

## RÉGIMEN CONSTITUCIONAL COLOMBIANO DEL SERVICIO PÚBLICO

Julio César GAMBA LADINO

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Principios fundamentales*. III. *Desarrollo constitucional*. IV. *Desarrollo legal*. V. *Bibliografía*.

### I. NOTA INTRODUCTORIA

En Colombia, al instaurarse la Constitución Política de 1991, nuestros constituyentes implantaron el Estado social de derecho como concepción política, económica y social orientadora de toda la actuación del Estado; desde la perspectiva de los poderes como una obligación y desde el lado de la ciudadanía como un derecho. La intención constitucional está dada por esa necesidad de transformar la sociedad colombiana en su aspecto político, principalmente, para luego apalancar los aspectos económicos, y que éstos, definitivamente, tengan la función social.

Desde el preámbulo de nuestra Constitución, que de por sí tiene fuerza vinculante —conforme a los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional— proyecta el compromiso que tienen los integrantes de la organización política llamado Estado en “fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”. No cabe la menor duda que desde estos primeros renglones de nuestra carta magna impone un deber de todos de prestar servicios públicos, especialmente aquellos derechos de primera generación que tienen que ver con el ser individual y su propio desarrollo. Igualmente, podemos observar sin mayores dificultades que combina el texto fundamental aquellas expresiones de liberalismo con la segunda categoría de derechos que ya no se concreta en la in-

dividualidad propiamente dicha de la persona, sino su alteridad con los demás. Convivencia y paz son valores constitucionales que buscan garantizar igualmente la vida, el trabajo y la igualdad.

La seguridad, como ese primigenio servicio que buscaban todos los individuos cuando se agrupaban y renunciaban a su libertad para construir lo que Locke llamó la “sociedad civil”, en Colombia se mantiene vigente, tal como lo mencionamos anteriormente; sin embargo, nuestro preámbulo encuadra esos anhelos “dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”. La estructuración entonces de nuestra nación va concretándose en un Estado de derecho con un régimen político democrático participativo; sin embargo, hay una intención manifiesta de solucionar aquellas asimetrías que genera el ejercicio de la libertad.

La necesidad de corrección por el Estado de los efectos disfuncionales de la sociedad industrial competitiva no sólo era una exigencia ética, sino también una necesidad histórica, pues hay que optar necesariamente entre la revolución o las reformas sociales. Por otra parte, existe una crisis de democracia y del Estado de derecho, que se manifiesta en descontento social y falta de credibilidad de las instituciones. La idea no es renunciar al Estado de derecho, sino en dar a éste un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes.

## II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

El artículo primero de la Constitución Política define a Colombia como un “Estado social de derecho”. Si bien es cierto que para el país fue un gran paso político, también lo fueron las grandes expectativas que surgieron en la población, que buscaba una verdadera transformación y extinción de figuras coloniales que no habían sido desterradas del territorio. Precisamente esta nueva concepción se justificó en su oportunidad, por ser un intento de adaptación del Estado tradicional a la sociedad industrial y posindustrial. Disposición y responsabilidad conllevan una nueva actitud del Estado, que debe manifestarse a través de nuevas atribuciones y competencias para la estructuración del orden social (*statu quo*). De esta forma, el Estado asume dos posiciones, que a primera vista parecerían definitivamente incompatibles, pero que no lo son para el Estado social de derecho: Estado abstencionista (liberal) y Estado intervencionista (condiciones mínimas vitales a sus ciudadanos).

Actualmente estas dos características del Estado tienen una incidencia marcada y real en el tema de los servicios públicos; por su rol abstencionista, pero regulatorio, permite que los particulares en su iniciativa conformen empresas o se organicen para la prestación de los servicios públicos, y es intervencionista al momento de crear los marcos regulatorios, o cuando es el mismo Estado quien presta directamente el servicio público, recogiendo esos primeros lineamientos de la construcción y formación del derecho administrativo.

Por consiguiente, para el Estado social de derecho es importante crear las condiciones para el adecuado despliegue de las potencialidades de la personalidad a través de la iniciativa y de la capacidad creadora y competitiva en las que se patentiza la autodeterminación del hombre.

En el artículo siguiente de la Constitución Política de Colombia se contempla el aspecto teleológico colombiano al establecer que

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

Al finalizar estos postulados, la Constitución impone la obligación a las autoridades de la República de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

El aseguramiento de este cumplimiento exige otra forma de legislar y actuar, como lo advierten García de Enterría y Fernández:

...Todo ello significa que la Constitución exige un nuevo modo de legislar diferente al que hasta ahora ha venido siendo habitual. Ya no basta, por lo tanto, que las Leyes se limiten, como tradicionalmente lo han venido haciendo, en punto al establecimiento de los diferentes servicios públicos, a habilitar o autorizar a la Administración para crearlos, sin obligarla a hacerlo casi nunca. Por el contrario, la Ley debe ahora esforzarse en fijar estándares concretos de prestación, en cantidad y calidad, capaces de garantizar al ciudadano un nivel mínimo de derechos exigibles...<sup>1</sup>

<sup>1</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 8a. ed., Madrid, Civitas, 2002, t. II, p. 81.

Las consecuencias inmediatas de esta regulación constitucional conlleva, entre otros aspectos, la consagración del principio de igualdad, cuya consecuencia debe manifestarse en los derechos sociales y económicos y en la prestación de los servicios públicos.

### III. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Una vez contemplados los principios fundamentales, la Constitución Política, en su título XII, “Del régimen económico y de la Hacienda pública”, capítulo 5, “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”, señala el marco constitucional en el que debe orientarse la actuación de las autoridades públicas y privadas con relación al servicio público. Específicamente el artículo 365 señala lo siguiente:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

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. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

La anterior consagración del servicio público obliga remitirse a las definiciones del concepto de servicio público, y en la que la mayoría de los autores coinciden en que “es una actividad destinada a satisfacer una necesidad de interés general”.<sup>2</sup> El complemento de este concepto está determinado por los principios fundamentales de cada Estado. En el caso colombiano, conforme a la norma anteriormente trascrita, observamos que

<sup>2</sup> La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-043, de 1998, expresó: “El derecho positivo colombiano define el servicio público como ‘... toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas’” (artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo).

esta actividad está sometida a la regulación, control y vigilancia estatal. Bajo esta perspectiva, tenemos entonces que en Colombia pueden cohabitar dos regímenes jurídicos que rodean la prestación de los servicios públicos. Un régimen privado en el que están sometidas todas las organizaciones que prestan o satisfacen el servicio público en cuanto a su constitución, régimen y desarrollo de su objeto social. Sin embargo, en tratándose de la prestación del servicio, es decir, la relación directa empresa-usuario y el índice de satisfacción a nivel colectivo que llegase a afectar esa finalidad social que mencionamos en párrafos anteriores y a la misma prestación eficiente del servicio, estará sometido al régimen de derecho público, y, por ende, deberá acatar las investigaciones, órdenes o sanciones que imponga el Estado a través de sus instituciones.<sup>3</sup>

Otro aspecto importante que debemos resaltar del artículo 365 de la Constitución colombiana es lo referente a la persona que puede prestar el servicio. La actual regulación refleja la teoría de la “huída del derecho público”. Recordemos que precisamente la construcción del derecho administrativo fue a partir de la teoría del servicio público, que fundamentaba la existencia del derecho público por la prestación de un servicio en cabeza del Estado, y, por lo tanto, exigía la consagración de un nuevo tipo de derecho diferente al privado o civilista. Esta circunstancia era justificada en esa época, por cuanto los servicios públicos, tales como la seguridad, justicia, correos y transporte, principalmente, eran estratégicos para el Estado; no podía prescindir su prestación sin afectar la propia existencia y permanencia del Estado, que estaba en etapa embrionaria. Actualmente, sin que el Estado se haya desentendido totalmente de la seguridad y justicia, ha venido rompiendo su monopolio y ha aceptado la participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos o la venta de la propiedad pública.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> El numeral 22 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, “Funciones del presidente de la República”, establece que ejercerá la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.

<sup>4</sup> Al respecto, Nicolas Hernández, en su artículo “Privatizaciones: significado y razón de ser desde un punto de vista económico”, publicado en el libro *Privatización y liberación de Servicios*, por la Universidad Autónoma de Madrid, 1999, señala: “...Sin duda el término (hace referencia al concepto de privatización) tiene, actualmente, un carácter mucho más amplio que el de una mera transferencia de propiedades y empresas del sector público al privado: comprende además, la devolución a la iniciativa privada de campos enteros de actuación (despublicación), la transferencia de la gestión de funcio-

En Colombia, por lo tanto, puede existir la prestación directa por parte del Estado de los servicios públicos o en forma indirecta, a través de la participación de los particulares con capital totalmente privado o en asociación con el Estado. A partir de la expedición de la Constitución de 1991, Colombia consolida el fenómeno de privatización de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, tales como agua y alcantarillado, energía, gas y teléfonos. Algunas de estas empresas que anteriormente eran estatales pasaron a manos particulares a través de las distintas figuras que agrupan el fenómeno de la privatización.<sup>5</sup>

Siguiendo con nuestro desarrollo constitucional, el artículo 366 advierte que la gestión y la prestación de los servicios, conforme a la finalidad estatal, debe ser prioritaria su gestión y prestación. En efecto, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. El mencionado artículo establece como objetivo fundamental de la actividad estatal, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Por tanto, al abrogarse semejante responsabilidad, el Estado, en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales, dará prioridad al gasto público social, que tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Los siguientes artículos constitucionales, es decir 367 y 368, contemplan los principios básicos de la prestación de los servicios públicos domiciliarios y que corresponde el marco constitucional en el cual debe desarrollarse el aspecto legal y reglamentario.

Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

nes públicas a agentes privados y, también, la introducción de mecanismos de actuación privados en el ‘modus operandi’ de las Administraciones Públicas (El fenómeno conocido como ‘huída del derecho público’). En definitiva, el término ‘privatización’ está íntimamente vinculado al replanteamiento de los fines que debe perseguir y, los medios que debe utilizar el Sector Público, para servir adecuadamente a la sociedad en la que se incardina; reformulación que se ha venido produciendo en los últimos tiempos en todo el mundo...”.

<sup>5</sup> Para mayor ilustración de este fenómeno puede consultarse el libro de Mateo, Ramón Martín, *Liberalización de la economía, más Estado, menos administración*, Madrid, Trivium, 1988.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

La importancia de este texto es la adopción del principio de solidaridad, propio de un Estado social de derecho; es en la orientación de “en beneficio de la comunidad” que los servicios públicos deben prestarse. La prestación del servicio, entendida como un todo, elimina en consecuencia discriminaciones de cualquier índole que conlleven su prestación a sólo una parte del conglomerado social. Impone, por lo tanto, tomar en cuenta los distintos estratos sociales que participan como usuarios de los servicios públicos, según su capacidad económica, para establecer un régimen tarifario diferencial, que materializa una función redistributiva del costo de los servicios. Lo anterior para algunos autores constituye el nuevo concepto de *servicio universal*, es decir, ese servicio de calidad a un precio asequible para todos.

Artículo 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

Bajo el principio de solidaridad e igualdad, entendido este último como el derecho a la diferencia, es decir, tratamiento a las personas a partir de sus propias diferencias, el Estado, al momento de cumplir sus cometidos, tiene la obligación de tener en cuenta esas circunstancias especiales y brindarles, en primer lugar, una tarifa que refleje su capacidad de pago, y en segundo lugar, unos subsidios que permitan acceder a esos servicios públicos que por su costo marginarían a un sector importante de la población. Es deber del Estado asegurar la prestación de los servicios públicos a “todos” los habitantes del territorio. Se busca que la igualdad sea real y efectiva y se evite que, con ocasión de su organización y puesta en marcha, se genere discriminación y marginalidad.

Artículo 369. La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fis-

calización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

De la misma forma como la Constitución consagró el principio de solidaridad, el artículo transcrito anteriormente fija el marco constitucional de aquellos derechos que la doctrina y jurisprudencia han denominado de “tercera generación”. Nos referimos al grupo de derechos denominados colectivos,<sup>6</sup> que tienen los consumidores, en este caso, los usuarios. Éstos merecen especial protección, que bajo la insignia de una democracia participativa tengan el derecho y la oportunidad de ser fiscalizadores, veedores y copartícipes de la gestión de aquellos agentes prestadores de servicios públicos.

Los artículos 368 y 369 materializan en el fondo los principios rectores del ejercicio de competencia de los diferentes niveles de autoridad en la prestación de los servicios públicos. Conforme a la descentralización administrativa y territorial, los municipios ejercen competencias que les atribuye la Constitución y la ley. Estos principios son tres: coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

<sup>6</sup> Sobre el tema de los derechos colectivos, ilustra el profesor Alejandro Nieto en su obra *Estudios de derecho y ciencia de la administración*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, lo siguiente: “...Mi tesis es que los intereses sociales no están organizados bipolarmente entre los individuales (atribuidos de plano al Derecho Administrativo) y los públicos (atribuidos a la política, como consecuencia de la asunción que de ellos ha realizado la Administración del Estado), sino que también hay que tener en cuenta los intereses colectivos, entendidos como aquellos que afectan a una comunidad o grupo concretos (los vecinos, los usuarios de un servicio público, los consumidores). Intereses que, aunque tengan una vertiente individual, sólo tienen verdadero sentido desde su perspectiva colectiva (cada vecino tiene, naturalmente, interés individual en contar con una zona verde o escuela para disfrutar de ella personalmente, y lo mismo sucede con el consumidor a la hora de comprar su botella de leche; pero es claro que la defensa natural de ese interés colectivo no puede hacerse desde la vertiente individual: ¿es que va a pleitar un usuario cada vez que se le interrumpe el suministro de luz?). En los tiempos que corremos, hablar de intereses colectivos es hablar de democracia, porque es permitir que amplios sectores sociales, a los que son en parte inaccesibles tanto los mecanismos forenses como los políticos, puedan participar en la vida pública, pero no de forma abstracta, sino muy concreta, porque se trata de intereses que, aunque supraindividuales, afectan al individuo de manera muy directa...”.

Entendemos por principio de coordinación cuando las autoridades municipales, al momento de desarrollar y ejercitar sus propias competencias, concilian su actuación con el principio armónico que debe existir entre los diferentes niveles de autoridad en ejercicio de sus atribuciones. La concurrencia hace referencia cuando sobre una materia se asignen a los municipios, competencias que deban desarrollar en unión o relación directa con otras autoridades o entidades territoriales, deberán ejercerlas de tal manera que su actuación no se prolongue más allá del límite fijado en la norma correspondiente, buscando siempre el respeto de las atribuciones de las otras autoridades o entidades. Y el principio de subsidiariedad obedece cuando se disponga que los municipios puedan ejercer competencias atribuidas a otros niveles territoriales o entidades, en subsidio de éstos, sus autoridades sólo entrarán a ejercerlas una vez que se cumplan plenamente las condiciones establecidas para ellos en la norma correspondiente y dentro de los límites y plazos fijados al respecto. Asimismo, cuando por razones de orden técnico o financiero debidamente justificadas, los municipios no puedan prestar los servicios que les impone la Constitución y la ley, las entidades territoriales de nivel superior y de mayor capacidad deberán contribuir transitoriamente a la gestión de los mismos, a solicitud del respectivo municipio. No obstante, cualquier ayuda o gestión por parte de autoridades distintas a las municipales están sujetas a la competencia asignada y siempre procurando el fortalecimiento de la autonomía local.

El último artículo de la Constitución que hace referencia específica al tema de los servicios públicos es el artículo 370, que asigna al presidente de la República la función de 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.

La forma de Estado de Colombia es unitaria, y su sistema de gobierno es presidencial; es decir, que existe una concentración de poder político y administrativo en organismos centrales. No obstante, la misma Constitución habilita la descongestión de ese poder central asignando competencias en otras instancias para que con autonomía o sin ella desarrollen el ejercicio de sus funciones. Esa atenuación de la centralización se traduce en la institucionalización de figuras jurídicas y administrativas, como la descentralización administrativa y territorial y la desconcentración administrativa.

En tal sentido, las normas deben esforzarse para que la distribución de competencias entre los diversos niveles de la administración sea real y efectiva, siguiendo en lo posible el criterio de que la prestación de los servicios corresponda a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de planes, políticas y estrategias a la nación. Igualmente, al interior de las entidades nacionales descentralizadas, el gobierno velará por que se establezcan disposiciones de delegación y desconcentración de funciones, de modo tal que sin perjuicio del necesario control administrativo los funcionarios regionales de tales entidades posean y ejerzan efectivas facultades de ejecución presupuestal, ordenación del gasto, contratación y nominación, así como de formulación de los anteproyectos de presupuesto anual de la respectiva entidad para la región sobre la cual ejercen su función.<sup>7</sup>

La desconcentración administrativa es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración. Esta modalidad permite hacerla a través de tres clases: la delegación, desconcentración territorial y por funciones. La delegación conlleva a que las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia, y de conformidad con la ley, podrán trasladar sus competencias mediante acto de delegación, a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.<sup>8</sup>

Terminando entonces esta referencia constitucional a los servicios públicos encontramos que existen funciones presidenciales de la Superintendencia de Servicios Públicos. El presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La ley, en consecuencia, bajo la figura de la descentralización administrativa, ha creado la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como un organismo de carácter técnico, adscrito a un ministerio, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial.

7 Artículo 7o., Ley 489, de 1998. Colombia.

8 Artículos 8o. y 9o., Ley 489, de 1998. Colombia.

Lo anterior, sin perjuicio de la existencia en Colombia de otras superintendencias u organismos que ejerzan precisamente esa competencia presidencial de control, inspección y vigilancia de aquellas entidades públicas, privadas o mixtas que presten servicios públicos.

Queda por señalar que en el texto de la Constitución Política de Colombia no existe un capítulo específico que agrupe cuáles son las actividades consideradas como servicio público. Dispersamente hay artículos que mencionan o hacen referencia a dicho señalamiento.

Ejemplo de la anterior afirmación encontramos:

Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Artículo 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> El Consejo de Estado colombiano, máximo organismo de la jurisdicción contenciosa administrativa, en sentencia de octubre 4 de 2001, sección primera, consejera ponente Olga Inés Navarrete Barrero, señaló lo siguiente: “La autonomía universitaria tiene como contenido esencial ‘la capacidad de autoregulación filosófica y de autodeterminación administrativa de la persona jurídica que presta el servicio público de educación superior’, ya que su incidencia en el ámbito universitario se ha traducido en dos aspectos, esenciales: uno de ellos relacionado con la concepción ideológica de la universidad y otro atinente a la posibilidad de otorgarse sus directivas y de definir la organización interna propia de índole administrativa, académica y presupuestal, como reflejo de su singularidad. Sin embargo, esas libertades de autodeterminación y autoregulación de las universidades no son absolutas y presentan algunos límites constitucionales: a) la enseñanza está sometida a la inspección y vigilancia del Presidente de la República (Constitución

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.

Del anterior ejercicio y a modo de síntesis, encontramos que el régimen constitucional colombiano da un tratamiento especial al concepto de servicio público como eje central del principio de solidaridad derivado de la concepción del Estado social de derecho. La norma fundamental protege su prestación, la controla, la regula y la inspecciona con el propósito de que el ciudadano pueda desarrollar sus potencialidades y su personalidad. En los casos en que el Estado, en sus diferentes niveles de jerarquía, descentralización o desconcentración, no pueda prestar eficientemente el servicio, la Constitución permite la participación del sector privado, sin que escape del poder regulatorio y vigilante del Estado.

Queda por mencionar el texto del artículo 56 de la Constitución Política colombiana, el cual garantiza el derecho de la huelga como derecho colectivo laboral fundamental de todo trabajador; sin embargo, es prohibido practicarla en los servicios públicos esenciales. Teniendo en cuenta que el Constituyente no señaló taxativamente qué actividades eran considerados servicios públicos esenciales, en Colombia esta labor ha correspondido al legislador y a la jurisprudencia. Un caso concreto es la Ley

Política colombiana, artículos 67 y 189-21); b) la prestación del servicio público de la educación exige el cumplimiento estricto de la ley (Constitución Política colombiana, artículo 150-23)".

142, de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones” que en su artículo 4o. advierte que para los efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución Política de Colombia todos los servicios públicos, de que trata la presente Ley,<sup>10</sup> se considerarán servicios públicos esenciales.

No obstante, acudiendo a la fuente jurisprudencial española, el Tribunal Constitucional, en la STC 26/1981, aclaró el concepto de “servicios públicos esenciales”:

...son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida en comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios públicos esenciales entraría el carácter necesario de la prestación y conexión con atenciones vitales. De acuerdo con una segunda concepción, un servicio es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos...

#### IV. DESARROLLO LEGAL

La reglamentación legal en Colombia del marco constitucional no es unificada, y depende de las mismas normas especializadas que definan las actividades como servicios públicos. La educación, salud, el transporte, la televisión, los servicios bancarios, entre otros, son desarrollados por leyes concretas que agrupan toda la cadena de la actividad y el usua-

<sup>10</sup> El artículo 1o. de la Ley 142, de 1994 señala el ámbito de aplicación: “Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley”.

El artículo 15 de la Ley 142 de 1994 y el capítulo II hacen referencia a las personas habilitadas para la prestación de los servicios públicos sean públicas, privadas o mixtas.

rio; estas normas introducen los principios fundamentales; la precisión de términos o conceptos que deben manejarse e interpretarse en la aplicación de estas leyes; las habilitaciones o autorizaciones de las personas naturales o jurídicas capaces de prestar el servicio; la regulación, dirección, control y vigilancia en cabeza del Estado o sus entes descentralizados o desconcentrados, así como los derechos de los usuarios y los mecanismos de control que tienen éstos frente aquellos sujetos que prestan el servicio y que por su naturaleza poseen una posición dominante.

Pese a esa “proliferación normativa”, la Ley 142 de 1994, que regula los servicios públicos domiciliarios, establece un marco legal que sirve de referencia y orientación de aquellos servicios que no tienen su propia regulación o ésta no es suficiente.

En este sentido, el Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata la mencionada ley 142, conocida en Colombia como Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, con objeto de alcanzar los siguientes fines: i) 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; ii) ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; iii) atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; iv) 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; v) prestación eficiente; vi) libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; vii) obtención de economías de escala comprobables; viii) mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación, y ix) establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

El estatuto de servicios públicos domiciliarios desarrolla coordinada y coherentemente los postulados constitucionales referenciados en los numerales anteriores, criterios importantes que deben ser objeto de atención, tales como la calidad, cobertura y régimen tarifario proporcional, necesidades básicas insatisfechas, constituyen, entre otros, esa concepción ideológica del Estado social de derecho que permanentemente exigen al Estado su regulación, vigilancia y control. La prestación continua e ininterrumpida

constituirá una de las características importantes a tener en cuenta en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, máxime cuando la Corte Constitucional colombiana ha manifestado que la falta de pago no es causal suficiente para suspender el servicio. Por supuesto, la misma ley debe garantizar la libertad de empresa y establecer unos mínimos para que esa actividad industrial o comercial sea atractiva al sector privado que quiera invertir en ella o la adopción de subsidios o exenciones que permitan al Estado en forma directa prestarlos.

Precisamente, el estatuto contempla ciertos instrumentos de la intervención estatal en los servicios públicos tales como: i) promoción y apoyo a personas que presten los servicios públicos; ii) gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios; iii) regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario; iv) control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia; v) organización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica; vi) protección de los recursos naturales; vii) otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos; viii) estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos, y ix) respeto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios.

La ley 142 de 1994 establece las competencias de los entes territoriales existentes en Colombia (nación, departamento y municipio) bajo los principios mencionados de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

La competencia municipal en relación con los servicios públicos radica principalmente en asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente. Igualmente, sin dejar de ser importante, el municipio debe asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades que prestan los servicios públicos en el municipio. El apoyo institucional de organización predial y catastral, así como colaborar en inversiones a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la nación para realizar las actividades de su competencia, constituyen una labor importante del municipio para una

prestación eficiente de los servicios públicos. La misma ley habilita a los municipios para prestar directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen. Principalmente la causa de la prestación directa por parte de los municipios está cuando no existe interés de empresas de prestar el servicio o no tienen capacidad técnica o financiera para asumir esta obligación..

El Departamento, en relación con los servicios públicos, cumple funciones de apoyo y coordinación con el fin de: i) asegurar que se presten en su territorio las actividades de transmisión de energía eléctrica, por parte de empresas oficiales, mixtas o privadas; ii) apoyar financiera, técnica y administrativamente a las empresas de servicios públicos que operen en el Departamento o a los municipios que hayan asumido la prestación directa, así como a las empresas organizadas con participación de la nación o de los departamentos para desarrollar las funciones de su competencia en materia de servicios públicos, y iii) organizar sistemas de coordinación de las entidades prestadoras de servicios públicos y promover, cuando razones técnicas y económicas lo aconsejen, la organización de asociaciones de municipios para la prestación de servicios públicos, o la celebración de convenios interadministrativos para el mismo efecto.

Por último, compete a la nación para la prestación de los servicios públicos y en forma privativa, planificar, asignar, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético, así como planificar, asignar y gestionar el uso del gas combustible en cuanto sea económica y técnicamente posible, a través de empresas oficiales, mixtas o privadas. Por otra parte, tiene como función la de asegurar que se realicen en el país, por medio de empresas oficiales, mixtas o privadas, las actividades de generación e interconexión a las redes nacionales de energía eléctrica, la interconexión a la red pública de telecomunicaciones, y las actividades de comercialización, construcción y operación de gasoductos y de redes para otros servicios que surjan por el desarrollo tecnológico y que requieran redes de interconexión.

Otra función de la nación consiste en apoyar financiera, técnica y administrativamente a las empresas de servicios públicos o a los municipios que hayan asumido la prestación directa, así como a las empresas organizadas con participación de la nación o de los departamentos para desarrollar las funciones de su competencia en materia de servicios públicos y a

las empresas cuyo capital pertenezca mayoritariamente a una o varias cooperativas o empresas asociativas de naturaleza cooperativa.

En materia ambiental, la nación debe velar por que quienes prestan servicios públicos cumplan con las normas para la protección, la conservación o, cuando así se requiera, la recuperación de los recursos naturales o ambientales que sean utilizados en la generación, producción, transporte y disposición final de tales servicios.

Por último, y en aplicación del principio de subsidiariedad, la nación deberá prestar directamente, cuando los departamentos y municipios no tengan la capacidad suficiente, los servicios públicos.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 8a ed., Madrid, Civitas, 2002, t. II.
- HERNÁNDEZ, Nicolás, “Privatizaciones: significado y razón de ser desde un punto de vista económico”, *Privatización y liberación de servicios*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1999.
- MATEO, Ramón Martín, *Liberalización de la economía, más Estado, menos administración*, Madrid, Editorial Trivium, 1988.
- NIETO, Alejandro, *Estudios de derecho y ciencia de la administración*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Cátedra de derecho administrativo, general y colombiano*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho administrativo*, 12a. ed., Bogotá, Legis, 2004.
- Constitución Política Colombiana 1991.
- Ley 142 de 1994.
- Ley 489 de 1998.

las empresas cuyo capital pertenezca mayoritariamente a una o varias cooperativas o empresas asociativas de naturaleza cooperativa.

En materia ambiental, la nación debe velar por que quienes prestan servicios públicos cumplan con las normas para la protección, la conservación o, cuando así se requiera, la recuperación de los recursos naturales o ambientales que sean utilizados en la generación, producción, transporte y disposición final de tales servicios.

Por último, y en aplicación del principio de subsidiariedad, la nación deberá prestar directamente, cuando los departamentos y municipios no tengan la capacidad suficiente, los servicios públicos.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 8a ed., Madrid, Civitas, 2002, t. II.
- HERNÁNDEZ, Nicolás, “Privatizaciones: significado y razón de ser desde un punto de vista económico”, *Privatización y liberación de servicios*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1999.
- MATEO, Ramón Martín, *Liberalización de la economía, más Estado, menos administración*, Madrid, Editorial Trivium, 1988.
- NIETO, Alejandro, *Estudios de derecho y ciencia de la administración*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- RAMOS ACEVEDO, Jairo, *Cátedra de derecho administrativo, general y colombiano*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho administrativo*, 12a. ed., Bogotá, Legis, 2004.
- Constitución Política Colombiana 1991.
- Ley 142 de 1994.
- Ley 489 de 1998.