

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO**  
**PRINCIPIA IURIS**  
**N° 10**

**Tunja, 2008-2**

**Entidad Editora**

Universidad Santo Tomás, seccional  
Tunja

**Director**

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**Editor**

MG. Diego Mauricio Higuera  
Jiménez

**Número de la revista**

DIEZ (10)  
SEGUNDO SEMESTRE DE 2008

**Periodicidad**

SEMESTRAL

**ISSN**

0124-2067

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

**Teléfono**

(8) 7440404 Ext. 1024

**Correo electrónico**

revistaderecho@ustatunja.edu.co  
dhiguera@ustatunja.edu.co

**Diseñador Portada:** Santiago Suárez

**Corrección de Estilo:** César A. López Vega  
clopezv@ustatunja.edu.co

**Revision inglés:** Carlos Manuel Araque López

**Anotación:** El contenido de los Artículos es  
responsabilidad exclusiva de sus autores.

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Carlos Mario Alzate Montes, O.P.**  
Rector Seccional

**Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.**  
Vicerrector Académico

**Fray Érico Juárez Macchi Céspedes, O.P.**  
Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Vargas Alfonso, O.P.**  
Decano de División

**Ph.D.. Ciro Nolberto Güechá Medina**  
Decano de Facultad

**Mg. Galo Christian Numpaque Acosta**  
Director Centro de Investigaciones

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

**Esp. Yenny Carolina Ochoa Suárez**  
Secretaria de División

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**Ph.D. Pierre Subra de Bieusses**  
Universidad Paris X, Francia

**Mg. Galo Christian Numpaque Acosta**  
Director Centro de Investigaciones

**Ph.D. Pablo Guadarrama**  
Universidad Central de las Villas, Cuba

**Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur**  
Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph.D. Ricardo Rivero**  
Universidad de Salamanca, España

## **COMITÉ EDITORIAL FACULTAD**

**Ph.D. Nidia Catherine González**  
Universidad Johannes Gutenberg, Alemania.

**Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres**  
Universidad Carlos III, España.

**C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez**  
Universidad de Antioquia, Colombia

**C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera**  
Universidad Carlos III, España.

### **COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL**

**Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P**  
Vicerrector Académico.

**Mg. Galo Christian Numpaque Acosta**  
Director Centro de Investigaciones.

**Mg. Andrea Sotelo Carreño**  
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo.

### **PARES ACADÉMICOS INTERNOS:**

**Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres**  
Docente Investigadora Facultad de Derecho

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Director Investigaciones Socio-Jurídicas

**Mg. Hugo Fernando Guerrero Sierra**  
Docente investigador Facultad de Derecho

**Mg.(e) Edna Constanza Lizarazo Chaves**  
Docente Facultad de Derecho

**Esp. Claudia Marcela Bolívar López**  
Docente Facultad de Derecho

### **PARES ACADÉMICOS EXTERNOS:**

**Esp. Laura Johana Cabarcas Castillo**  
Tribunal Superior Administrativo de Boyacá

**Mg. María Teresa Pinto**  
IEPRI, Universidad Nacional

**C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez**  
Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia

## CONTENIDO

Editorial.....#  
Diego Mauricio Higuera Jiménez

Presentación. El interés en abordar el derecho público contemporáneo.....#  
Fernando Arias García

### **Sección I. Artículos de producción institucional**

Los Movimientos Sociales, actores contemporáneos del cambio político..... #  
Nidia Catherine González Piñeros

El concepto de “empresa racional” como modelo de desarrollo científico, en Stephen Toulmin..... #  
Carlos Alberto Pérez Gil

Debate sobre la responsabilidad jurídica en la filiación sin consentimiento.....#  
Álvaro Bertel Oviedo

### **Sección II. Tema Central - La actualidad del Derecho público en Colombia.**

La consideración de los servicios públicos domiciliarios como actividad económica bajo el clausulado del Estado Social de Derecho.....#  
Fernando Arias García

Nuevo Régimen Disciplinario de los Abogados: Un desarrollo pedagógico .....#  
Martín Hernández Sánchez

La acción contractual: un mecanismo inadecuado para el control de legalidad de los actos contractuales.....#  
Ciro Nolberto Güechá Medina

### **Sección III. Colaboradores Extranjeros**

Tendencias actuales en el derecho del trabajo. Relación de dependencia, descentralización productiva y nuevas formas de contratación.....#  
Gloria Pasten de Ishihara

## CONTENTS

Editorial.....  
Diego Mauricio Higuera Jiménez

Presentation. The interest to approach the contemporary public law.....  
Fernando Arias García

**Part I. Articles of institutional production**

The social movements, contemporary actors of political change.....  
Nidia Catherine González Piñeros

The concept of "rational company" as a model of scientific development in  
Stephen Toulmin.....  
Carlos Alberto Pérez Gil

legal responsibility in the parentage without consent  
.....  
Álvaro Bertel Oviedo

**Sección II. Central topic – The current importance of the Public law in  
Colombia**

The consideration of the public domiciliary services like economic activity under the  
clausulado of the welfare State.....  
Fernando Arias García

The disciplinary regime of lawyers.....  
Martín Hernández Sánchez

The contractual action: an inadequate mechanism for the control of legality of  
contractual acts.....  
Ciro Norberto Güechá Medina

**Sección III. *International guest articles***

Current trends of labour law. Relation of dependence, productive decentralization  
and new forms of contracting.....  
Gloria Pasten de Ishihara

**PRESENTACIÓN**

## EL INTERÉS DE ABORDAR EL DERECHO PÚBLICO CONTEMPORÁNEO

La panorámica investigativa del Derecho Público parecerá siempre inacabada, así los estudios especializados de las últimas décadas muestran una permanente vitalización de retos frente a la construcción de un renovado sistema de Derecho administrativo y la formulación de los principios propios de una teoría constitucional que desborde el ámbito de los Estados nacionales

La propensión actual muestra como el Derecho en general y cada una de sus vertientes en particular tienden a “publicarse”: El influjo de las nuevas tecnologías en las actividades de Gobierno (**e-government**); la contratación estatal donde se recurre, fuera de la visión administrativista, al Derecho Civil y Mercantil; la “constitucionalización” de casi todas las ramas del Derecho; la teorización penal de la contratación estatal; la conceptualización de la función pública en clara evidencia a una configuración normativa laboral-administrativa; la delimitación societaria de las Empresas de Servicios Públicos; el Derecho Urbanístico, cuyo origen se advierte claramente en los límites del Derecho Público frente a los atributos de la propiedad privada, son algunos ejemplos de dicha tendencia.

La participación estatal en actividades que le generaran lucro no entrañaba trascendencia para la doctrina intervencionista con la que creció el Estado moderno. No obstante la permanente evolución de las doctrinas *iuspublicistas* empezaron a considerar como benéfica la participación del Estado en sectores económicos antes vedados. De repente se pasa de percibir al Estado como un mal gestor, a valorarlo como un competidor más (Garrido Falla, 1991). Por ello en modo alguno puede entenderse lo que algún sector doctrinal ha denominado la existencia de la “*huida del Derecho administrativo*” (Ariño Ortiz, 2003).

No creemos que bajo la instrumentalización de mecanismos jurídicos propios de los particulares determine en forma alguna la posibilidad de un proceso de fuga de toda ordenación de carácter general del Derecho Administrativo (menos aún del Derecho Público), en atención a que el interés público no se devela en forma tradicional, ello es mediante la prestación de un servicio para la satisfacción de necesidades de la población, sino mediante el aumento de bienes económicos que en últimas redundara en provecho de todos.

Nada más lógico que una actividad de interés público sea regulada mediante normas de Derecho Administrativo y nada más natural que el refortalecimiento de este subsegmento normativo mediante la instrumentalización de formas no habituales que insistan en esta rama del derecho como una forma de garantía y control frente a los factibles abusos del ejercicio del poder (García de Enterría, 1983).

**Sección II: Tema Central- LA  
ACTUALIDAD DEL DERECHO  
PÚBLICO EN COLOMBIA.**

***Part II: CENTRAL TOPIC - THE  
CURRENT IMPORTANCE OF  
PUBLIC LAW IN COLOMBIA.***

---

---

**LA CONSIDERACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS COMO  
ACTIVIDAD ECONÓMICA BAJO EL CLAUSULADO DEL ESTADO SOCIAL DE  
DERECHO**

**THE CONSIDERATION OF THE PUBLIC DOMICILIARY SERVICES LIKE  
ECONOMIC ACTIVITY UNDER THE CLAUSULADO OF WELFARE STATE**

**Fernando Arias García** \*\*

Fecha de recepción: 24-05-09  
Fecha de aprobación: 06-07-09

**RESUMEN\***

El régimen de prestación de servicios públicos es caracterizado en la actualidad por la denominada *Libre Entrada* y por su concepción como actividad económica. Por otra parte la Constitución de 1991 establece que los mismos son inherentes a la finalidad social del Estado, que es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, manteniendo con todo la regulación, el control y la vigilancia de los mismos y que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por

---

\*\* Mg. en Derecho Público. Docente-Investigador adscrito al Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás de Aquino-Tunja. Correo Electrónico: farias@ustatunja.edu.co.

---

\* Artículo de Investigación Científica y Tecnológica. resultado del proyecto "*Jurisdicción Coactiva y Servicios Públicos Domiciliarios*" vinculado a la línea de investigación en Derecho Administrativo y Responsabilidad Estatal.

comunidades organizadas, o por particulares. En tal sentido resulta imperante indagar el impacto del clausulado del Estado Social de Derecho recogido en la Constitución Política Colombiana de 1991 frente a la consideración de actividad económica en la definición misma del servicio público domiciliario.

### **PALABRAS CLAVES**

Estado Social de Derecho, servicios públicos domiciliarios, actividad económica privada, intervención del Estado en la economía.

### **ABSTRACT**

The system of public service delivery at present is characterized by the so-called free entry and its characterization as an economical activity. Furthermore, the 1991 Constitution provides that they are inherent to welfare state, which is the duty of the State to ensure its efficient delivery to all inhabitants of the territory, keeping with the regulation, control and surveillance of themselves and that may be provided by the State, directly or indirectly by organized communities, or individuals. In this

regard it is conclusively investigate the impact of the clauses of the rule of law enshrined in the Colombian Constitution of 1991 compared to the consideration of economic activity in the very definition of public service at home.

### **KEYWORDS**

Welfare State, public services, economical private activity, State intervention in the economy.

## **1. INTRODUCCIÓN**

En su ánimo democrático y pluralista, la Carta de 1991 establece que entre los fines esenciales del Estado están los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan. A su vez, el artículo 365 determina que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social de Estado y que es deber correlativo de éste, asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Con ello se resalta que el Estado es el garante frente a la prestación de servicios públicos y que su mandato

encomienda a la Ley la estructuración de las formas de control de cada uno de ellos. La Ley 142 de 1994 determina la organización normativa más amplia que se ha realizado con el fin de unificar los Servicios Públicos Domiciliarios ya que realiza una normatización detallada de las empresas de servicios, los contratos de servicios, el régimen tarifario y la vigilancia y el control en su prestación, entre muchas otras facetas.

Es claro que en materia de Servicios Públicos, la Constitución de 1991 en su artículo 365 da un viraje a la forma de concebirlas al establecer que (i) son inherentes a la finalidad social del Estado, (ii) que es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, manteniendo con todo la regulación, el control y la vigilancia de los mismos y (iii) que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.

Dichos cambios fueron fácilmente interpretados por la doctrina: “*Eliminar el monopolio del Estado sobre la*

*provisión implicó para la Ley varios retos: a) establecer mecanismos para garantizar los derechos de propiedad de los inversionistas privados en servicios públicos; b) crear condiciones para promover la concurrencia empresarial y evitar la conformación de monopolios privados los cuales a partir del usufructo de mercados cautivos terminan abusando del consumidor que se quería igualmente proteger; c) la defensa del consumidor de servicios, como por ejemplo, el derecho de escogencia libre del suministrador, el derecho a recibir servicios eficientes y a costos razonables y el derecho a contar con un régimen de subsidio focalizado para usuarios de bajo ingreso” (Uribe, 2001, p.193).*

Hoy en día es claro que el régimen de prestación de servicios públicos es caracterizado por la denominada “*Libre Entrada*”. Palacios (1999, p.95) entiende la libre entrada como “*la posibilidad que tienen distintos sujetos (de diversa naturaleza) de desarrollar actividades de servicios públicos, complementarias o conexas a estos, sin necesidad de autorizaciones o negocios*

*jurídicos entre estos y la entidad pública responsable del servicio”.*

Este preciso concepto tiene un innegable objeto: El mejoramiento de las condiciones de prestación del servicio en un marco competitivo a favor del usuario y consumidor del respectivo servicio. En este marco, el Estado es un partícipe más en pro de una clientela que se gana con parámetros que van desde la calidad y la universalidad, pasando por la expansión y el servicio post-venta y llegando en últimas hasta la tarifa.

Lo expuesto no desconoce la existencia de recónditos argumentos que justifican la participación de la empresa estatal en el mercado de los servicios públicos, pero específicamente los que la determinan como promotor e incentivador de estas actividades.

Rodríguez (1995, p.66) establece que: *“La presencia de empresas públicas en las actividades de mercado respondió a una variopinta gama de motivaciones entre las que se destaca una de índole general: la de constituirse en*

*instrumento de transformación del orden económico y social que supone, entre otros supuestos, el de servir como instrumento de política económica, el promover sectores industriales o regiones económicas determinadas, y el servir al mantenimiento del empleo. Con este objetivo, se reemplaza aquel otro, también general, de suplir la ausencia o incapacidad de la iniciativa privada”.*

No obstante los bríos renovadores antes citados y sus respectivos justificantes frente a la transformación normativa en estas materias, por muchos años, los usuarios de los servicios públicos domiciliarios han estado en clara desventaja frente a las empresas prestadoras. Ello se avizora, *v.g.*, frente al cobro de servicios no prestados, el incremento de costos sin tener en cuenta la estructura socio-económica de la población, la exclusión del usuario frente a la participación legal que ostenta en la gestión de las empresas o la limitación de la libertad de selección del prestador del servicio. Lo anterior pudiese evidenciar un impacto de corto y mediano plazo frente a la novedosa consideración constitucional de actividad económica como

característica esencial de los servicios públicos domiciliarios.

En tal sentido resulta imperante el indagar el impacto del clausulado del Estado Social de Derecho recogido en la Constitución Política frente a la consideración de actividad económica en la definición misma del Servicio Público Domiciliario.

## **2. METODOLOGÍA**

Se trata de una investigación descriptiva y bibliográfica, básicamente tendiente a determinar la formulación de un problema jurídico específico y que implica establecer el impacto del clausulado del Estado Social de Derecho frente a la regulación en materia de Servicios Públicos Domiciliarios y específicamente frente a su consideración como actividad económica.

El contenido del presente trabajo pretende establecer los alcances del clausulado del Estado Social de Derecho establecido en la Constitución Política de 1991 frente a la regulación en materia de Servicios Públicos Domiciliarios bajo la consideración del

concepto de libre entrada en su prestación. De la misma forma se trata de un trabajo enmarcado en un mayor propósito, a efectos de una expectante complementación frente al régimen de la Jurisdicción Coactiva y su marco regulador las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios.

## **3. RESULTADOS**

### **3.1. El clausulado del Estado Social de Derecho.**

En vigencia de la Constitución de 1886, el principio del Estado de Derecho protegía formalmente las libertades individuales e imponía precisos límites al ejercicio del poder lo cual suponía la defensa a ultranza del principio de legalidad. Ello puede considerarse más que entendible para solventar las contrariedades que justificaron su existencia histórica. El Estado Social de Derecho supera aquella concepción de un Estado pasivo-abstencionista y agrega un orden material de valores y principios cuya razón de ser es la persona humana -con igualdad real- como fundamento de la autonomía efectiva del hombre, el respeto de sus derechos

fundamentales, la sociedad y la protección a sus derechos colectivos (Corte Constitucional. T-406 de 1992), lo cual inexorablemente supone un papel activo de las autoridades, materializado en un permanente compromiso en la promoción de la justicia social. Ahora que, dicho orden de cosas mantiene el principio de legalidad, no obstante lo rebasa y complementa al señalar entre sus finalidades la de garantizar un orden político, económico y socialmente justo.

Restrepo Salazar plantea que:

*“Puede verse entonces, que frente a la política fiscal del Estado colombiano el término “social” ha tomado un carácter bastante preciso, por no decir que técnico. Por otro lado, es aquí donde se concreta de manera asible y explícita la cláusula del Estado Social de Derecho ya que a través de la inversión y el gasto público sociales es que se puede hacer efectivo ese nivel de vida mínimo a que tiene derecho toda persona como aplicación directa del principio de dignidad humana que ilumina a toda la Constitución”* (Restrepo, 1992, p.204).

Para la Corte Constitucional en Sentencia T-505 de 1992:

*“El carácter social de nuestro Estado de Derecho no es una fórmula retórica o vacía. Por el contrario, la naturaleza social que identifica al ordenamiento jurídico tiene clara expresión en la prevalencia de los derechos fundamentales, en la superación de la crisis del estado de derecho como sinónimo de la legalidad abstracta y en la inmediata realización de urgentes tareas sociales, todo lo anterior en desarrollo de los principios de solidaridad y dignidad humana”.*

La defensa de los valores supremos y de las finalidades matizadas en el artículo 2 de la Carta Política obliga al Estado a injerirse activamente con el fin de concretizar el principio de justicia distributiva y en tal sentido, para que la asignación de los recursos económicos tienda a privilegiar a los sectores desfavorecidos - fundamento no exclusivo del régimen impositivo-, deberán fijarse reglas de elaboración presupuestal y de jerarquización del gasto acordes con dicho principio que sirvan de fundamento a la fijación de prioridades en materia de prestación

de los servicios públicos. (Restrepo, 1992, p. 128) apunta que:

*“Bajo estos supuestos, el estado social ha sido designado por los alemanes como el estado que se responsabiliza por la “procura existencial”.*

### **3.2. Los roles del Estado frente a los servicios públicos domiciliarios.**

Desde un punto de vista económico, el concepto de Estado Social de Derecho pretende reconciliar posturas que parecieran absolutamente incompatibles tales como las favorecedoras de una economía de libre mercado con las defensoras de la intervención del Estado en la economía.

Debe anotarse que las perspectivas expuestas no son homogéneas en su conjunto. Tan sólo frente a la primera tesis defensora del libre mercado obran posturas que fluctúan desde las más moderadas hasta más radicales; en estas últimas “la mano invisible” del mercado puede encontrar el equilibrio exacto de producción sin la más mínima ingerencia del Estado. Afirmaciones como la que se cita el profesor Gaspar ARIÑO en comentario

a la obra de P. SCHWARTZ traen a colación lo expresado:

*“Si uno es consecuente habría que pedir que desaparecieran las legislaciones de salarios mínimos, congelación de alquileres, políticas de rentas, subsidios de bienes que entran en lo índices de precios, aranceles, limitación de tipos de interés activos y pasivos y otras distorsiones de las instituciones mercantiles” (Ariño, 2003, p.82).*

El planteamiento resulta suficientemente trascendental en la definición de ciertos aspectos -de los cuales se ha ocupado ampliamente la doctrina- como el de la definición del modelo económico planteado por la Constitución Política de 1991 donde vale la pena destacar los análisis del profesor Alexei Julio Estrada (Estrada, 2002, 2003 y 2004). De igual forma resaltamos el estudio realizado por Santaella Quintero donde expresa:

*“No obstante, al ser enmarcada en un contexto más amplio, el Estado Social de Derecho, resulta coherente que en un mismo texto se conjuguen las libertades económicas y la intervención del Estado en la economía, pues con ello se garantiza que las primeras deberán ser siempre respetadas por las autoridades*

*públicas, lo que significa que la actividad económica se desarrollará en el marco de una economía de mercado, al tiempo que se habilita al Estado para actuar como instrumento de justicia social, dejando a su cargo la redistribución de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales, lo mismo que la preservación del mercado...*” (Santaella, 2001, p.51).

Frente a los servicios públicos domiciliarios es claro que, por una parte, los mismos son una verdadera actividad económica a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991 que –en principio- tiene que desarrollarse fundada en las leyes del mercado, pero por otra parte, no se trata de una actividad económica cualquiera en la medida en que, se establece que en el Artículo 365 del mismo texto que *“Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”* al tiempo que los mismos son una verdadera instancia de legitimación del Estado para con sus ciudadanos. Tal como lo anunció en su oportunidad Gastón Jeze ello implicará una necesaria ingerencia del Estado como

“asegurador” en su prestación frente todos los habitantes del territorio nacional (Jeze, 1925).

En este aspecto resulta trascendente resonar la concepción de servicio público como instrumento legitimador de política social, específicamente frente a los trabajos de la doctrina especializada. En el que consideramos el más importante trabajo nacional sobre el tema, el profesor Alberto Montaña (2002, p.62) expresa:

*“Las desigualdades sociales reales, junto con las altas cargas ideológicas (también en esta oportunidad) económicas y sociales, producen, más que un efectivo cambio en la forma de concebir el Estado, un cuestionamiento sobre los instrumentos que éste debe usar para remediar precisas situaciones, que los particulares no han sido capaces de resolver”.*

Garrido Falla (1991, p.69) expresa una interesante síntesis del concepto bajo análisis:

*“Recordemos por de pronto, qué significa el concepto de servicio público en el derecho administrativo tradicional: se trata de una actividad de prestación y satisfacción de necesidades colectivas*

*cuya titularidad, precisamente por esto, asume el Estado”.*

Para la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia T-540 de 1992:

*“Los servicios públicos no pueden verse como una pesada carga que recae sobre el Estado burocrático sino como un logro conceptual y jurídico de los ciudadanos en su propio beneficio. La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo-Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca sino la de ciudadano-servidores públicos... Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (Art. 2º de la Constitución Nacional). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros”.*

En la providencia C-066 de 1997, la Corte Constitucional establece:

*“Si los servicios públicos en general son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del estado social de derecho colombiano (artículo 365 superior), que busca servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2º de la Constitución Nacional), no cabe duda de que aquellos que persiguen un completo acercamiento entre los individuos y el Estado, deben ser objeto de su más honda preocupación. Son los servicios públicos domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales”.*

La mixtura en el tratamiento que el Constituyente le da a los servicios públicos se manifiesta en un “Estado competidor” y por la otra un “Estado asegurador” (Atehortúa, 1998) de los mismos y la intervención que hace a

través de la Ley, hace que su prestación no sea en modo alguno, comparable a la prestación de otras actividades económicas regida bajo los postulados clásicos de la Economía de mercado.

### **3.3. Las posibilidades intervencionistas del estado en materia de servicios públicos domiciliarios.**

Desde ya podemos anotar que notamos ineludibles las formas de intervención del Estado en materia de Servicios Públicos Domiciliarios. Las mismas pudieren justificarse en la necesidad de protección del extremo más débil en la relación Usuario-Empresa, para sólo citar un ejemplo. Al respecto anota Leonardo Álvarez (2003, p.288):

*“Al constatarse su debilidad frente a la contraparte se inmiscuye el Estado en su relación a fin de igualarlos en un plano jurídico, característica distintiva de lo que se denomina derecho al consumo”.*

Los servicios públicos domiciliarios resultan tan particularizados, que de alguna forma es explicable la instrumentalización de ciertos mecanismos que, de alguna manera,

tienden a vulnerar los derechos de igualdad y de libre competencia económica de los operadores privados de servicios públicos domiciliarios.

Frente a lo expuesto debe recordarse que en vigencia del Estado Social de Derecho, es dable limitar o condicionar la naturaleza de la autonomía privada. Dicha tendencia es notoria en el Derecho Español, donde, a pesar de la consideración de los servicios públicos como una actividad netamente económica, en algunos casos el Tribunal Constitucional Español ha “publicado” su prestación.

Tal es el caso citado por Magdalena Correa bajo el subtítulo de “La declaración de servicio público para la protección del interés general” que por su trascendencia transcribimos en uno de sus apartes:

*“En la STC 17/1990, mediante la cual se resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento de Canarias 10/1987, de 5-5-1987, sobre el régimen de Aguas, el Tribunal encuentra compatible con la constitución, la disposición en ella contenida, mediante la cual se declara como servicio público*

*el transporte del agua. Dicha “publicación” de una actividad hasta ese momento en el ámbito de la plena disponibilidad de la iniciativa privada, al recaer sobre un bien de dominio público, no genera a su juicio, ni lesión de la libertad de empresa (art. 38 de la Constitución), ni del art. 139 de la Constitución, ya que, las singulares circunstancias de la Comunidad en materia de aguas justifican dicha intervención, aunque la misma conlleve “determinadas restricciones en los derechos de los particulares hasta ahora dedicados a tal actividad”. Consideraciones semejantes se presentan frente a la declaración como servicio público de la producción industrial de agua, decisión que a su juicio no resulta incompatible con el derecho amparado por la libertad de empresa que sanciona el art. 38 de la Constitución, como quiera que existe una justificación suficiente para adoptar dicha medida. En efecto, “... el tratamiento diferenciado que la Ley establece se justifica en la singularidad de las aguas en Canarias, caracterizada por su escasez, y en la legítima opción del legislador para dar preferencia en función de esas necesidades, a unos y otros*

*aprovechamientos” (Correa, 2001, p.44).*

Martín Retortillo Baquer establece:

*“Piénsese en el alcance del principio del Estado Social de Derecho...en cuanto condiciona y limita la autonomía contractual o modifica el sistema de responsabilidad patrimonial, o determina la forma misma del cumplimiento de las obligaciones” (Retortillo, 1996, p46).*

El panorama planteado es claramente compatible con lo expuesto en la Carta Política de 1991: el artículo 333 estableció que *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres”, pero “dentro de los límites del bien común”. De la misma forma autorizó al legislador para que delimite “el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.*

El profesor Alberto Montaña (2002, p.62) establece:

*“Sea por el marco dogmático en el que se sitúa la libertad económica privada o por características intrínsecas a esta concebida como un derecho, la misma Constitución Política ha establecido un*

*límite al ejercicio de la misma: “el bien común”; en desarrollo de este, el mismo artículo 333 establece que las empresas en el ejercicio de la función social que les es propia tienen unas obligaciones, y que la ley delimitará el alcance de este derecho en consideración al interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.*

Nótese que con la expedición de la Carta Política de 1991, el Estado en forma alguna abandono su papel de sujeto activo y protagonista esencial en el manejo económico, hecho que fue – y sigue siendo- consecuencia de los grandes cambios acaecidos con ocasión de los desequilibrios sociales y económicos que se presentaron a principios del siglo XX. Con lo cual no se pretende afirmar en absoluto que con anterioridad a dicha época, la estructura pública no intervenía en el manejo de los asuntos económicos, ya que existen distintas manifestaciones de su participación en el decurso histórico. La diferencia frente a épocas remotas pareciere denotarse en la intensidad de la intervención.

Existe pues, cláusula constitucional expresa manifiesta en el artículo 334

que determina la posibilidad de intervención del Estado en la economía, que establece: *“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, 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. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.”.* En igual forma existen variados desarrollos legislativos en la materia que determinan los fines e instrumentos de intervención estatal en la economía, *v.g.*, los establecidos en su momento en los artículos 2 y 3 de la Ley 550 de 1999 y hoy en día en la Ley 1116 de 2006.

Para la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-389 de 2002: “...*si bien existe la libre actividad económica y la iniciativa privada, la Constitución también autoriza al Estado para intervenir, por mandato de la ley, en toda la economía, no para anularla sino con el fin de racionalizarla... Intervención del Estado en la economía y en el mercado de bienes y servicios que tiene, por tanto, una finalidad de carácter social*”.

Dicha afirmación es aún más latente tratándose de servicios públicos domiciliarios no sólo por la naturaleza esencial de su prestación (Art. 4 de la Ley 142 de 1994), sino porque al tener el Estado el fin de asegurar la prestación de los mismos, el mismo ordenamiento constitucional le ha dado la posibilidad de intervenir, entre otros aspectos “...en los servicios públicos y privados...” (Art. 334 Constitución Política Colombiana). Ello efectivamente lo hace mediante la configuración del régimen jurídico de la actividad, su regulación y el control y vigilancia que ejerce a través de organismos especializados (Art. 370 Constitución Política Colombiana).

Más aún, el Estado previa indemnización y mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, podría reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos en los términos del artículo 365 Constitucional. Anota el profesor Gaspar Ariño: “*En toda actividad de servicio público, la administración conserva, aun cuando tal actividad sea concedida, unos poderes internos de dirección, modalización, y control sobre las formas y medios de llevar a cabo la prestación y aun sobre la organización misma que la realiza; esto es, la Administración sigue siendo titular y por ello sigue teniendo la dirección y la responsabilidad de la prestación*” (Ariño, 2003, p.556).

Las posibilidades de intervención en materia de servicios públicos domiciliarios no son un fin en si mismo, sino un medio para garantizar entre otros, los fines descritos en el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, es decir los de: “*Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios, Ampliación permanente de*

*la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios, Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico, Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan, Prestación eficiente, Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante, Obtención de economías de escala comprobables, Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación y Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad”.*

Y para cumplir dichos cometidos el Estado prestador de servicios públicos domiciliarios organizado bajo el esquema de Empresa Industrial y Comercial del Estado o de Empresa Pública Oficial y Mixta debe contar con un flujo permanente de caja y mecanismos efectivos de redención de

créditos insolventes por parte de los usuarios.

En este contexto no es dable suponer que en vigencia del Estado Social de Derecho, los servicios públicos domiciliarios sean una actividad prestada a título gratuito. Nada más alejado de la realidad. Los servicios públicos domiciliarios son onerosos, ya que su relación prestacional determina el nacimiento de la obligación de los usuarios de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones generados por las empresas.

En términos de la Corte Constitucional Colombiana en sentencias C-580 de 1992 y C-041 de 2003:

*“La determinación de los costos de los servicios, implica la evaluación de un conjunto de factores que va desde la cobertura y oportunidad en su prestación hasta la eficiencia y clasificación de los distintos tipos de usuarios de los mismos. Si a esto se agrega la circunstancia de que para impulsar el desarrollo en un país, se requiere que sus habitantes dispongan de agua potable, energía eléctrica, medios de comunicación, etc., se*

*aprecia la dimensión del esfuerzo del legislador a fin de conciliar la realidad con los objetivos de justicia social y equidad que se encuentran en el origen y justificación de la organización de los servicios públicos”.*

### **3.4. Los servicios públicos domiciliarios y las actividades económicas del Estado.**

Tal como se afirmó en la primera parte de este trabajo, es claro que los servicios públicos se convirtieron en una verdadera actividad económica, pero insistimos, no una actividad cualquiera, sino enmarcada en unos especiales límites basados en el “interés social”, que en modo alguno desconoce los conceptos de “costos” y “suficiencia financiera” en su prestación.

Nociones como las de interés social, interés público, necesidad pública etc. han sido catalogados por la doctrina como “indeterminadas” ya que *“no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sola solución en cada caso”* (García de Enterría y Fernández, 1989, p.435).

No obstante consideramos que dichos conceptos “indeterminados” se pueden desarrollar frente al caso nacional en los cometidos sociales del Estado.

En tal sentido, el contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular –entre otros- en los servicios públicos domiciliarios:

*“...el valor normativo, que podría ponerse en tela de juicio por las razones antes enunciadas, en materia de servicios públicos domiciliarios, no enfrenta los inconvenientes derivados de su riqueza conceptual. Por el contrario la única expresión concreta, nítida, normativa – si se quiere- del Estado Social y Democrático de Derecho se encuentra en los servicios públicos domiciliarios”.* (Sánchez, Pacheco de León, Obregón y Alvarado, 2001, p.32).

Los servicios públicos domiciliarios son la instancia principal de legitimación del Estado frente a sus conciudadanos y están estrechamente vinculados a la “teleología” del Estado. Y es que, como lo advierte la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-815 de 2001:

*“...cuando el Estado decide delegar en particulares la prestación de un servicio*

*público, si bien da paso a la concurrencia de estos en el ámbito de la libertad económica, tiene el deber de intervenir de modo que tal concurrencia sea compatible con las finalidades del servicio público”.*

La diferenciación de la prestación de servicios públicos domiciliarios a la par de otras actividades económicas es del todo substancial en especial frente al régimen jurídico de unas y otras: En los primeros encontramos entre otras, reglas especiales frente a posibilidades de intervención estatal (artículos 2 y 3 de la Ley 142 de 1994), Derechos Especiales de los Usuarios de los mismos (artículo 9 de la Ley 142 de 1994 y Decreto 1842 de 1991-Estatuto Nacional del Usuario), obligaciones especiales de los prestadores en relación con la función social de la propiedad (artículo 11 de la Ley 142 de 1994), régimen jurídico especial de sus prestadores prototipo (artículos 17-26, Ibidem), régimen de derecho de la competencia (artículo 34, Ibidem), reglas contractuales especiales para su gestión (artículos 39 y s.s., Ibidem) régimen laboral (artículo 41 y s.s., Ibidem), etc..

La citada discusión no es ajena al derecho comparado. Gaspar Ariño califica a tal régimen especial como “peculiaridades de régimen jurídico” y cita entre otras el “*régimen de protección especial de sus bienes afectos con múltiples manifestaciones, la especial regulación de sus huelgas (que se han manifestado frecuentemente en los últimos tiempos al dictar normas de servicios mínimos); la especial protección penal (art. 222 Código de Comercio); un régimen especial de quiebras y suspensiones de pagos...*”. (Ariño, 2003, p.560).

No obstante que la vigencia del dirigismo contractual evita en alguna forma “las grandes desigualdades que se registran entre empresarios y consumidores” en materia de prestación de servicios públicos domiciliarios y en donde “*queda proscrita en consecuencia la técnica de las potestades inherentes a la entidades públicas*” (Alvarez, 2003, p.276), abogamos por la reconstrucción y fortalecimiento de la noción primigenia y tradicional de servicio público, que en su desarrollo y consolidación estructural no

desconozca las posibilidades de participación del Estado en actividades de mercado, pero que tampoco pretenda “equiparar” actividades tan distantes.

Al respecto cita con precisión el profesor Alberto Montaña:

*“Resulta evidente que los fines de una y otra son distintos y si bien pueden coincidir (verbigracia la protección de los consumidores o los usuarios), se materializan a través de singulares intervenciones que son diferentes, baste pensar a título de ejemplo en el tema de estratificación y subsidios o en la búsqueda de ampliación de cobertura que caracteriza los servicios públicos domiciliarios. De este modo, insistimos en que la tendencia hacia la “liberalización” de los servicios públicos no puede confundirse con la renuncia del Estado a asumir compromisos relacionados con finalidades básicas contenidas en los textos políticos y las consecuentes medidas que las instancias públicas deben adoptar para dar desarrollo a las mismas”.* (Montaña, 2003, p.69).

Creemos que la perspectiva debe estar dada por un régimen jurídico que diferencie las actividades de la administración (Linares, 1996): unas donde el Estado sea un verdadero competidor a la par y en concurrencia a los particulares (donde sin lugar a dudas, tendrían absoluta vigencia la implementación de criterios como los de igualdad y principios de la libre competencia económica) y por otra parte, actividades -nominadas en la doctrina española como “servicios esenciales universales” (Ariño, 2003) -, como la prestación de servicios públicos domiciliarios, donde las especiales características de su operación (universalidad, regularidad, libre acceso, continuidad y solidaridad entre otras) y las obligaciones especiales que debe cumplir el Estado en su desarrollo (“asegurar su prestación”, “ser inherentes a los fines sociales del Estado”, tener connotaciones de “interés social”) determinen la consolidación natural de privilegio y prerrogativas a favor del Estado.

Resulta sugestiva la propuesta del profesor español Gaspar Ariño en el

sentido de que las actividades de servicios público no competitivas puedan ser, efectivamente prestadas por particulares, no obstante, para ello, deberán contar con título habilitante (que no será la Constitución, ni la Ley), es decir retomar el régimen general de concesiones o “autorizaciones administrativas” para su prestación. Afirma Ariño que:

*“Para ello se deben delimitar cuidadosamente, en cada sector, aquellas actividades que pueden abrirse perfectamente al mercado, de aquellas otras que conservan caracteres de monopolio natural, y deberán mantenerse en un régimen regulado”.* (Ariño, 2003, p.561).

Para el profesor Montaña Plata:

*“Percibimos también en este tema una no poco frecuente confusión entre medios y fines; una cosa es el concepto de servicio público que se deriva de la Constitución Política con una alta carga teleológica o finalística y otra muy distinta, los modelos de gestión que se adopten, los cuales a partir de la Constitución Política de 1991 son bien variados, pues al lado de la posibilidad*

*tradicional de que el Estado preste directa o indirectamente los servicios públicos, se ha agregado la misma posibilidad para los particulares y las comunidades organizada”.* (Art. 365 C.P citada en Montaña, 2004, p.70)

El Estado puede determinar sus posibilidades de competencia con el fin de ser coherente con sus necesidades tal como lo afirma la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-810 de 2001:

*“De hecho que el Estado está en libertad de decidir si somete por completo a los azares del mercado, o por el contrario, si sustrae del mismo, aspectos como la satisfacción de sus cometidos más esenciales”.*

### **3.5. Los servicios públicos domiciliarios y las empresas del Estado**

Resulta paradigmático que por una parte el Estado se manifieste como competidor en materia de servicios públicos domiciliarios y por otra deba abogar por asegurar la prestación de los mismos y consolidar instrumentos que le permitan hacer de los servicios

públicos, un instrumento de consolidación de los fines sociales del Estado y del “interés social”. Esta última faceta implica, *v.g.*, que el Estado ofrezca la posibilidad al particular de mantener “zonas de servicio exclusivo” de que habla el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 que precisamente indica la negación implícita a la competencia económica en servicios públicos con el fin de “asegurar” su prestación a las personas de menores ingresos.

Por ello consideramos natural el que el Estado pueda contar con instrumentos ágiles de recaudo de su cartera en materia de Servicios Públicos, lo cual le permite solventar financieramente el interés social. Nótese que existe un tratamiento esencialmente distinto entre la posibilidad de que los rendimientos y utilidades de la prestación de servicios públicos domiciliarios se destinen, *v.g.*, a ampliación de cobertura, redes, prestación de los servicios a sectores vulnerables donde precisamente no existe competencia económica o cualquier otra actividad preestablecida en los presupuestos de la empresa pública y no a los subjetivos fines que

le quieran dar los particulares prestadores de servicios a sus inversiones realizadas en este campo. Tratándose de Empresas Industriales y Comerciales del Estado el artículo 86 de la Ley 489 de 1998 reza:

*“La autonomía administrativa y financiera de las empresas industriales y comerciales del Estado se ejercerá conforme a los actos que las rigen;... no podrán destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos internos;...”*

El uso de los bienes y recursos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado deben tener la destinación dada por la norma de su creación o sus reglamentos, ya que de las mismas se predica un “principio de especialidad” (Penagos, 1989) no solo en el desarrollo de su actividad, sino en el manejo de sus bienes y recursos.

En un fugaz análisis comparativo de las Empresas Públicas y Privadas a nivel general, podríamos establecer que la empresa privada necesariamente surge caracterizada por los siguientes elementos extractados del artículo 25 del Código de Comercio: 1. Voluntad de

los particulares, 2. Finalidad netamente económica, bien sea industrial, bien comercial, 3. Patrimonio exclusivamente particular, y 4. Finalidad de ánimo de lucro (Tafur, 1978).

Ahora que, las empresas públicas prestadoras de servicios comerciales e industriales gozan de los privilegios y prerrogativas (Moreno, 2001) que la Constitución y la Ley les confieren, siempre que los mismos no menoscaben los derechos de igualdad y libre competencia económica del operador privado (Artículo 87 de la Ley 489 de 1998).

De otra parte existe un claro componente de “democratización de los medios de producción” en la empresa estatal, emanado del desarrollo del artículo 64 de la Constitución Política de 1991 y frente al cual la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-37 de 1994 ha señalado: “...*La democracia de la administración y de la propiedad empresarial es una concepción económica y política... Esa política supone la coparticipación de los trabajadores en el manejo de las industrias (democracia industrial) y, por*

*otra parte, la posibilidad de que estos accedan a la propiedad de las empresas (democracia económica), todo ello dentro del marco de una economía de mercado... En términos políticos se considera que la democratización de la empresa es condición para el desenvolvimiento de las ventajas que ofrece la economía de mercado, con lo cual se logra la participación de los trabajadores en el proceso productivo, la redistribución del ingreso y adicionalmente se amplía la base de los consumidores”.*

De otra parte existe un marcado impacto de lo “político” en la empresa pública y de lo “económico” en su símil privada (Ariño Ortiz, 2003). Es mucho más viable que las posibilidades de adquisición de una empresa pública se encuentre dada por condiciones y “procesos políticos” que por factores meramente económicos.

Podría reprocharse tal diferenciación arguyendo que el operador privado de servicios públicos domiciliarios también puede destinar sus excedentes financieros a la ampliación de cobertura, incremento y mantenimiento de redes, - aún en

gracia de discusión, podría destinarlos a la prestación de los servicios a sectores vulnerables, opción poco menos que probable – y concluirse que en tal sentido no cabría tal diferencia frente al destino de los excedentes financieros, sólo que, baste agregar que para la Empresa Industrial y Comercial del Estado dicha destinación, más que un acto de mero desprendimiento o de estrategia exclusivamente negocial, es un *imperativo legal* plasmado como prohibición en el artículo 86 de la Ley 489 de 1998, al manifestar expresamente que las mismas “...no podrán destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos interno...”.

Para la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-616 de 2001:

*“Adicionalmente la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer*

*compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas”.*

No es gratuito que en el marco de un servicio público como objeto de libertad económica privada, el legislador se planteara la posibilidad de que su prestación no fuera rentable para los agentes económicos privados por ausencia de las condiciones de competencia. Allí también se denota la intervención estatal garantizando la prestación mediante la constitución de áreas de servicios exclusivos:

*“por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas”* (Ley 142 de 1994. Artículo 40) que modifican las condiciones reales de mercado en la medida en que *“ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la*

*misma área durante un tiempo determinado”.*

Insistimos en que a la par con la amplia gama de posibilidades de intervención en servicios públicos domiciliarios, el Estado también ostenta la obligación de asegurar su “prestación eficiente”, que consideramos se matiza no sólo en la estructuración de las áreas de servicio exclusivo, sino en la posibilidad de efectuarse aportes estatales para extender servicios, adicional manifestación de la finalidad social del Estado en estas materias.

El mismo constituyente de 1991 hizo énfasis al “interés social” en materia de prestación de servicios públicos al superponerlo a las condiciones de libre competencia económica –no obstante la indemnización que deberá precederlo que denota un reconocimiento expreso al hecho de que en determinadas circunstancias, puede que no operen “condiciones de competencia perfecta”.

Palacios Mejía (1999, p.45) establece cuales son las condiciones de existencia de la “competencia perfecta:

*“A. Libertad de entrada y de salida: esto es, cuando cualquier persona puede ofrecer o adquirir en el mercado los bienes y servicios de que se trate, o dejar de hacerlo. En tales mercados nadie está obligado a comprar o a vender; y a nadie se le impide hacerlo. B. Homogeneidad de los bienes o servicios que se transan en el mercado; o posibilidad de sustituir en forma perfecta unos bienes o servicios por otros. C. Plena información sobre las características de los bienes o servicios transados, y sobre la naturaleza y alcances de los contratos que se celebran para adquirirlos o enajenarlos. D. Multitud de compradores y vendedores, que impide que una persona, o un grupo de personas, puedan determinar el precio al cual se realizan los intercambios”.*

Puntualiza con claridad la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-815 de 2001:

*“...se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (art. 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el*

*empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades”.*

#### **4. CONCLUSIONES**

No es dable suponer que en vigencia del Estado Social de Derecho, los servicios públicos domiciliarios sean una actividad prestada a título gratuito. Como actividad económica, los servicios públicos domiciliarios son onerosos, ya que su prestación hace que nazca la obligación para los usuarios de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones.

Debe fortalecerse la reconstrucción de la noción primigenia y tradicional de servicio público, que en su desarrollo y consolidación estructural no desconozca las posibilidades de participación del Estado en actividades

de mercado, pero que tampoco pretenda “equiparar” actividades puras de mercado, como las industriales y comerciales del Estado.

Los servicios públicos domiciliarios resultan tan particularizados, que de alguna forma es explicable la instrumentalización de ciertos mecanismos que tienden a vulnerar, de alguna manera, los derechos de igualdad y de libre competencia económica de los operadores privados.

La diferenciación de la prestación de servicios públicos domiciliarios a la par de otras actividades económicas es del todo substancial en la especial diferenciación frente al régimen jurídico de unas y otras: En los primeros encontramos entre otras, reglas especiales frente a posibilidades de intervención estatal (artículos 2 y 3 de la Ley 142 de 1994), Derechos Especiales de los Usuarios de los mismos (artículo 9 de la Ley 142 de 1994 y Decreto 1842 de 1991-Estatuto Nacional del Usuario), obligaciones especiales de los prestadores en relación con la función social de la propiedad (artículo 11 de la Ley 142 de 1994), régimen jurídico

especial de sus prestadores prototipo (artículos 17-26, Ibidem), régimen de derecho de la competencia (artículo 34, Ibidem), reglas contractuales especiales para su gestión (artículos 39 y s.s., Ibidem) régimen laboral (artículo 41 y s.s., Ibidem), etc..

Los regímenes jurídicos deben diferenciar las actividades de la administración donde el Estado sea un verdadero competidor a la par y en concurrencia a los particulares y por otra parte, actividades, como la prestación de servicios públicos domiciliarios, donde las especiales características de su operación (universalidad, regularidad, libre acceso, continuidad y solidaridad entre otras) y las obligaciones especiales que debe cumplir el Estado en su desarrollo (“asegurar su prestación”, “ser inherentes a los fines sociales del Estado”, tener connotaciones de “interés social”) determinen la consolidación natural de privilegio y prerrogativas a favor del Estado.

## 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, L. (2003). *Los Actos y Prerrogativas de los Prestadores*

*de Servicios Públicos Domiciliarios*. En: III Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: *Las reformas a la Constitución Política. El Derecho Administrativo de los Servicios Públicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Ariño, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia-Fundación de Estudios de la Regulación.
- Atehórtua, C.A. (2001). *Mutaciones en el Derecho Administrativo Colombiano*. En: AA.VV. Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atehortúa, C. A. (1998). *Régimen legal de los servicios públicos domiciliarios*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Colombia, Corte Constitucional (1992, julio). “Sentencia T-406,,. M.P. Ciro Angarita Barón. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (1992, agosto). “Sentencia T-

- 505,,. M.P. Eduardo Cifuentes. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (1992, septiembre). “Sentencia T-540,,. M.P. Eduardo Cifuentes. Bogotá.
  - Colombia, Corte Constitucional (1997, febrero). “Sentencia C-066,,. M.P. Fabio Morón Díaz. Bogotá.
  - Colombia, Corte Constitucional (2002, mayo). “Sentencia C-389,,. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá.
  - Colombia, Corte Constitucional (1992, octubre). “Sentencia C-580,,. M.P. Fabio Morón Díaz. Bogotá.
  - Colombia, Corte Constitucional (2003, enero). “Sentencia C-041,,. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá.
  - Colombia, Corte Constitucional (2001, agosto). “Sentencia C-815 ,, de agosto 2 de 2001 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
  - Correa, M. (2002): *Relación entre la libertad de empresa e interés general. Pesquisa en la jurisprudencia del tribunal constitucional español*. Revista de Jurisprudencia Administrativa No 2. Departamento de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
  - Garcia de Enterría, E. y Fernández, T. (1989). Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid: Civitas.
  - Garrido, F. ( 1991). *Introducción general en el modelo económico en la Constitución Española. Tomo I*. Madrid: Instituto de estudios económicos.
  - Jeze, G. (1925) *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Desalma.
  - Julio, A. y Cuevas, H. (2003) *Teorías jurídicas y económicas de Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
  - Julio, A. (2004) *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución Colombiana de 1991*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
  - Martín-Retortillo, S. (1996) *El Derecho Civil en la génesis del derecho Administrativo y sus instituciones*. Madrid: Civitas.

- Martín-Retortillo, S. (1988) *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: La Ley.
- Montaña, A. (2002) *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montaña, A. (2002) *Alcances de la Libertad Económica Privada en el Régimen de Servicios Públicos introducido por la Constitución Política de 1991*. Revista de Jurisprudencia Administrativa No 2. Departamento de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ----- (2003) *Alcances de la Libertad Económica Privada en el Régimen de Servicios Públicos introducido por la Constitución Política de 1991*. Revista Derecho del Estado, No 14. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ----- (2004) *Los servicios públicos domiciliarios como instrumento del Estado Social de Derecho*. *Desarrollo Jurisprudencial*. En: AA.VV. Anuario de Derecho Constitucional. Eduardo Montealegre Lynett. Coordinador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moreno, L. (2001) *Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectivas del Derecho Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Palacios, H. (1999). *El derecho de los Servicios Públicos*. Bogotá. Derecho Vigente.
- ----- (2001): *La Competencia y los Servicios Públicos*. En: AA.VV. Actualidad Jurídica en Servicios Públicos. Tomo IV. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- Palacios, Hugo (1999): *La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano*. ed. Derecho Vigente.
- Penagos, G. (1989) *Empresas Estatales*. Doctrina y Ley. 1989.
- Restrepo, J. C. (1993). *Abuso de la Posición Dominante*. En: AA.VV. Hacia un nuevo régimen de la promoción de la competencia”. Cámara de Comercio de Bogotá.

- Restrepo Salazar, J. C. (1992) *Hacienda Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rivero, Jean (1968) *Droit administratif*. Dalloz. París,. Tercera edición.
- Rodríguez, E. (1995) *Privatización de la Empresa Pública y Postprivatización*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Sánchez, G.; Pacheco De León, H.; Obregón, G. Y Alvarado, Y (2001): *Del carácter singular del Derecho de la Competencia en los servicios públicos domiciliarios*. En: AA.VV. Actualidad Jurídica en Servicios Públicos. Tomo IV. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. 2001.
- Santaella, H. (2001). *El modelo económico en la Constitución de 1991*. En: Revista Derecho el Estado No 11, diciembre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tafur, A. (1978) *El control de las empresas públicas en Colombia*. Trabajo presentado al Curso Internacional sobre Derecho Administrativo en Latinoamérica. Bogotá: Publicaciones Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. .
- Uribe, E. (2001) *Eficiencia en la prestación de Servicios Públicos*. En AA.VV. Colección de Derecho Económico. Homenaje a Enrique Low Murtra. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Villar Palasi J. L. (1950) *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*. México: Revista de Administración Pública-RAP.