente, tan *“importante es el mencionado objetivo constitucional que el Constituyente ha previsto incluso la posibilidad de establecer, por razones de soberanía o de interés social, por iniciativa del Gobierno y mediante ley, un monopolio estatal en materia de servicios públicos previa la plena indemnización a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365 inc. 2 de la C.P.).”*⁹

7. Los concejos municipales tienen competencias reglamentarias en el sector de los servicios públicos.C-179-05

“Así pues, como bien lo ponen de manifiesto algunos de los intervinientes, los concejos municipales están facultados legal y constitucionalmente para fijar los parámetros y directrices en la prestación, inversión, costos, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios en su respectivo municipio, y para ordenar que del presupuesto municipal se destinen recursos con destino al subsidio en la prestación de tales servicios a los estratos socio económicos bajos; de todo lo cual deviene la influencia personal de los concejales en las correspondientes empresas, que sin duda puede entrar en colisión con sus intereses personales, si simultáneamente fungen como empleados o contratitas de las mismas.

“No obstante, esta especial atribución de facultades a los concejos en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios no se presenta con los mismos rasgos respecto de las demás empresas que presten otra categoría de servicios, las cuales no están sujetas al régimen jurídico especial de aquellas.”

8. Competencia concurrente entre la actividad del legislador y las competencias reglamentarias de las entidades territoriales. C-599-96.

“La regulación de los servicios públicos es tarea propia del legislador tal como lo ordenan los artículos 150-23 y 365 de la Constitución, en cuyos textos se lee: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-503 de 2003, MP: Manuel José Cepeda, ya citada.

funciones:“Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”; “.....Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.....” (Resalta la Corte)

“A nivel territorial les compete a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales reglamentar en sus respectivos territorios la prestación de tales servicios. (arts. 298, 300-1, 311 y 313-1 C.N.)

“Así las cosas, existe en este campo una competencia concurrente; por una parte a la ley “le compete establecer por vía general el régimen jurídico de los servicios públicos, esto es, expedir el estatuto básico que defina sus pautas y parámetros generales y que regule los demás aspectos estructurales de los mismos (arts. 150-23 y 365 C.N.)”. Y a los departamentos y municipios “desarrollar por la vía del reglamento la preceptiva legal y adecuarla a las particulares peculiaridades propias de su ámbito territorial. En otros términos, corresponde a las autoridades de esos niveles ejercer la potestad reglamentaria para dar concreción y especificidad a la normación legal de modo que con sujeción a sus parámetros, dispongan lo conducente a la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos según las características de las necesidades locales.”¹⁰

9. La creación de empresas de servicios públicos tiene fundamento en el texto constitucional. C-736-07.

“Corroborar la anterior interpretación el hecho de que la Constitución, en el numeral 7° del artículo 150 de la Carta, autoriza al legislador para crear o autorizar la creación de entidades descentralizadas del orden nacional, categoría dentro de la cual no sólo incluyó a los clásicos establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta, sino también a “*otras entidades del orden nacional*”, aclarando así que no existe una clasificación cerrada de entidades del orden nacional, sino que bien puede al legislador idear otras formas de organismo público o mixto. Por eso señaló el constituyente que al Congreso le corresponde, mediante ley, “*determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica;... así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.* (Destaca la Corte).

“En desarrollo de este propósito constitucional de revestir de naturaleza y régimen jurídico especial la prestación de los servicios públicos, mediante la Ley 142 de 1994 el Congreso estableció concretamente el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y señaló qué tipo especial de sujetos podrían prestarlos y bajo qué régimen jurídico debían hacerlo. A este respecto, el

¹⁰ Sent. C-517/92 M.p. Ciro Angarita Barón

numeral 1° del artículo 15 de dicha Ley prescribe que pueden prestar esta clase de servicios, entre otras personas, las “*empresas de servicios públicos*”.

10. Aplicación de prerrogativas y controles a las empresas de servicios públicos. C-263-96.

“Diferentes disposiciones de la ley 142 de 1994, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, otorgan a las empresas de servicios públicos domiciliarios una serie de derechos, privilegios y prerrogativas que son propias del poder público, vgr, la calificación como esenciales de los servicios públicos domiciliarios y, por consiguiente, la prohibición de la huelga en ellos, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, o la facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales de inmuebles o remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos, para asegurar la organización y el funcionamiento del servicio, en los términos de la ley 56 de 1981, así como la potestad de ejercer la autotutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a través de decisiones unilaterales o actos administrativos definir una controversia frente al usuario y, por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, e incluso decidir el recurso de reposición contra dichas decisiones (arts. 4, 56, 57, 106 a 114, 117, 119, 152 a 159).

Consecuente con lo dicho, 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.”

11. Cuando los Municipios y las empresas industriales y comerciales del Estado prestan servicios públicos, se someten a régimen especial de la Ley 142 y no al ordinario de la administración pública. Sentencia C-035-03.

“Ahora bien, la circunstancia de que al municipio se le aplique ordinariamente el artículo 75 de la ley 80 de 1993 para dirimir sus conflictos contractuales, no es razón válida ni suficiente para desestimar la primacía que tiene la jurisdicción ordinaria sobre la contencioso administrativa para conocer y decidir con exclusividad sobre los procesos ejecutivos contemplados en la norma censurada. Pues, sencillamente, el artículo 18 de la ley 689 de 2001 señaló de manera taxativa e inequívoca el juez competente para conocer de los mencionados procesos; sin que por otra parte sea dable aducir prevalencia alguna de la ley 80 de 1993 con apoyo en el artículo 150-25 superior, toda vez que mientras esta ley se circunscribe a las entidades que integran la Administración Pública, por su parte las leyes relativas a servicios públicos domiciliarios, incluida la 689 de

2001, con fundamento en el artículo 365 de la Constitución comprenden las entidades y empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que si bien cumplen funciones administrativas en determinadas hipótesis, por su naturaleza y objeto social no podrían pertenecer a la Administración Pública. Lo cual margina a tales entidades y empresas de la aplicación de la ley 80 de 1993, salvo en aquellos casos en que la ley 142 de 1994, o las que la modifican, remitan a sus destinatarios hacia los dominios del Estatuto de Contratación Pública. Advirtiendo sí, que, cuando los municipios prestan directamente servicios públicos domiciliarios (art. 6, ley 142/94), aunque institucionalmente pertenecen a la Administración Pública, en lo atinente a la prestación de tales servicios deben someterse a los dictados de la preceptiva rectora de los mismos. Similar situación corresponde al caso de las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de los mencionados servicios, que en virtud del artículo 115 superior hacen parte de la rama ejecutiva, y por tanto de la Administración Pública. Sin perder de vista que, en sentido estricto, las empresas industriales y comerciales del Estado -de cualquier esfera o nivel- se integran funcionalmente a la Administración Pública en la medida en que cumplen funciones administrativas, que no en lo tocante al desarrollo de su objeto social, por definición vinculado al derecho privado, tal como lo enseña la tradición legal acaecida desde el decreto 3130 de 1968 hasta nuestros días.”

12. Efectos de la nulidad sobre actos y contratos asociados a servicios públicos. C-066-97.

“No encuentra la Corte fundamento alguno que sirva para declarar la inexequibilidad del artículo 38 *sub júdice*, a partir de los argumentos esgrimidos por el demandante. Como sucede con la disposición anteriormente examinada, el artículo 38 de la ley 142 de 1994 consagra dos supuestos de hecho: primero, la sola anulación de los actos administrativos relacionados con los servicios públicos domiciliarios; y segundo, las consecuencias posibles de tal determinación jurisdiccional, es decir, el restablecimiento del derecho o la reparación del daño. En cuanto al primero, efectivamente la ley restringe el ámbito temporal de la anulación de los actos administrativos al momento de su declaratoria y hacia adelante, exclusivamente, con el fin de que todas las actuaciones consolidadas antes de la misma queden incólumes. Hasta aquí nada ha dicho el legislador sobre las posibles condenas patrimoniales, restablecimiento de derechos o reparación de daños a que haya lugar, sino simplemente se ha referido a la desaparición del acto anulado, a su exclusión del mundo jurídico, lo cual, se repite, sucede desde el momento en que así lo disponga la jurisdicción competente y hacia el futuro.

“Otra cosa sucede en relación con las consecuencias a que puede llevar la anulación de un acto administrativo, segundo supuesto de hecho del artículo 38, cuya lectura, contraria a la efectuada por el actor, en ningún momento limita la reparación o el restablecimiento a los daños causados o derechos conculcados después de la

declaratoria de nulidad. No. Precisamente el legislador, previendo esta segunda posibilidad, separó la redacción de la norma buscando, de una parte, garantizar la estabilidad y seguridad jurídica en los asociados con la intangibilidad de las actuaciones amparadas por un acto administrativo posteriormente declarado nulo; y de otra, que los daños antijurídicos o los derechos cuya materialización o vulneración se desprendan de dicha declaratoria, puedan ser reparados o restablecidos, no desde el momento en que se profiera el fallo y hacia adelante únicamente, sino desde su efectiva verificación, incluso si ella se retrotrae a un momento anterior a la expedición del fallo. Luego, son diferentes los efectos en el tiempo de la anulación de los actos administrativos, que por orden del legislador solamente pueden ser *ex nunc*, y las consecuencias de la misma en cuanto a la reparación de daños o el restablecimiento de derechos que, dependiendo de las circunstancias, pueden tener efectos *ex tunc*, con lo cual, en manera alguna, el legislador ha desbordado lo prescrito en el artículo 90 constitucional.”

13. El derecho a libre empresa y la competencia no son absolutos. C-741-03.

“En materia de libertad de empresa en la prestación de servicios públicos domiciliarios, esta Corte ha resaltado que “en el Estado Social de Derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, pues debe recordarse que, además de la empresa, la propiedad también es una función social (Art. 58 CP) y que la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (Art. 333 CP),” y en consecuencia su ejercicio está sometido no sólo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el Presidente, sino también a las directrices que les señalen las comisiones de regulación.¹¹

“Lo anterior evidencia que el ejercicio de los derechos de asociación, de participación, de libertad de empresa y de libre competencia en materia de servicios públicos puede ser objeto de limitaciones orientadas a garantizar, entre otros fines, la eficacia de su prestación, la calidad del servicio y la ampliación de la cobertura a los sectores más necesitados en aras del principio de solidaridad. Con el fin de examinar la limitación a las organizaciones solidarias para poder prestar servicios públicos domiciliarios, pasa la Corte a recordar el régimen legal de la participación de las organizaciones solidarias y de las empresas de servicios públicos en la prestación de los mismos.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000, MP: José Gregorio Hernández Galindo, donde la Corte encontró conforme a la Constitución que el Presidente pudiera delegar sus funciones de señalar políticas generales en materia de servicios públicos a las Comisiones de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Ambiental, de Energía y Gas Combustible, y de Telecomunicaciones.

14. Las comunidades organizadas tienen su habilitación legal para prestar servicios públicos domiciliarios en el numeral 15.4 del artículo 15 de la Ley 142. Sentencia C-741-03.

“El artículo 15.4 de la Ley 142 de 1994 no estableció un tipo único para la prestación de los servicios públicos, sino que tuvo en cuenta que la Constitución prevé que tanto el Estado, como las comunidades organizadas y los particulares, pueden prestar servicios públicos (Artículo 365, CP). Igualmente, orientó el ejercicio de su potestad según los fines constitucionales que persigue la regulación de los servicios públicos, a saber: garantizar la eficiencia y continuidad en su prestación, ampliar su cobertura, permitir la participación democrática, y facilitar la vigilancia y el control estatales sobre las prestadoras de estos servicios. En tercer lugar, consideró las circunstancias históricas, sociales, geográficas, económicas y administrativas que resultaban relevantes para la prestación de los servicios públicos domiciliarios y de conformidad con ellas, estableció un conjunto de alternativas para la organización de las entidades prestatarias, dentro de las cuales incluyó a las “organizaciones autorizadas”. De tal manera que el fin de la norma acusada es legítimo y el medio para alcanzarlo es adecuado a dicho fin, sin que la Constitución exija en esta materia de definición de tipos societarios y forma de organización un análisis más estricto, como lo ha dicho reiteradamente la Corte.¹²”

15. Los servicios públicos domiciliarios no pueden suspenderse cuando se afectan derechos fundamentales de sujetos con especial protección constitucional. T-793-12.

“19. En esa medida, la suspensión de los servicios públicos domiciliarios no puede tener lugar, pese al incumplimiento sucesivo en el pago de los servicios, si la suspensión se efectúa en cualquiera de dos clases de hipótesis: (i) o con violación de las garantías del derecho al debido proceso o (ii) bajo el respeto del debido proceso, pero con la consecuencia aneja de: (a) suponer “*el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos*”, (b) “*imp[edir] el funcionamiento de hospitales y otros establecimientos también especialmente protegidos*” o (c) “*afect[ar] gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad*”. Por tanto, no basta con que entre los usuarios de servicios públicos domiciliarios haya un sujeto de especial protección, para que se enerve la potestad de suspenderlos que el ordenamiento les reconoce a las empresas de servicios públicos domiciliarios. Es necesario además que la consecuencia directa de esa suspensión sea el desconocimiento de sus derechos fundamentales. Por consiguiente, la Sala debe establecer si esa fue la consecuencia de la suspensión en este caso.”

¹² En la sentencia donde se advirtió que en materias económicas el test de igualdad tenía unas características definidas para respetar el amplio margen de configuración del legislador, se juzgó precisamente una norma sobre requisitos de un tipo societario, ver C-265 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

16. La aplicación de la ley 142 no se limita a los servicios públicos domiciliarios, también incluye las actividades de los prestadores y otros servicios. C-035-03.

“Por último, cabe agregar que no le asiste razón al demandante cuando afirma que la ley 142 de 1994, por el hecho de decir *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones,”* regula exclusivamente los referidos servicios, descartando todas las disposiciones que no se refieran directamente a los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. Pues como bien claro resulta, el propio artículo 1° de la mencionada ley dispone que allí están reguladas, además, **las actividades que realizan las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 ibídem**, las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del título preliminar y, finalmente, **los otros servicios previstos en normas especiales de la misma ley**. De lo cual se concluye que la ley 142 de 1994 no tiene un ámbito de aplicación restringido a los servicios públicos de carácter domiciliario sino que abarca otros tópicos conexos, entre los cuales milita la norma parcialmente acusada, tal como quedó integrada al universo de la ley 142 de 1994.”

17. Las Empresas de servicios públicos mixtas, no son sociedades de economía mixta. C-736-07.

“5.2.5 Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución. Ciertamente, según se dijo arriba, del artículo 365 superior se desprende que el régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial; además, del numeral 7° del artículo 150 de la Carta, se extrae que el legislador está constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de *“otras entidades del orden nacional”*, distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta.

“Por todo lo anterior, la Corte encuentra que cuando el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispone que una empresa de servicios públicos mixta *“(e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50”*, y cuando el numeral 7 de la misma disposición agrega que *una empresa de servicios públicos privada “(e)s aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”*, simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, y estableciendo para

este propósito diferencias fundadas en la mayor o menor participación accionaria pública.”

18. Modificación de los contratos de concesión de servicio público originada en la Ley o el Reglamento dentro del proceso de su ejecución. C-350-97.

“El contrato estatal a través del cual se otorga la concesión de un servicio público, como se dijo, es un acto complejo, cuyos términos pueden verse afectados en dos casos: por decisiones de la administración pública dirigidas a la mejora del servicio, o por disposiciones legales o reglamentarias posteriores, adoptadas por motivos de utilidad pública o de interés general, frente a los cuales deberá ceder el interés particular.

“En el primer caso, dado el carácter administrativo de la concesión, “...la Administración Pública, en ejercicio de sus prerrogativas, [tiene la posibilidad de introducir] todas las modificaciones que juzgue menester en la organización o en el funcionamiento del servicio. Las modificaciones que establezca la administración siempre tendrán por base el contrato de concesión de servicio público, cuya naturaleza habilita tales modificaciones. Estas forman parte del contrato, expresan una situación contractual, no legal o reglamentaria. El deber del concesionario de adaptar el servicio a las nuevas necesidades o conveniencias del público, y el correlativo poder de la administración para exigir el cumplimiento de tal deber derivan, directamente, del carácter de contrato administrativo de la concesión de servicio público.”¹³

“Nótese que éste tipo de definiciones de la administración, que generan modificaciones a los términos de los contratos de los concesionarios que prestan el servicio, deberán referirse siempre a la prestación del mismo, por eso ellas son de obligatoria aceptación para el contratista, quien tiene la obligación, de carácter contractual, de adaptar sus actividades a las nuevas condiciones impuestas por la administración, las cuales, se presume, se adoptan para optimizar el servicio y por motivos de interés público o bienestar general.

Pero, qué pasa cuando las modificaciones al contrato de concesión, se originan en una ley o reglamento posterior y no se refieren exclusivamente a las condiciones mismas de la prestación del servicio, sino que afectan al concesionario en lo que tiene que ver con sus derechos, obligaciones y prerrogativas como contratista ?

Es obvio que operaría el mismo principio, esto es, que el legislador con base en la competencia que le atribuye el artículo 150 de la Carta para derogar, modificar, o interpretar las leyes bajo las cuales se celebraron unos determinados contratos, podrá hacerlo siempre y cuando medien motivos de interés público o de utilidad común, frente a los cuales deberá ceder el interés particular, competencia que

¹³ *Ibíd*em

en el caso de los servicios públicos se complementa con las facultades que para el Congreso se desprenden del artículo 365 de la Constitución: ...”

19. Aplicación del pacta sunt servanda en los contratos de concesión, en los casos en que la nueva legislación no privilegia el patrimonio público. C-555-13.

Para esta Corporación, se impone el acatamiento de las normas producto del acuerdo entre las partes, acorde con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 cuyo tenor literal reza:

En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

- 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y*
- 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.*

“Encuentra la Corte que no caben razones para desconocer el principio *pacta sunt servanda*, el cual subyace a las reglas transcritas y, tiene expresión legal en el artículo 1602 del Código Civil- el aludido principio significa el acatamiento de las partes al acuerdo realizado y consignado en las cláusulas contractuales.

“...

“No se ignora que el legislador puede modificar las condiciones del contrato, incluida la propia cláusula de reversión, pero siempre y cuando ello apunte a la satisfacción del interés público, a cuya protección el Estado no puede renunciar, lo que no ocurriría en esta oportunidad, si se dejara vigente el entendimiento cuestionado.

“Finalmente, se trata de preservar el equilibrio contractual, el cual no se vería afectado al conservar íntegras las cláusulas de reversión inicialmente pactadas porque, como se ha explicado, aquellos contratistas tuvieron la oportunidad de hacer los cálculos amortizatorios para recuperar la inversión de los bienes y elementos necesarios para el cumplimiento del servicio.”

20. La prestación de servicios públicos no es equivalente al ejercicio de funciones administrativas. C-037-03.

“4.1.1.3 Los conceptos de función pública y de servicio público en la Constitución. La imposibilidad de hacer equivalentes el ejercicio de funciones públicas y la prestación por un particular de un servicio público.

Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia¹⁴.

“4.1.1.3.1 La Constitución utiliza el término “función” para identificar las actividades del Estado, (art.113 C.P.)¹⁵ así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que *“no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”*, en tanto que el artículo 212 superior expresa que *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.*

La Constitución hace referencia a las expresiones “función pública” y “funciones públicas” de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de “funciones públicas” por los servidores públicos.

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como “funciones públicas” la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la “función administrativa” (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública.

Ahora bien, como ya ha señalado esta Corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado¹⁶.

¹⁴ **ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

¹⁵ **Artículo 113** Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

¹⁶ Ver Sentencia C-563/98 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonnel.l.

Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

“Así las cosas, la noción de “función pública” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

“Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3).

“4.1.1.3.2 La Carta Política -Capítulo V del Título XII, artículos 365 a 370-, se ocupa de la “Finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos”, capítulo en el que se señala el régimen general que establece la Constitución para dichos servicios (art. 365 C.P.); se señalan objetivos para la actividad del Estado en materia de solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable y prioridades en materia de gasto público social (art. 366 C.P.); se fijan reglas específicas para los servicios públicos domiciliarios (arts. 367 a 369 C.P.); y se asigna competencia al Presidente de la República para 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.”

21. Los trabajadores de las ESP mixtas y privadas con aportes del Estado tienen el carácter de particulares y los de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales. C-318-96.

“Al respecto de los empleados de las empresas privadas o mixtas, es apenas lógico que tengan el carácter de trabajadores particulares y consecuentemente, se les aplique el estatuto del trabajo que regula las relaciones individuales del trabajo de carácter particular -art. 3º C.S.T.-, precisamente en aplicación del derecho a la igualdad, pues tales trabajadores tienen el mismo tratamiento legislativo que sus pares.

En lo que se refiere a los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos, su categoría laboral es la de

trabajadores oficiales, a partir de la Sentencia C-253/96 de la Corporación. En efecto, la Corte considera que no se les podría calificar de empleados oficiales sin violar su derecho a la igualdad (art. 13 C.P.) y a la negociación colectiva (art. 55 C.P.).”

22. La condición de servidor público no apareja inexorablemente la aplicación de la Ley 734. C-338-11.

“En las condiciones anotadas, la Corte no encuentra contrariedad entre la expresión demandada y el artículo 123 de la Constitución ni considera que deba entrar a analizar la violación del artículo 13 superior que, según la demandante, se presenta por haberle conferido un trato diferente a las sociedades de economía mixta regidas por el derecho privado, pues la condición de servidor público no apareja como inexorable consecuencia la aplicación del régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002, dado que, habiendo variedad entre los servidores públicos, así como distintos regímenes jurídicos en lo atinente a su responsabilidad, la asimilación de todos, propuesta en la demanda, no ofrece el término de comparación adecuado para adelantar un juicio de igualdad.”

23. No se garantiza el derecho a la huelga en los servicios públicos esenciales. Sentencia C-473-94.

“El artículo 56 superior resulta de una tensión valorativa, propia a todo Estado social de derecho, entre, de un lado, el reconocimiento del derecho de los trabajadores a efectuar suspensiones del trabajo para defender sus intereses y lograr un mayor equilibrio en las relaciones laborales y, de otro lado, la necesidad que tiene el Estado de garantizar la continuidad en la prestación de ciertos servicios públicos esenciales, por los graves efectos que su interrupción total podría tener en los derechos de los ciudadanos. Hay pues un conflicto eventual entre, de un lado, los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales, que sin ser parte en el conflicto laboral como tal, se pueden ver afectados y perjudicados por ceses generales de actividades; y, de otro lado, los derechos de los trabajadores que laboran en tales servicios, quienes se pueden ver eventualmente despojados de instrumentos legítimos para la defensa de sus intereses, como la huelga. Tal conflicto lo resuelve la Constitución no garantizando la huelga en los servicios públicos esenciales, lo cual muestra que fue voluntad expresa del Constituyente proteger los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales, que aparecen así como una limitación constitucional al derecho a la huelga de los trabajadores.”

24. Características y alcance de la regulación socio-económica. Sentencia C-955-07.

“Esta Corporación ha explicado cómo la función estatal de *“regulación”* socio-económica constituye una forma de intervención del Estado en la economía, que tiene unos rasgos característicos propios que la distinguen de otras formas de intervención.²⁰ Dentro de esos rasgos característicos propios, ha hecho ver que se trata de una función eminentemente técnica, que toma en cuenta las notas y las dinámicas propias del sector que se regula, por lo cual *“la función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo.”*²¹ Adicionalmente, es una función que se ejerce en forma permanente, atendiendo a la evolución y a las circunstancias cambiantes del sector correspondiente. Empero, éste carácter técnico, sectorial y permanente no hace que las funciones de regulación socio económica sean ajenas al señalamiento de políticas, que deben ser fijadas directamente por el Congreso de la República. Finalmente, la jurisprudencia también ha señalado que la función de regulación *“usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades.”*²²

“Ahora bien, en ciertas ocasiones la función de regulación socio económica adquiere especial trascendencia, por cuanto mediante ella se normativiza una actividad o un servicio cuyo cumplimiento o prestación involucra la efectividad de derechos fundamentales, como sucede en el ámbito de la prestación de los servicios públicos. Por ello, en este último campo el legislador ha diseñado diversos órganos de regulación, a los que usualmente ha llamado “comisiones de regulación”.

25. La participación como elemento de legitimador de la Regulación. Sentencia C-150-03.

“4.4.2.2. Uno de los ámbitos diferentes al electoral, en el cual el constituyente previó expresamente la necesidad de un proceso decisorio participativo, fue el de los servicios públicos. La institucionalización de canales de participación de los usuarios de los servicios públicos en los procesos decisorios de los órganos de regulación de creación legal, es uno de los instrumentos fundamentales para impulsar al regulador a tener en cuenta y valorar debidamente los derechos de éstos y para asegurar un equilibrio en la toma de decisiones que tienda a la promoción del interés general.

De esta forma, la participación de los usuarios se constituye en un mecanismo, tanto para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones de regulación, como para disminuir el riesgo de captura del órgano de regulación por los agentes regulados. Al tener el regulador que oír y atender tanto las posiciones de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios como de los usuarios de los mismos, se busca precaver que el regulador adopte la visión del regulado cuando se presenta el fenómeno de la captura, anteriormente mencionada.

Así, en diferentes momentos de su vida institucional, en los países donde los órganos de regulación han adquirido un papel importante, se han introducido reformas encaminadas a establecer un procedimiento administrativo participativo previo a la adopción de regulaciones. Por ejemplo, en los Estados Unidos ello ocurrió en 1946, como ya se anotó; en Francia, si bien la llamada encuesta pública en materia de expropiación y regulaciones urbanísticas se remonta a la época de la denominada monarquía de Julio, los procesos administrativos de consulta colectiva de los administrados y usuarios de servicios son un fenómeno más reciente que se ha ido desarrollando a partir de reformas introducidas desde finales de la década de los años setenta¹⁷.

4.4.2.3. La participación directa de los usuarios de servicios públicos en el proceso previo a la adopción de regulaciones tiene un propósito más amplio consistente en desarrollar en ese ámbito la democracia participativa, principio rector de la Constitución.

La participación directa de los usuarios en el proceso de toma de decisiones de las comisiones de regulación es un derecho que encuentra fundamento en los principios constitucionales. Así pues, el artículo 1° de la Constitución señala que Colombia es un Estado democrático y participativo; el artículo 2° indica que es un fin esencial del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica y administrativa de la Nación; el artículo 78 dispone que "[e]l Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos"; por último, el artículo 369 de la Carta, establece que "[l]a 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".

26. Es deber del Estado garantizar el acceso de todas las personas al mínimo vital en agua potable. T-348-13.

"Breve reiteración de jurisprudencia sobre el contenido del derecho fundamental al agua.¹⁸

6. El derecho al agua para el consumo humano, debe ser garantizado por el Estado a través de la prestación del servicio público de acueducto¹⁹, de

¹⁷ Bénédicte Delaunay. *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1993, p. 38 y ss.

¹⁸ En este acápite se sigue lo expuesto por esta Sala en la sentencia T-242 de 2013).

¹⁹ Sobre este tema, en la sentencia T-616 de 2010, la Sala Novena de Revisión de la Corte dijo: "[e]l servicio público de acueducto debe prestarse conforme a las exigencias que la legislación establece para los entes territoriales, para los prestadores y para los usuarios. Este marco normativo está contenido principalmente en la Ley 142 de 1994, normas que la modifican, y decretos que la reglamentan. También está constituido por las normas relativas a la calidad del agua contenidas en el Decreto 1575 de 2007 y 475 de 1998; el reglamento técnico del sector de agua potable y saneamiento básico, adoptado mediante la Resolución 1096 de 2000 del Ministerio de Desarrollo Económico; y los planes de gestión y resultados (PGR), elaborados por

conformidad con lo estipulado por los artículos 365 y 366 de la Constitución Política de Colombia, en consecuencia, de éste se predica lo mismo que se ha señalado de los servicios públicos en general:

“Los servicios públicos al encontrarse en el marco del Estado social de derecho, constituyen ‘aplicación concreta del principio fundamental de solidaridad social’²⁰, se erigen como el principal instrumento mediante el cual ‘el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales’²¹, y son la herramienta idónea para ‘alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva’²², así como para asegurar unas ‘condiciones mínimas de justicia material’^{23,24}

7. En concordancia con lo anterior, para proteger el derecho fundamental al agua, esta Corte ha tenido en cuenta que el mismo es un presupuesto esencial para otros derechos²⁵, como por ejemplo, la salud, la alimentación, la educación, un ambiente sano, e incluso de la diversidad étnica y cultural, teniendo en cuenta que algunas comunidades indígenas y afrocolombianas tienen especiales vínculos con la naturaleza²⁶. Así pues, se ha ocupado de defender y definir sus garantías mínimas de disponibilidad, accesibilidad, calidad y no discriminación en la distribución²⁷.

los prestadores del servicio y aprobados por el Ministerio de Desarrollo Económico, conforme lo establece el parágrafo del artículo 4 del Decreto 475 de 1998. En términos generales, todas estas normas exigen que el servicio de acueducto sea prestado en condiciones generales de eficiencia, continuidad, regularidad y calidad, que pueden medirse a partir de los criterios técnicos indicados en ellas, si se encuentran definidos.”

²⁰ Cfr., sentencia T-540 de 1992.

²¹ Cfr., sentencia T-380 de 1994.

²² Cfr., sentencia T-540 de 1992. Entendida también como condiciones mínimas justicia material en la sentencia T-058 de 1997.

²³ Cfr., sentencia T-058 de 1997.

²⁴ T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁵ Ver sentencia T- 312 de 2012, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, en la que se encuentra una amplia recopilación jurisprudencial sobre la materia.

²⁶ En la sentencia T-143 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa), por ejemplo, se decidió que la administración pública (el Municipio de Puerto López y el Departamento del Meta) amenazó los derechos de los pueblos indígenas accionantes (Achagua y Piacoco) a la integridad étnica y cultural, y el derecho al agua potable de sus miembros, porque (1) no se les garantizó el abastecimiento del líquido durante un tiempo al menos igual al que de hecho se requería para llegar a una solución definitiva; y (2) porque la política pública concebida para brindarles una solución definitiva no estaba planeada en condiciones adecuadas, en tanto carecía de un plan de acción concreto para ponerla en marcha, y no estructuraba la participación de los Pueblos indígenas en la construcción, ejecución y evaluación de la misma.

²⁷ En esta ocasión, la Sala dará una amplia descripción de la garantía de disponibilidad por ser especialmente relevante para el caso bajo estudio, para una caracterización detallada de los demás componentes, pueden consultarse las sentencias T-616 de 2010, T-312 de 2012, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

27. Derecho a ser notificado en caso de suspensión de los servicios, como elemento básico del debido proceso. T-793-12.

“El derecho de los usuarios de servicios públicos domiciliarios al debido proceso implica su derecho a ser notificados oportuna y debidamente de los actos de suspensión, corte y terminación de los servicios, con el fin de que puedan recurrirlos

4. En este proceso todos los tutelantes sin excepción dicen no haber sido notificados de la suspensión del servicio de energía eléctrica. La Empresa demandada sostiene en cambio algo distinto, pues en su opinión a los accionantes usuarios sí se les informó, en la factura de servicios públicos, que en caso de que no pagaran sus obligaciones antes de cierta fecha su servicio de energía eléctrica habría de ser suspendido. La notificación consistió entonces en un aviso previo de suspensión, que aparecía en la factura de los servicios públicos domiciliarios. La Corte debe establecer si la Empresa demandada violó el derecho al debido proceso de los actores con su obrar.

5. Para ese efecto es importante tener en cuenta que según la Constitución el debido proceso se aplicará a *“toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”* (CP art. 29). La relevancia de esta norma constitucional para un proceso como este, estriba en que las actuaciones de las empresas de servicios públicos domiciliarios, cuando implican la suspensión, el corte o la terminación de la prestación de dichos servicios, se componen de actos administrativos, razón por la cual están sujetas al debido proceso.²⁸ En ese sentido, cuando una empresa de servicios públicos domiciliarios procede a suspender, cortar o terminar la prestación de uno de sus servicios, debe respetar entre otros límites protegidos por la Constitución el derecho de todo usuario a *“la defensa”* (CP art. 29). En un ámbito como el de prestación de servicios públicos domiciliarios, este derecho a la defensa implica ante todo el derecho del usuario *“a ser oíd[o]”*, según la

²⁸ Sentencia C-558 de 2001 (MP. Jaime Araújo Rentería. Unánime). En esa sentencia, la Corte sostuvo: “[...] *El ejercicio de la función administrativa por parte de todas las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios encuentra una preceptiva mucho más comprensiva en el inciso primero del artículo 154 de la ley 142, que al respecto permite circunscribir como actos administrativos propios de tales empresas y entidades los de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación, y por supuesto, las decisiones que se produzcan en sede empresarial con ocasión del recurso de reposición*”. Que estas empresas están sujetas al debido proceso constitucional, lo ratifica el hecho de que la Corte ha sostenido en más de una ocasión que empresas de servicios públicos domiciliarios lo han violado. Ver, por ejemplo, la sentencia T-1108 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis), en la cual la Corte tuteló el derecho al debido proceso de un usuario de servicios públicos domiciliarios.

fórmula de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8.1. CADH y 93 CP).²⁹

6. Ahora bien, la garantía del derecho de los suscriptores a ser oídos exige que se les ofrezca una oportunidad para cuestionar los actos de suspensión, terminación o corte de los servicios públicos. Pero la empresa no tiene libertad absoluta para definir cómo ha de garantizar ese derecho, o en qué momento es propicio tener en cuenta el punto de vista de los usuarios. La Constitución establece expresamente que debe ser la ley la encargada de determinar “*los deberes y derechos de los usuarios*”, así como de definir “*el régimen de su protección*” (CP art. 369). Por lo mismo, las empresas de servicios públicos domiciliarios deben atenerse a este respecto a lo que disponga el legislador. Es el Congreso, entonces, el autorizado en principio para determinar dentro de los límites constitucionales cuál es el alcance del derecho de los usuarios de servicios públicos a ser oídos en los casos de suspensión, terminación y corte de los servicios públicos domiciliarios.”

Sobre estas bases y no sobre otras, es que podemos predicar la existencia de un derecho de los servicios públicos domiciliarios.

Marzo de 2014.

²⁹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) fue aprobada mediante la Ley 16 de 1972. Dice, en su artículo 8.1. “[a]rtículo 8. Garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. El artículo 93 de la Constitución establece que los derechos consagrados en la Carta -y el derecho al debido proceso es uno de ellos- “*se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”. Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos es uno de esos tratados.