

MARCO JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA: ¿UN “NUEVO” DERECHO ADMINISTRATIVO?

Profesor Luis Carlos SÁCHICA, *in memoriam*.

Guillermo Sánchez Luque*

Abogado

Resumen: *La Constitución de 1991 replanteó las bases del derecho administrativo, al superar la concepción del servicio público como función administrativa. Sin embargo, esta rama del derecho sigue teniendo un rol determinante no solo por vía de la regulación y el control (la tradicional “policía administrativa”), sino porque los caracteres esenciales del servicio público han permanecido, a pesar de no ser un monopolio estatal. En la primera parte, se estudiará como el marco constitucional, si bien prevé una reserva de ley en esta materia, otorga al Congreso una limitada libertad de configuración normativa. En la segunda parte, se expondrá cómo la Ley 142 de 1994 –en tanto ley de intervención económica– tiene las características y bondades de los códigos del siglo XIX.*

Palabras Clave: *Derecho administrativo, servicios públicos, constitución económica, reserva de ley, libertad de configuración legislativa, Estado Social de Derecho, leyes de intervención económica, leyes código, Ley 142 de 1994, seguridad jurídica.*

Abstract: *The 1991 Constitution changed the foundations of administrative law, overcoming the concept of public service as an administrative function. Nonetheless, this law specialty continues to play a decisive role not only through regulation and control (the traditional “administrative police”), but also because the essential characteristics of public utility remain, despite not being a state monopoly. The first part will review how the constitutional framework reserves this matter to be regulated by law, but grants Congress limited freedom for legislative reform. The second part will address how Law 142 of 1994 –as a law on economic intervention– has the characteristics and virtues of 19th century’s codes.*

Key words: *Administrative law, public utilities, economic constitution, principle of legal reserve, freedom for legislative reform, social rule of law State, laws on economic intervention, code laws, Law 142 of 1994, legal certainty.*

* Profesor del derecho constitucional, administrativo y económico del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, de la Pontificia Universidad Javeriana, y de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido titular del curso de derecho administrativo de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente es Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

INTRODUCCIÓN¹

1. En vigencia de la Constitución anterior, los factores esenciales que servían para determinar si un servicio era público eran: (i) procurar la satisfacción de una necesidad de interés general; (ii) ser ofrecido en forma indiscriminada y en igualdad de condiciones; (iii) ser indispensable para la comunidad, es decir, que su suspensión alterara las bases de la actividad regular de aquella, haciendo imposible el normal desarrollo de las actividades diarias y que (iv) su interrupción, así fuera transitoria, afectara toda la vida de la comunidad².

Aunque la Constitución de 1991 replanteó en forma radical el papel del Estado en el ámbito de los servicios públicos, estos cuatro atributos siguen en pie. El constituyente dio respuesta a una crisis profunda del monopolio público (servicio público como “función administrativa”) –elemento que hoy bien podría calificarse de accidental– que estalló en la década de los años noventa del siglo XX, pero sus decisiones no afectaron estos caracteres esenciales, que permanecen incólumenes: el interés general (que no es –ni ha sido– privativo del Estado); el servicio universal; su asociación a finalidades sociales o comunitarias y la no interrupción de su prestación (prohibición de huelga). Los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente se enfrentaron a un agudo problema de financiación (fiscalmente inmanejable), dificultades enormes de cobertura, muy precaria prestación en términos de calidad, incrementos sorpresivos en las tarifas y consecuentes paros que desembocaron en graves alteraciones del orden público³.

Atender debidamente (en forma continua, uniforme, general y obligatoria), por ejemplo, la demanda de energía exigía una expansión de la oferta basada en el impulso a la inversión privada en toda la cadena de este estratégico sector de la economía: un esquema de mercado de bolsa, con competencia en generación y comercialización, para mejorar cobertura y calidad. Y al hacerlo, el constituyente formuló un catálogo de preceptos que regulan en detalle la materia: una auténtica reformulación del modelo de Estado, pero que –se insiste– mantuvo esos cuatro caracteres tradicionales del servicio público.

2. La Constitución de 1991 estableció un conjunto articulado y sistemático de preceptos –cuya base está en el capítulo quinto del Título XII– y una norma transitoria (art. 48) para que su desarrollo legal fuera expedito. Adicionalmente, otras disposiciones constitucionales (los artículos 1, 13 inciso 2°, 78, 95.9, 150.23, 300.1, 313.1 y 95.9) guardaron relación estrecha con la materia. En 1991 se perfiló, pues, una suerte de “Constitución económica de los servicios públicos”.

¹ Este artículo está basado en una conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, en noviembre de 2019 y será publicado en Dangond Gibsone, Claudia (Editora), *Nuevas tendencias del derecho administrativo, conmemoración de los primeros 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Tirant lo Blanch, 2020. Se incluye en esta Revista con la amable autorización de la editora de ese libro. Agradezco muy especialmente a los colegas Carolina Ávila, Luisa Villarraga, Mauricio Gómez y Diego Rueda por su invaluable colaboración en la consulta y organización de algunas de las fuentes bibliográficas, lo mismo que a Margarita Forero y a Max Rodríguez por sus observaciones.

² SÁCHICA, Luis Carlos, *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Temis, 1983, pp. 312 y 313.

³ La “piedra de Rosetta” de este régimen constitucional de los servicios públicos está en las memorias de un seminario sobre la intervención del Estado en la economía en los años noventa del siglo pasado: Ochoa, Francisco, Valencia, Darío y Ayala, Ulpiano, “Servicios públicos e intervención del Estado”, en *Seminario sobre la intervención del Estado en la economía*, Bogotá, Comisión presidencial para la reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano, Grupo Editorial 87, 1990.

Por decisión del constituyente, los servicios públicos ya no se regulan como una expresión de la función pública (y concretamente de la administrativa). Por lo mismo, no son –como aun señalan algunos pronunciamientos judiciales aislados– el ejercicio de funciones públicas por particulares⁴, ni son una manifestación de la descentralización por colaboración, pues no se trata de la asignación de funciones administrativas a los particulares (artículo 210 inc. 2º y artículo 123 inciso 3º CN)⁵.

3. Los servicios públicos no pasaron a manos de los operadores particulares en una suerte de “privatización”, sino que lo que ocurrió fue una “desmopolización” para permitir la operación de agentes públicos, privados y mixtos en un esquema de competencia. Naturalmente esto implicó que el centro de gravedad del derecho administrativo ya no sea la prestación de los servicios públicos, como expresión de un monopolio público, o al menos, ya no como había sido tratado tradicionalmente, bajo el influjo poderoso de la perspectiva estatista o clásica. Ello no significa que el Estado (la Administración) ya no juegue un rol determinante. El cambio constitucional fue concebido para buscar una mejora significativa de la prestación en términos de cobertura, calidad y financiación.

4. Con base en este nuevo marco constitucional, fueron expedidas las dos grandes leyes sectoriales que –luego de un cuarto de siglo y a pesar de algunos ajustes– se han mantenido en su esencia. Las leyes 142 y 143 de 1994 dieron sepultura a la concepción del servicio público como función administrativa, al desarrollar los mandatos constitucionales que eliminaron el monopolio oficial, pero conservaron un rol determinante del Estado justamente para garantizar la continuidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad que siguen siendo los atributos propios de su prestación.

El derecho colombiano tomó así distancia de la histórica escuela realista de Burdeos –la bella ciudad de Montaigne– liderada por Duguit⁶ y que tuvo soporte en dos históricos pronunciamientos: el *arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos de Francia del 1 de febrero de 1873 y el no menos importante *arrêt Terrier* del 6 de febrero de 1903, que pregonaron una perspectiva estatista de su prestación⁷.

⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-702 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 2-2] y sentencia C-736 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [fundamento jurídico 5.3]. También algunos expertos siguen sosteniendo que “cuando se gestiona la prestación se están desarrollando funciones de naturaleza administrativa por el vínculo existente entre estas actividades y los fines del Estado” (Montaña Plata, Alberto, “El régimen normativo de la responsabilidad contractual en los servicios públicos domiciliarios-Configuración teórica de las prerrogativas públicas y protección del capital en consideración con su destinación”, en AAVV *Memorias IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 599 y ss.).

⁵ Ello era claro en vigencia de la Constitución de 1886, en la que la descentralización se concebía como un método que permite la mejor prestación de los servicios públicos, donde se organizan las entidades territoriales de primer y segundo grado, con vocación universal para prestar los servicios públicos que requieren sus habitantes, *vid.* SÁCHICA, Luis Carlos, “De la descentralización a la co-gestión y la autogestión participativas”, en *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, n.º 539 vol. 80, Bogotá, julio-septiembre de 1987, p. 67.

⁶ Cfr. Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Librería Española y extranjera, 1926, pp. 85 y ss. Otro de sus más caracterizados exponentes esta escuela, llegó a afirmar que los servicios públicos constituían “la piedra angular del derecho administrativo francés” (Jèze, Gaston, *Principios generales del Derecho Administrativo I*, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. XL).

⁷ Una aproximación a la noción tradicional del servicio público –“llave en el derecho administrativo galo”– en Prat, Julio “Los servicios públicos”, en AAVV *El derecho administrativo en América*

5. No será esta la oportunidad para referirnos a los enormes desafíos que enfrenta esta legislación sectorial. Por un lado, las normas legales que han venido atomizando la materia: particularmente la Ley 1340 de 2009, que trasladó las atribuciones que en materia de derecho de la competencia había asignado la propia Constitución de la Superintendencia de Servicios Públicos a la Superintendencia de Industria y Comercio y la Ley 1341 de 2009 que –al aducir razones técnicas de peso– precipitó la expedición de una legislación especial y, al hacerlo, despojó a la misma entidad del control de las telecomunicaciones, que bien podría haber asumido en materia no domiciliaria.

Inseguridad normativa, derivada del anhelo de expedir leyes sectoriales que –por supuesto– socavan el carácter general y abstracto de una legislación bien concebida, para suplirla por normas *ad-hoc*. La certeza del derecho cedió así paso a una sobreproducción normativa, a una pretendida “especialización”. Ley de competencia y ley de telecomunicaciones que parecieran haber ignorado las ventajas de tener un solo cuerpo normativo, como fue el concebido en 1994 (aunque se trate de dos leyes distintas, la 142 y la 143 forman una unidad inescindible).

Por otro lado, están las continuas reestructuraciones, los consabidos “antitrámites”, las muy discutibles leyes del plan (que pretenden concebir en un solo cuerpo normativo desarticulado todo un marco jurídico institucional cada cuatro años). Todas ellas son amenazas constantes a la estabilidad y coherencia que caracterizaron a ese cuerpo completo y sistemático de normas adoptado en 1994. Por supuesto que los ajustes, cuando se requieren de veras, son necesarios. Pero la solidez y la estabilidad deberían preferirse a la “innovación” y al cambio por el cambio.

Este trabajo tampoco se ocupará de las graves distorsiones que, en “defensa” del usuario, han provocado los jueces “constitucionales” (en acciones de grupo, populares, de cumplimiento y de tutela). Profusión de decisiones judiciales, en sentidos muchas veces encontrados, basadas cada vez más en interpretaciones flexibles de vaporosos principios, que en reglas claras por todos conocidas. Culto al “precedente” en un país que no solo hace parte de otra tradición jurídica, sino también en el que los criterios jurisprudenciales mudan con asombrosa rapidez. “Judicialización” de los servicios públicos que no solo se rebela contra el modelo mismo (pues el juez incluso desafía los mandatos constitucionales, so pretexto de aplicar otros), sino que –y es lo más grave– pone en riesgo la viabilidad financiera del esquema.

No hay duda que una regulación constitucional tan detallada, como es la de los servicios públicos, no es propia de la redacción de disposiciones de una ley fundamental. No será este el espacio para esa reflexión, que se antoja inaplazable. Como tampoco para evaluar por qué esta discutible “fórmula” de regulación constitucional detallada ¿casuista? ha funcionado, tampoco para aventurar a adivinar por cuánto tiempo más funcionará...

6. Con esta perspectiva, la primera parte de este texto se limitará a presentar el marco constitucional: su abundante regulación y su proyección en la configuración de la legislación sectorial (con énfasis en la Ley 142 de 1994). En la segunda, se estudiará el marco legal, centrado por un lado en sus particularidades como legislación de intervención económica y, por otro, en sus aspectos singulares que lo han convertido en una suerte de “neocodificación”.

Latina II, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1986, pp. 232 y ss. Sobre la crisis de la noción jurídica de servicio público en derecho francés y su proyección en nuestro derecho administrativo ver Vidal Perdomo, Jaime, “Mito y realidad del servicio público”, en (Guillermo Sánchez Luque et al. editores) Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica IV*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2001, pp. 27 y ss. y Santofimio Gamboa, Jaime Orlando y Béjar Rivera, Luis José, *El servicio público: Aproximaciones a su estructura teórica*, México, Ubijus-Universidad Panamericana, 2013.

I. MARCO CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: ¿RESERVA LEGAL CON UN PRECARIO MARGEN DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA?

7. La Constitución no solo adoptó una trascendental decisión política al asociar los servicios públicos domiciliarios a las finalidades sociales del Estado, sino que también encomendó su regulación al legislador y, al hacerlo, preconfiguró todo el esquema y –con ello– a nuestro juicio, dejó muy poco margen de apreciación para definirlo.

1. *Constitución y servicios públicos domiciliarios: el legislador, regulador por excelencia*

8. Se ha dicho que el derecho constitucional estudia lo que el Estado es, mientras que el derecho administrativo estudia lo que el Estado hace. Si desde la Constitución se replanteó el papel del Estado –ya no es prestador monopólico– sino que es garante (su “obligación de hacer”, es decir de ejecutar un hecho, ya no tiene por objeto el servicio sino la garantía de su prestación), es forzoso admitir que las bases de todo el derecho público cambiaron.

Además, si “el Estado es lo que hace” –según Laski– y en servicios públicos ya no tiene el monopolio oficial, necesariamente tiene que replantearse el derecho administrativo, un derecho de gestión, de ejecución por antonomasia. La jurisprudencia ha reconocido –tácitamente– que el constituyente replanteó los fundamentos del derecho administrativo, que tradicionalmente había sido concebido como el derecho de los servicios públicos, al tratarlos como una actividad económica de interés general, un “nuevo servicio público” propio de una economía social de mercado⁸.

⁸ Según el Consejo de Estado: *El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción “francesa” de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación [...] En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio.* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, Rad. AP 020, C.P. María Elena Giraldo Gómez [fundamento jurídico C]. En sentido similar, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2005, Rad. AP 254, C.P. María Elena Giraldo Gómez [fundamento jurídico C]; sentencia de 24 de febrero de 2005, Rad. AP 1470, C.P. Ramiro Saavedra Becerra [fundamento jurídico 2.1]; auto de 17 de febrero de 2005, Rad. 27673, C.P. Alier Hernández Enríquez [fundamento jurídico 2]; sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. AP 1944, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 2]; sentencia de 26 de enero de 2006, AP 1640, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1], SV Alier Hernández Enríquez; sentencia de 2 de marzo de 2006 Rad. AP 543, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1] SV Alier Hernández Enríquez; sentencia de 2 de mayo de 2007, Rad. 16257, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1]; auto de 18 de julio de 2007, Rad. 29745, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1.3], AV Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP 004, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 2]; sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. AP 005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.1] AV Enrique Gil Botero; Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de junio de 2011, Rad. 32018, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 4], SV Stella Conto Díaz del Castillo; sentencia de 15 de noviembre de 2011, Rad. 21178, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [funda-

9. Con todo, el marco legal de los servicios públicos conserva excepcionalmente un componente “administrativista clásico”. Pareciera no abandonar definitivamente su asimilación a una especie de función administrativa, *v.gr.* una defensa del usuario como manifestación de autotela de la Administración o privilegio de lo previo (arts. 152 y ss. Ley 142) y un régimen de contratación de derecho común sometido –curiosamente– a los principios de la función administrativa, cuando ya no se asimila a esta (artículo 13 de la Ley 1150 de 2007).

10. Si bien la Constitución previó una desmonopolización de los servicios públicos, ello no significa que el asunto dejó de preocupar al Estado: de una “obligación de dar” (servicio público como función administrativa) se pasó a una “obligación de hacer” (intervención económica vía regulación y control).

El Estado, en su nuevo rol de garante, no se aleja, sino que –muy por el contrario– reconoce expresamente que el servicio está estrechamente vinculado a sus finalidades sociales (persisten la continuidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad, como notas distintivas de un servicio de interés general). El punto de partida de la regulación de los servicios públicos, claramente, es su vinculación estrecha con las finalidades sociales del Estado.

En otras palabras, la eliminación del monopolio público no supuso el extrañamiento del Estado en estas materias. El título del capítulo quinto del Título XII de la Constitución es elocuente: “De la finalidad social del Estado”. Sin embargo, pareciera no haber nada nuevo bajo el Sol... Antes de la Carta vigente, la Corte Suprema de Justicia, cuando oficiaba como juez de constitucionalidad, había puesto de presente –como anticipándose a lo que luego se adoptaría en 1991– que el servicio público era un “concepto equivalente pero no igual al de ‘función social’ que se refiere exclusivamente al dominio privado”⁹.

El Estado social de derecho no apareció en el constitucionalismo colombiano –como muchos sostienen– en 1991, sino que irrumpió –rodeado de una vigorosa discusión en las cámaras legislativas– en la célebre reforma constitucional de 1936 –de la mano del Maestro Echandía– y luego sufriría importantes transformaciones en la no menos importante reforma de 1945 y finalmente adquirió un perfil muy “afrancesado”, en la histórica reforma de 1968, en la que jugó un rol determinante el profesor Vidal Perdomo.

El capítulo 5 del Título XII CN, en plena simetría no solo con el artículo 1 –y particularmente con el principio constitucional de la solidaridad– sino también con el inciso segundo del artículo 13, y con el artículo 95.9, reclamó una “justicia social redistributiva”. Y, por ello, los artículos 365, 366, 367 y 368 C.N. se ocuparon gradualmente de concretar la genérica cláusula de Estado social de derecho del artículo 1 C.N. y –al hacerlo– defieren a la ley (no a los jueces) su desarrollo. La Constitución previó un “catálogo sintético” de normas sobre la materia al incorporar el tema en el Título XII en un capítulo propio, donde procuró tratarlo:

“con profundidad y autonomía” y al efecto dispuso que el mandamiento constitucional sea claro y directo para que la ley, los jueces, los usuarios y cualquier ciudadano tenga en la Carta una verdadera guía de conducta para comprender este tema vital en sus relaciones de comunidad [...] Muchas veces el principio y la letra final constitucional se han quedado escritas esperando su desarrollo legal, sin que éste llegue jamás.

mento jurídico 1.3] y *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis [fundamento jurídico 4.1.1.3].

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de noviembre 16 de 1978, M.P. Luis Carlos Sáchica [fundamento jurídico párr. 6] en Gaceta Judicial N° 2397, pp. 262 a 263.

*No queremos que esto vuelva a suceder con un tema tan vital para el porvenir del país y, es por eso que, contrariando un poco la técnica tradicional, proponemos que sea en la Constitución donde se dejen establecidas, de una vez, las reglas de juego propias a la finalidad social del Estado.*¹⁰

11. Si bien la “desmopolización” supuso un replanteamiento de la concepción del servicio público como función administrativa, el derecho colombiano está muy lejos de marginar el asunto del derecho administrativo. Un derecho que todavía se erige en un conjunto normativo de garantías para su prestación continua, uniforme, general y obligatoria. Al efecto, el constituyente quiso que fuera la ley la encargada de regular los servicios públicos y no solo en este sensible punto de su financiación y cobertura universal. Explícitamente también la Constitución reservó al legislador otros ámbitos de la definición de su marco jurídico.

Así el artículo 365 encomendó al legislador la definición del régimen jurídico aplicable a los operadores. A su vez, el artículo 367 confió a la ley la regulación de las competencias y responsabilidades en materia de prestación y calidad (además de la financiación y régimen tarifario). En consonancia con estos preceptos, los artículos 366 y 368 –de manera tácita– asignaron a la ley la regulación –cuando aluden a los presupuestos– en el ámbito nacional. Igualmente, la Constitución atribuyó al legislador (y no al regulador administrativo y mucho menos a la jurisprudencia) la definición del régimen jurídico de los operadores (art. 365).

12. Del mismo modo, el artículo 369 C.N. asignó a la ley la definición de los derechos y deberes de los usuarios, su protección, las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan los servicios y la participación de los municipios en las entidades o empresas que los presten. A su turno, el artículo 370 C.N. dispuso que las dos clásicas manifestaciones de la intervención del Estado en el mercado (regulación y control) deben ejercerse con sujeción a la ley.

De manera que la Constitución previó el rol interventor (policía administrativa en la nomenclatura tradicional del derecho administrativo) y –al hacerlo– dejó en claro que está sometida a la ley. Asimismo, el numeral 23 del artículo 150 CN estableció una clara diferencia entre las leyes que regulan el ejercicio de funciones públicas (entre ellas las “funciones administrativas”) de las que regulan los servicios públicos.

13. Con esta perspectiva el artículo 48 transitorio obligó al Gobierno a presentar un proyecto de ley en un plazo perentorio (tres meses) y si al término de las dos primeras legislaturas el Congreso no lo aprobaba, el presidente de la República quedaba investido para adoptarlo mediante decreto con fuerza de ley. Aunque esta situación no se presentó, muestra a las claras el rol determinante de la ley para la Constitución de 1991 y, al hacerlo, el constituyente creó una curiosa ¿antidemocrática? condición resolutoria expresa a la competencia constitucional del Congreso de la República.

14. En definitiva, una genuina “Constitución de los servicios públicos” que no se limitó a eliminar el monopolio estatal de la prestación, sino que también perfiló el régimen jurídico de los operadores, los derechos de los usuarios y la institucionalidad del sector. Aunque el legislador tiene un margen de autonomía en la elaboración de las leyes, esta atribución debe ejercerse teniendo en cuenta el marco constitucional descrito, que es bastante exhaustivo.

¹⁰ Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* N° 53, 18 de abril de 1991, pp. 2 a 6. En sentido similar vid. *Gaceta Constitucional* N° 85, 29 de mayo de 1991, p. 21.

2. *Constitución y servicios públicos: ¿libertad de configuración legislativa relativa?*

15. El artículo 365 CN no se limitó a deferir a la ley el desarrollo legal del marco jurídico, sino que al hacerlo fijó sus precisos contornos: (i) al “desmonopolizar” las actividades, que permitió la inversión privada en el sector; (ii) al “insinuar” un régimen jurídico homogéneo para los operadores; (iii) al permitir –excepcionalmente– la “remonopolización” en cabeza del Estado, pero bajo ciertas y muy exigentes condiciones: ley de iniciativa del Gobierno, aprobada por una mayoría calificada e indemnización previa y plena a quienes queden privados de una actividad lícita.

16. Los artículos 365 y 367 CN también definieron quiénes pueden ser operadores de los servicios públicos: El artículo 365 CN señaló que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado (directa o indirectamente), por comunidades organizadas y por los particulares. En desarrollo de este mandato, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 distinguió seis distintas modalidades de prestadores¹¹.

A su turno, el artículo 367 en su inciso 2° previó la prestación directa por parte de los municipios y al hacerlo anticipó el desarrollo legal de esta materia, contenido en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994¹². Y la prestación indirecta (contratos de concesión –la ley los denomina eufemísticamente áreas de servicio exclusivo¹³–, arrendamiento u operación¹⁴, arts. 39 y 40 de la Ley 142 de 1994 y 54 de la Ley 1537 de 2012).

17. El artículo 365 de la Constitución impuso al legislador la unificación del derecho aplicable para todos los operadores, dentro de un esquema de libre competencia¹⁵. Al abandonar el monopolio público de la prestación, la Carta adoptó un esquema de mercado que no permite tratamientos asimétricos o diferenciales. Régimen de contratación especial que si bien la Corte Constitucional –al estudiar su exequibilidad– consideró que competía definirlo a la ley¹⁶, lo cierto es que el margen de apreciación fue limitado por la Carta.

¹¹ (i) Las empresas de servicios públicos (prestador prototipo); (ii) productores de servicios marginales, independientes o para uso particular; (iii) municipio prestador directo; (iv) comunidades organizadas; (v) empresas industriales y comerciales del Estado (excepcionalmente) y (vi) entidades descentralizadas autorizadas en periodos de transición, *Cfr.* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de octubre de 2006, Rad. AP 1843, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1]; auto de 18 de julio de 2007, Rad. 29745, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1.2], AV Ramiro Saavedra Becerra.

¹² *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-284 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 3.2] y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP 004, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 4].

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de agosto de 2008, Rad. AP-888, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3], SV Mauricio Fajardo Gómez; Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de junio de 2011, Rad. 32018, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.1], SV Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁴ Sobre la reforma del artículo 4° Ley 689 al parágrafo del artículo 39 de la Ley 142, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. AP 005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.2].

¹⁵ *Cfr.* Palacios Mejía, Hugo, “Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos”, en *Revista Supervisión N° 2*, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Bogotá, 1996, pp. 15 y ss.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 4].

La legislación, con base en lo ordenado por el artículo 365 C.N., previó un régimen jurídico homogéneo para los distintos agentes que concurren en el mercado, un esquema jurídico que permitiera el desarrollo de las actividades empresariales dentro de un esquema de libre competencia, como “medio adecuado para satisfacer las necesidades de la población”¹⁷.

Así, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 –en armonía con los artículos 30 y 32 de esa ley y con los artículos 8 párrafo y 76 de la Ley 143 de 1994 (sector eléctrico¹⁸)– previó que por regla general los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de carácter estatal estarían sometidos al derecho privado, cuando aquellos tuviesen por objeto la prestación de dichos servicios¹⁹. Para brindar mayor claridad, el artículo 3 de la Ley 689 de 2001²⁰ (precepto que sería luego retomado por el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, para el sector de las comunicaciones) prescribió que los contratos de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos no se rigen –en principio– por el Estatuto General de Contratación Estatal²¹.

A nuestro juicio, la libertad de configuración normativa no era tan amplia –como insinuó la Corte Constitucional– pues según la Constitución debía garantizarse un esquema de competencia y sin reglas uniformes, la libre competencia no sería objeto de una efectiva protección. Esa remisión general al derecho privado constituye una clara disposición de promoción de la competencia. Por ello la aplicación de los principios de la función administrativa del artículo 209, para los regímenes exceptuados como lo ordena el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 –a nuestro juicio– contraviene la Constitución, no solo por impedir que haya reglas uniformes necesarias en un mercado en competencia (arts. 333 y 365 C.N.), sino también porque, sin más, termina por asimilar de nuevo los servicios públicos a

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda [fundamento jurídico 4.5.1.4], SV Jaime Araújo Rentería y SVP Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas.

¹⁸ Cfr. Chemás Jaramillo, Jorge Eduardo, “Electricidad y derecho. Régimen de contratación y contratos de las empresas que forman parte del sector eléctrico colombiano”, en *Revista de Derecho Público* N° 14, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002, pp. 79 y ss.

¹⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 24 de febrero de 1995, Rad. 666 de 1995, C.P. Humberto Mora Osejo [fundamento jurídico 3c]; concepto de 19 de julio de 1995, Rad. 704, C.P. Roberto Suárez Franco [fundamentos jurídicos B1 y B2]; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 23 de septiembre de 1997, Rad. S-701, C.P. Carlos Betancur Jaramillo [fundamentos jurídicos b, f] SV Daniel Suárez Hernández; Sección Tercera, auto de 18 de julio de 2007, Rad. 29745, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1.1], AV Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. AP 005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.2] y Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 15 de noviembre de 2011, Rad. 21178, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1.1].

²⁰ Cfr. Ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes en Gaceta del Congreso N° 538, 10 de diciembre de 1999, p. 3 y ponencia para primer debate en el Senado en la Gaceta del Congreso N° 186, 2 de junio de 2000, p. 9.

²¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de agosto de 2012, Rad. 24463, C.P. Mauricio Fajardo Gómez [fundamento jurídico 3]; Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 2 de diciembre de 2013, Rad. AP 2130, C.P. Stella Conto [fundamento jurídico 4], AV Ramiro Pazos Guerrero; Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 de agosto de 2012, Rad. 25390, C.P. Danilo Rojas Betancourth [fundamento jurídico 8.1]; Sección Tercera, Subsección B, 15 de diciembre de 2011, Rad. 41339, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.1].

una concepción estatista que superó la Carta de 1991, al tratarlos como el ejercicio de una “función administrativa”, cuando son una actividad económica²².

Por otra parte, el artículo 41 de la Ley 142 ordenó la aplicación, por regla general, del Código Sustantivo del Trabajo para las personas que prestan sus servicios a los operadores de servicios públicos. Precepto que también está en consonancia con el artículo 365 C.N., pues fue concebido para fijar unas mismas condiciones legales que propicien la competencia entre los agentes del mercado²³.

18. En materia tarifaria la Constitución tampoco dejó mayor margen de apreciación al legislador, pues precisó no solo que no habría gratuidad, sino que dio contenido jurídico concreto a la fórmula Estado social de derecho, al prever los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos, como determinantes del régimen tarifario aplicable a este sector de la economía.

En efecto, el artículo 365 CN ordenó que el servicio sea universal, es decir, para todos los habitantes del territorio nacional (lo que antes se calificaba de “generalidad”²⁴). Además, ese artículo también dispuso que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. El artículo 366 C.N., a su vez, prescribió que el bienestar general y que el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades propias del Estado social de derecho y además privilegió al sector de saneamiento y agua potable, cuyas necesidades básicas insatisfechas constituyen “objetivo fundamental” de la finalidad social del Estado. El inciso segundo del mismo mandato constitucional dispuso que “para tales efectos” el gasto social tendrá prelación sobre los demás gastos. Preceptos constitucionales concebidos, pues, para garantizar una igualdad real y efectiva (art. 13 inc. 2° CN).

El artículo 367 C.N., por su parte, estableció que el servicio es oneroso, pues el régimen legal de las tarifas debe consultar el criterio de costos. Al tiempo, esta norma constitucional señaló que la ley debe consultar la capacidad de pago de los usuarios, en tanto debe aplicar los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. Un esquema que reconoce la situación de pobreza de muchos consumidores. El vértice de esta materialización de la cláusula Estado social de derecho, está sin lugar a dudas en el artículo 368 C.N. que previó la concesión de subsidios para que las personas de menores ingresos puedan cubrir sus necesidades básicas insatisfechas. Un esquema responsable desde el punto de vista presupuestal pues (i) los subsidios son focalizados a las personas de menores ingresos y (ii) solo para que puedan cubrir sus necesidades básicas. Un régimen que se anticipó a las reformas constitucionales que Europa haría –y que luego adoptó Colombia de manera no muy afortunada– sobre sostenibilidad fiscal.

Con esta perspectiva constitucional, la Ley 142 de 1994 formuló una serie de reglas especiales, de otorgamiento de subsidios que se han entendido por la jurisprudencia como una

²² Así lo dejó claro la jurisprudencia constitucional al estudiar, por ejemplo, la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-629 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis [fundamento jurídico 6].

²³ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C- 253 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara [fundamento jurídico segundo] AV Julio César Ortiz Gutiérrez, sentencia C-318 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero [fundamentos jurídicos 5 y 6], sentencia C-483 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 2.2] y Concepto Departamento Administrativo de la Función Pública-DAFP N° 50981 de 2010, disponible en www.funcionpublica.gov.co.

²⁴ El artículo el artículo 4 de la Ley 142, en desarrollo del artículo 56 C.N., prohíbe la huelga en servicios públicos esenciales *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-663 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 3.3].

excepción a la prohibición del artículo 355 CN de otorgar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas, y paralelamente, obligó a una facturación mayor a ciertos usuarios según su capacidad económica (estratificación socioeconómica), partiendo –en todo caso– de la no gratuidad²⁵.

19. El artículo 369 CN previó también una reserva de ley para la regulación de los derechos y deberes de los usuarios y su régimen de protección. Así, la Ley 142 se expidió como un estatuto singular de protección del consumidor de servicios públicos domiciliarios: regulación legal detallada de las condiciones uniformes del contrato de servicios públicos (arts. 128 a 133) que limitan la libertad de estipulación en tales contratos²⁶; concepto particular de “falla del servicio” (arts. 136 y ss.); medición y facturación del consumo (arts. 144 y ss.); defensa del usuario en sede de la empresa (arts. 152 a 159²⁷). Todo ello supuso la pérdida de vigencia de los artículos 44 y ss. del Decreto 1842 de 1991 que regulaba la forma de reclamar ante los prestadores.

La Constitución habla de “usuario” y, al hacerlo, perfiló un régimen singular de consumo en ese artículo 369²⁸. De ahí que la expresión administrado, propia de un servicio público entendido como “función administrativa”, fue cambiada por la de usuario. Un usuario que fue “la principal víctima del monopolio oficial”, según revela la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 142²⁹.

20. El Constituyente también concibió la institucionalidad sectorial. Muy lejos de los referentes anglosajones, las funciones tradicionales de intervención (regulación y control) no solo quedaron radicadas en el presidente de la República, con lo que los paralelos con esquemas de otros países resultan un tanto forzados (en Colombia es difícil de hablar de genuinas “autoridades administrativas independientes”), sino que además obligó que se bifurcara la intervención en autoridades distintas: la regulación en las comisiones y el control en la Superintendencia. Un esquema que en otras latitudes está concentrado en una misma autoridad.

²⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-580 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico B]; sentencia C-566 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamentos jurídicos 1 -3.1 y 3.2-]; sentencia C-252 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamentos jurídicos 2 y 9]; sentencia C-086 de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía [fundamento jurídico 3]; sentencia C-041 de 2003, MP Jaime Córdoba Triviño [fundamento jurídico 3]; y C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda [fundamentos jurídicos 5.1 y 5.2.1] y sentencia C 353 de 2006, MP Clara Inés Vargas [fundamentos jurídicos 5 y 6], AV Jaime Córdoba Triviño, SV Humberto Sierra Porto, SV Jaime Araújo Rentería y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2006 Rad. AP 543 de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1] SV Alier Hernández Enríquez; sentencia de 12 de octubre de 2006, Rad. AP 833, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamentos jurídicos 1 y 4.5], AV Mauricio Fajardo Gómez.

²⁶ Cfr. Palacios Mejía, Hugo, “Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos”, en *Revista Supervisión N° 2*, Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 1996, p. 12.

²⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-263 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell [fundamentos jurídicos 3 y 4], AV Julio César Ortiz, SV Eduardo Cifuentes Muñoz y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. AG 016, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamentos jurídicos 4 y 5].

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. AG 016, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 4].

²⁹ Hommes Rodríguez, Rudolf et al., Exposición de motivos al Proyecto de Ley N° 197 de 1992-Senado, en *Gaceta del Congreso N° 162*, 1992.

El artículo 370 C.N. sentó las bases de la regulación –uno de los más caracterizados instrumentos de intervención– en cuanto a: (i) su titular (presidente de la República), (ii) alcance (subordinación a la ley³⁰) y (iii) separación de la función de control (el mismo precepto, aunque radicó también en el presidente, dijo que se desplegaría a través de la Superintendencia de Servicios Públicos). Regulación y control como expresiones distintivas de la policía administrativa asignada por la Constitución al Presidente de la República (arts. 150.8, 189.22, 365 y 370), en tanto el Estado es director general de la economía (art. 333 CN).

Potestad sancionatoria de la Administración, régimen represivo o corrector que quedó desde la Constitución radicado en una institución específica. De modo que desde la Constitución se “desintegraron” de las dos formas más representativas de la intervención del Estado en la economía: regulación y control (aunque su titular sea el presidente de la República), y al hacerlo también dejó, por un lado, claro la subordinación del regulador administrativo a la ley y, por otro, la separación de la tradicional función presidencial reglamentaria.

Adicionalmente, la Constitución configuró un control especial para las empresas: a la vez sobre el ámbito del derecho de la competencia, como sobre la gestión de los operadores. Si los artículos 365 y 370 C.N. dispusieron que la prestación debía ser “eficiente”, ello impuso un control de gestión trazado desde la Constitución. Por lo general, a las otras superintendencias no les compete el control de gestión de sus vigilados. En cambio, para la Superintendencia de Servicios Públicos, están los artículos 45 y ss. de la Ley 142, concebidos como un conjunto de normas que simplemente desarrollaron un control de gestión y resultados en este sector de la economía, que anticipó la Constitución.

Control de eficiencia que constituye uno de los vértices del régimen constitucional, que ejerce el presidente de la República a través de la Superintendencia sectorial, como manifestación del poder de intervención del Estado para racionalizar la economía y expresión de la policía sancionatoria. Y la Superintendencia es, según la jurisprudencia, manifestación esencial del papel directivo del Estado en la economía, ya que, en una economía concurrencial y dadas las externalidades propias del mercado, la Superintendencia resume ese rol insustituible del Estado: un reducto de lo público que no puede ser decidido por la racionalidad privada³¹.

La Superintendencia, como expresión de la potestad sancionatoria y correctiva del Estado³², es indispensable para asegurar esa eficiencia –de que hablan los artículos 365 y 370 C.N.– y para proteger al usuario y hacer eficaz la regulación³³. En desarrollo de ese control de gestión que ordenó la Constitución, la Ley 142 autorizó la toma de posesión de los operadores, como medida extrema que supone el desplazamiento del prestador por parte del Estado, en garantía de la continuidad en la prestación del servicio³⁴.

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo [fundamento jurídico 1] y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, Rad. 16257, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 2].

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, Rad. AP 1470, C.P. Ramiro Saavedra Becerra [fundamento jurídico 2.1].

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP 004, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3].

³³ Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* N° 22, 1991, pp. 51 y ss.

³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. AP 1944, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3] y sentencia de 25 de octubre de 2006, Rad. AP 1843, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3].

21. Del marco constitucional expuesto se desprende que el legislador no tiene una libertad absoluta para configurar el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, pues la Constitución le impuso unos lineamientos claros y precisos en muchos aspectos. Pareciera que, desde la misma Constitución, se hubiese hecho un ejercicio propio del legislador, sin dejarle mayor margen de libertad de configuración normativa.

Una ley sometida y limitada en su contenido y alcance por la Constitución, pues esta reguló explícitamente muchos aspectos propios de la ley. Un legislador reducido a mero ejecutor de la Constitución, pues esta lo privó de esa potestad de configuración normativa –con natural a la democracia– que le hubiera permitido escoger alternativas distintas.

II. MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: NORMAS DE INTERVENCIÓN ECONÓMICA ¿LOS NUEVOS “CÓDIGOS”?

22. La Constitución confió al legislador, como se vio, la regulación de la materia (en detrimento de las atribuciones regulatorias de la Administración), pero al hacerlo limitó drásticamente la denominada “libertad de configuración normativa”. La Constitución, además, previó que debía adoptarse la regulación en una ley de intervención económica, dotada de una serie de particularidades que parecieran evocar las codificaciones que en el siglo XIX.

1. *Ley y servicios públicos: intervención económica, una modalidad particular de legislación*

23. En vigencia de la Carta anterior, el Consejo de Estado, en consonancia con lo ordenado por las reformas constitucionales de 1936 y 1945, había dejado en claro que las distintas formas de intervención estatal que autorizaba la Constitución requerían de previo mandato legal, es decir, eran “intervencionismo de operancia condicionada”³⁵.

Actualmente, la Constitución de 1991, en su artículo 150 numeral 21, previó que para los efectos de la intervención del Estado en la economía (arts. 334 y 365 a 370) la expedición de una tipología particular de las leyes. Según la Constitución, este tipo de leyes deben precisar los fines y alcances de la intervención y los límites de la libertad económica. Leyes que, por ello, deben regular en detalle y que dejan poco espacio al reglamento, pues suministran por sí mismas todos los elementos indispensables para su cumplimiento.

En otras palabras, estas leyes están concebidas para regular minuciosamente en defensa de la libertad económica, tanto desde la perspectiva de los agentes del mercado, como desde el ángulo del consumidor³⁶. Sobre el alcance de estas normas el Constituyente expuso:

De allí debe surgir la obligación de una regulación legal económica, que determine las condiciones en que puedan prestar el servicio las empresas, bien sean públicas o privadas, los derechos de los usuarios, las normas para evitar despilfarros e ineficiencias, la forma como se deben estructurar y actualizar las tarifas para evitar abusos y también, al mismo tiempo, para garantizar la viabilidad financiera de las empresas y, en consecuencia, la continuidad de la prestación del servicio [...]”³⁷.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 4 de mayo de 1971, Rad. 548, C.P. Luis Carlos SÁCHICA [fundamento jurídico 7], SV Alberto Hernández Mora.

³⁶ Así también se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de esta ley, ver Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* N° 162, 1992.

³⁷ Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* N° 48, 1991, p. 12.

Por ello, las leyes de intervención económica son una suerte de nuevos “códigos”, ya que –como estos– pretenden agotar una materia al regularla íntegramente en forma metódica, sistemática y ordenada. Dicho de otra manera, los códigos sustantivos (en particular el Código Civil) vienen a ser el “antecedente” remoto de las leyes de intervención económica.

El Código Civil, en tanto regulación detallada y exhaustiva de una materia (en particular los libros III y IV) y el Código de Comercio configuraron, en su momento, la definición de la política legislativa en materia económica, al reconocer la libertad contractual como base de las relaciones negociales³⁸. No se olvide que la libertad económica, en el siglo XIX se denominaba libertad de comercio y de industria³⁹.

24. En desarrollo de este mandato constitucional, el artículo 2 de la Ley 142 –y a partir de este precepto toda la ley– se ocupó de precisar los fines de la intervención. En términos muy similares, fueron concebidos el artículo 4 de la Ley 143 de 1994, para el sector eléctrico y el artículo 4 de la Ley 1341 de 2009, para el sector de las comunicaciones y TIC⁴⁰ (aunque dejó de calificar de “domiciliarios” varias actividades que antes lo eran, lo cierto es que sigue muy de cerca los lineamientos normativos de las leyes de 1994).

El numeral 2.1 del artículo 2 de la Ley 142 dispuso que la ley no solo busca garantizar la calidad del bien objeto del servicio (como sucede en todos los demás mercados, donde esta materia y el precio constituyen el centro de las preocupaciones), sino también asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios, como ordena el artículo 366 C.N. (materia luego regulada en detalle por los artículos 11.1, 45 a 52 y 136 de la Ley 142).

Por su parte, el numeral 2.2 del artículo 2 de la Ley 142 previó que el Estado interviene para ampliar permanentemente la cobertura, mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios (en desarrollo, se repite, de los artículos 365, 366, 367 y 368 CN), en lo que podría ser considerado un *leitmotiv* del “nuevo servicio público” y, por ello, otros mandatos legales van en la misma dirección: los artículos 2 numerales 2.8 y 2.9; 3 numerales 3.2 y 3.7, 5, numerales 5.3 y 5.4; 11 numeral 11.3; 86 num. 86.2; 87, num. 87.3 y 87.4; 89 numeral 89.8 y 99 a 104 de la Ley 142 de 1994, entre otros, en consonancia con los artículos 6, 23 literal h) y 47 de la Ley 143 del mismo año:

¿cómo ampliar la cobertura en un país con serios problemas de distribución del ingreso y, por lo mismo, con una mermada capacidad de pago de gran parte de los usuarios?, la respuesta constitucional es doble. En primer lugar, el artículo 366 señala el camino presupuestal, esto es, a través de “gasto público social”, el cual como ya se advirtió tiene prioridad sobre cualquier otra asignación. En segundo lugar, el artículo 368 autoriza la concesión de subsidios en orden a que los usuarios de estratos bajos puedan pagar el servicio [...] y por ello la solidaridad encuentra un reflejo incontestable en los dos preceptos constitucionales citados, como expresión del “principio de justicia social distributiva” [...] Subsecuentemente, el artículo 368 Superior se erige en pieza fundamental del Estado social de derecho, como instrumento de materialización del valor superior de la solidaridad y concreción del principio de dignidad humana sobre el que se funda nuestro ordenamiento jurídico.

³⁸ El Código Civil mostró la verdadera neutralidad económica de la Carta de 1886 en su texto original, pues al margen de los tradicionales asuntos hacendísticos (presupuesto, impuestos, situado fiscal, etc.), el señor Caro inteligentemente la limitó a reconocer tácitamente a la libertad como base de la actividad económica, dotando de esta manera un amplio margen de apreciación al legislador. Libertad de conformación normativa que el Congreso comenzó a perder con las reformas constitucionales de corte “intervencionista” (1936, 1945 y 1968).

³⁹ Martín Retortillo, Sebastián, *Derecho administrativo económico I*, Madrid, La Ley, 1988, p. 128.

⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-570 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [fundamento jurídico 6.3]. Modificado por el artículo 4 de la Ley 1978 de 2019.

En cuanto refiere al régimen tarifario, el criterio de solidaridad previsto en el artículo 368 C.P.[...] fue ampliamente desarrollado –desde el punto de vista legal– por la Ley 142 de 1994, bien a través del factor aplicado a los usuarios de estratos altos e industriales y comerciales, ora mediante los subsidios directos que han de incorporarse a los respectivos presupuestos, teniendo como referente la estratificación socioeconómica [...] indicador que también se constituye en expresión de la solidaridad. Uno y otro mecanismos son manifestación de los deberes de solidaridad y tienen, por ende, el propósito de contribuir a la financiación de las tarifas de los usuarios más pobres⁴¹.

Incluso la ley autorizó la concesión de los denominados “subsidios implícitos”, pues los aportes públicos a la mejora de infraestructura de los servicios no pueden ser trasladados al usuario en su tarifa, los cuales también constituyen una excepción a la prohibición rotunda del artículo 355 CN⁴².

A su vez, el numeral 2.3 del artículo 2 de la Ley 142 señaló como fin de la intervención económica, la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básicos –como ordenó el artículo 366 C.N.– y como finalmente lo establecieron en detalle los artículos 160 a 166 de la Ley 142.

También el numeral 2.4 indicó como fin de la intervención económica, la prestación continua e ininterrumpida, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan (en concomitancia con el artículo 56 CN y el artículo 4 de la Ley 142 sobre huelga, el artículo 11.1 y el artículo 136 sobre falla del servicio).

Igualmente, el numeral 2.5 del artículo 2 de la Ley 142 precisó como fin de la intervención económica, la prestación eficiente (artículos 365, 367 y 370 C.N.) y luego la Ley 142 concretó este enunciado en múltiples preceptos, como los artículos 2.7, 11.1, 45, 51, 52, 73.3, 79.11, entre otros. En forma similar, el numeral 2.6 del artículo 2 de la Ley 142 previó como finalidad de la intervención económica (quizás debería ser como “medio” para satisfacer las necesidades de la población y para evitar comportamientos contrarios al mercado⁴³) la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante. Como este precepto fue desarrollado por múltiples disposiciones de la ley, la “precisión” de los fines no quedó confinada a un solo artículo enunciativo (*i.e.* arts. 3.3, 3.4, 9.2, 10, 34, 98, 133, entre muchos otros, de la Ley 142).

25. También en desarrollo del artículo 150.21 CN, el artículo 3 de la Ley 142 prescribió que los instrumentos de intervención económica son todas y cada una de las funciones y atribuciones asignadas a las autoridades de que trata esa ley⁴⁴, en especial las relativas a las siguientes materias:

⁴¹ Sánchez Luque, Guillermo, "Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de servicios públicos" en *Contexto, Revista de Derecho y Economía N° 19*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 41 y ss.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de junio de 2018, Rad. AP 618, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamentos jurídicos 7.9], AV Mauricio Fajardo Gómez y Enrique Gil Botero.

⁴³ Declarado exequible, Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda [fundamento jurídico 4.5.1.2], SV Jaime Araújo Rentería y SVP Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de junio de 2011, Rad. 32018, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3], SV Stella Conto Díaz del Castillo.

(i) regulación de la prestación teniendo en cuenta las características de cada región (¿un paso a la “federalización” regulatoria?, arts. 68 a 74 Ley 142); (ii) inspección, vigilancia y control (arts. 75 a 83 Ley 142); (iii) otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos (arts. 2.2, 2.8, 2.9, 3.2, 11.3, 99, 101 Ley 142); (iv) promoción y apoyo a los prestadores (arts. 2.6 y 3.8 Ley 142); (v) organización de sistemas de información (art. 53 a 55 Ley 142, 14 y 15 Ley 689); (vi) protección de los recursos naturales (art. 2.4 Ley 142, Decreto 2811 de 1974 y Ley 99 de 1993); (viii) estímulo a la inversión de los particulares; (ix) respeto al principio de neutralidad (art. 2.6 y normas concordantes de este mandato⁴⁵) y (xi) gestión y obtención de los recursos para la prestación (arts. 2.2, 2.9, 3.7, 11.3 Ley 142)⁴⁶.

Los instrumentos de intervención económica no son las instituciones sectoriales, ni los géneros de actividades reservadas al Estado (como coloquialmente se suelen denominar: “regulación”, “control”, “planeación”, etc.). Así no sería un instrumento de intervención, por ejemplo, la Superintendencia, sino cada una de sus más de sesenta funciones.

26. En suma, esta tipología legislativa exige precisión y detalle: (i) para garantizar las múltiples libertades económicas que están en juego, (ii) para proteger particularmente al usuario y (iii) para brindar seguridad jurídica, presupuesto esencial de toda sociedad y base para el desarrollo de relaciones económicas estables.

Por ello no es necesario reglamentar las leyes de intervención económica, pues esta tipología suministra todos los elementos indispensables para su cumplimiento: Como es sabido, entre mayor sea el detalle con el que el legislador haya regulado una materia, menos resulta necesaria la reglamentación administrativa de la ley (art. 189.11 CN).

2. *Ley y servicios públicos domiciliarios: ¿un régimen de intervención económica con vocación “codificadora”?*

27. Como las normas de servicios públicos son especiales⁴⁷, exigen aplicar la regla contenida en el artículo 5° de la Ley 57 de 1887, según la cual la norma especial prefiere a la general (*lex specialis derogat legit generalis*). Normas especiales que se advierten en su interpretación, en la regulación especial de temas que son comunes a otros ámbitos e incluso en su derogatoria.

28. La Ley 142 de 1994 previó reglas singulares de interpretación tanto de la ley (art. 13) como de las normas relacionadas con los contratos (art. 30). Estas disposiciones están contenidas en el título preliminar (arts. 1 a 12), como preceptos que buscan en general garantizar la competencia. El artículo 7° de la Ley 1341 de comunicaciones (modificado por el artículo 6° de la Ley 1978 de 2019) previó un mandato similar. Y para el sector particular de acueducto, el artículo 160 de la misma Ley 142 dispuso que las normas deben interpretarse de manera que priorice la ampliación de la cobertura.

⁴⁵ Hay alrededor de treinta (30) preceptos que muestran como la Ley 142 prevé un régimen especial de competencia –desde la perspectiva de la empresa– y otra trentena de artículos, desde la óptica del usuario. Cfr. Sánchez Luque, Guillermo et al., “Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en *Contexto, Revista de Derecho y Economía N° 13*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 22 y ss.

⁴⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 15 de noviembre de 2011, Rad. 21178, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1.3].

⁴⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-483 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 2.1], sentencia C-066 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 1]; sentencia C-389 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas [fundamento jurídico 3.1] y sentencia C-736 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [fundamento jurídico 4.2].

Por razón de su especialidad, estas disposiciones de la Ley 142 de 1994 deben examinarse –dijo la Corte Constitucional al declarar su exequibilidad– a la luz de los artículos 365 C.N. y siguientes, relativos a los servicios públicos y particularmente a los domiciliarios⁴⁸. Normas que impusieron acudir primero a estos preceptos del capítulo preliminar de la Ley 142 (en consonancia con las definiciones previstas en el artículo 14), para luego sí remitirse a las reglas generales de interpretación de las leyes (título preliminar del C.C.) y de los contratos (arts. 1618 y ss. C.C.).

De modo que para fijar el sentido de normas oscuras o imprecisas –la ley dijo que para “resolver cualquier dificultad de interpretación”– se previó un peculiar sistema en el que pareciera no adoptarse la diferencia tradicional entre la interpretación de la ley (donde suele imperar la “voluntad declarada”) de la de los contratos (donde claramente se opta por la “voluntad interna”, que hizo suya el artículo 1618 C.C.).

En síntesis, para fijar el verdadero sentido de las normas de servicios públicos es preciso acudir primero a sus reglas particulares de interpretación y solo en subsidio a las generales previstas en los artículos 1 a 14 de la Ley 153 de 1887, en consonancia con el capítulo IV, del título preliminar del CC (arts. 25 a 31). Además, de manera inusual pareciera haber “unificado” los criterios de interpretación de la ley con los particulares de los contratos, al poner a los asuntos bajo el mismo alero de los “principios” contenidos en el título preliminar (arts. 1 a 12 Ley 142) en “la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de posición dominante” y que favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

29. El inciso 11 del artículo 3 de la Ley 142 previó una “configuración particular del acto administrativo”, al señalar que todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos (i) deben fundarse en los motivos que determine esa ley y (ii) los motivos que invoquen deben ser comprobables. Motivación particular concebida para que se pueda apreciar mejor la legalidad de la medida adoptada, porque solo son admisibles los motivos que deriven de esa ley (y no de cualquier otra disposición, incluso legal) y porque exige la acreditación de los hechos (no para apreciar su oportunidad o conveniencia, sino como condicionamiento de su legalidad).

Medidas que constituyen otro caso de control externo al ejercicio de la intervención del Estado en la economía, que debe tener en consideración estos dos presupuestos necesarios para la expedición del respectivo acto administrativo. Circunstancias de hecho y de derecho que justamente hacen especial el control de motivos por los jueces.

En efecto, las razones de mérito sobre las que se puede apoyar la Administración son solo las previstas en la legislación especial⁴⁹. El acto administrativo en servicios públicos debe, pues, fundarse forzosamente en esa ley, como única manera de acreditar el cumplimiento de las obligaciones legales que fijan el límite de la competencia de los funcionarios y de las formas que deben guardar para evitar la arbitrariedad, como de manera general se señala para todo acto administrativo⁵⁰.

⁴⁸ El artículo 30 fue declarado ajustado a la Constitución, ver Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 4].

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de junio de 2011, Rad.32018, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.3], SV Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵⁰ Díez, Manuel María, *El acto administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 243.

No se olvide que la motivación –según el profesor Tafur Galvis– se dirige a permitir el conocimiento de las razones que tuvo la Administración al dictar el acto administrativo⁵¹.

Una disposición que constituye una regla especial, distinta de la prevista por los artículos 35 y 84 del CCA (que previeron una “motivación sucinta”) y de la “motivación detallada” que hoy ordena el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011, y que va más en la línea de lo ordenado por la Ley 80 de 1993 (arts. 24.7 y 25.18). Todo ello para facilitar un control de legalidad más eficaz.

30. Asimismo, el artículo 38 de la Ley 142 de 1994 –al regular los efectos de la anulación judicial de actos y contratos relacionados con servicios públicos– dispuso que aquella solo produciría efectos hacia el futuro (*ex nunc*, es decir, desde ahora o pro futuro⁵²) y no retroactivos o a partir de la fecha de su expedición, como es la regla general (*ex tunc*, es decir, desde entonces) que supone retrotraer las cosas a su estado inicial, como si el acto no hubiera existido⁵³.

De suerte que el legislador de 1994, de manera excepcional para este sector de la economía, fijó un efecto de la nulidad de los actos administrativos en servicios públicos domiciliarios, que se separa de la regla de la nulidad⁵⁴. Disposición concebida también para garantizar, dijo la Corte Constitucional al declarar su exequibilidad, la estabilidad y seguridad jurídica de los asociados con la intangibilidad de las actuaciones amparadas por un acto administrativo posteriormente declarado nulo⁵⁵.

31. Igualmente en relación con el acto administrativo, el artículo 105 de la Ley 142 previó los principios y reglas de organización administrativa, en desarrollo del numeral 16 del artículo 189, en consonancia con el artículo 150.7 CN. El legislador se anticipó a lo que

⁵¹ Tafur Galvis, Álvaro, *Teoría del acto administrativo*, Ediciones rosaristas, Bogotá, 1975, p. 122.

⁵² Sobre esta excepción al criterio jurisprudencial según el cual la nulidad de un acto administrativo tiene efectos retroactivos, es decir, se remonta “a su nacimiento a la vida jurídica”, ver Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 16 de agosto de 2001, Rad. 6315, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola [fundamento jurídico párr. 5 a 7]; sentencia de 22 de noviembre de 2002, Rad. 6572, C.P. Camilo Arciniegas Andrade [fundamento jurídico VI párr. 4 a 6]; Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 30 de junio de 2011, Rad.32018, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 4], SV Stella Conto Díaz del Castillo; Sección Primera, sentencia de 22 de noviembre de 2012, C.P. Guillermo Vargas Ayala [fundamento jurídico párr. 21].

⁵³ De vieja data la jurisprudencia administrativa ha entendido que la nulidad del acto administrativo vuelve las cosas al estado que tenían antes, es decir cuando se profirió el acto inválido y tiene efectos retroactivos en todas las situaciones aún no definidas en vía administrativa o jurisdiccional, *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de junio de 1955, C.P. Manuel Buenahora [fundamento jurídico párr. 38]; Sección Cuarta, sentencia de 19 de abril de 1991, Rad. 3151, C.P. Guillermo Chahín Lizcano [fundamento jurídico 1]; Sección Cuarta, sentencia de 13 de octubre de 1995, Rad. 6058, C.P. Delio Gómez Leyva [fundamento jurídico párr. 6]; Sección Primera, sentencia de 30 de marzo de 2001, Rad. 5522, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola [fundamento jurídico 3]; Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2006, Rad. 21051, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1] y Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 de mayo de 2017, Rad. IJ 0025, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez [fundamento jurídico 6]. En sentido contrario, hay decisiones aisladas que luego han sido revaluadas ver Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 31 de mayo de 2012, Rad. 17824, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas [fundamento jurídico párr. 15 y 16].

⁵⁴ Berrocal Guerrero, Luis Enrique, *Manual del acto administrativo*, Librería del Profesional Bogotá, 1, 2016, p. 566.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 6].

posteriormente regularía –con carácter genera– la Ley 489 de 1998 en el artículo 54. La ley de servicios públicos fijó, entonces, unas normas especiales en relación con las llamadas “facultades ordinarias” que tiene el presidente de la República, en procesos de reestructuración de la Administración pública del orden nacional⁵⁶.

32. En esa misma línea “codificadora” la Ley 142 de 1994 también buscó abarcarlo “todo” (exhaustividad propia de las codificaciones decimonónicas que tenían por referente el *Corpus iuris* de Justiniano y las *Siete Partidas* de Alfonso X) al prever en el inciso final del artículo 3 que todos los operadores (y no solo los prestadores por excelencia –las empresas de servicios públicos– ESP) se someten a la ley y por lo mismo a las dos expresiones tradicionales de intervención (regulación y control).

Esta regla fue concebida para evitar discusiones sobre si determinadas disposiciones aplicaban o no a todos los operadores y, por ello, señaló que estos quedarían sujetos “en todo lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley” a todo lo que esa ley disponga para las empresas prestadoras. Se salvó así la universalidad del estatuto de servicios públicos, al tiempo que se protegieron las particularidades que la Constitución y la ley prevén para algunos de ellos (i.e. juntas de acción comunal).

33. Estos no son los únicos asuntos que ameritaron una regulación especial por el legislador de servicios públicos domiciliarios. La Ley 142 trajo también, por ejemplo, unas disposiciones particulares del régimen jurídico de las sociedades por acciones (arts. 17 y ss. Ley 142, distintas de las generales del Código de Comercio, arts. 373 y ss.), que sin duda proyectan los mandatos constitucionales, *v.gr.* al establecer que este tipo de sociedades tienen objeto exclusivo (arts. 17 y 18 de la Ley 142, por oposición a lo previsto en el artículo 99 del C.Co. sobre la capacidad de las sociedades comerciales).

34. Como es sabido, el artículo 2 de la Ley 153 de 1887 recogió el postulado universal según el cual, frente a dos voluntades diversas, prevalece la más reciente de la ley (*lex posterior derogat priori*). La ley posterior prefiere a la anterior, y por ello la legislación posterior deja –en principio– sin efecto a la anterior, cuando hay disposiciones que no pueden conciliarse (art. 71 CC y arts. 3º, 9º, 14 y 15 de la Ley 153 de 1887).

Sin embargo, la Ley 142 dispuso en su artículo 186 una regla particular de derogatoria –retomada por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 en el sector de comunicaciones⁵⁷– distinta de la prevista de manera general en los artículos 71 y 72 C.C., al imponer que sea siempre de manera expresa o directa y no tácita o indirecta. No se trata –como podría pensarse– de erigir una categoría especial o “superior” de ley, sino tan solo –se insiste– de garantizar coherencia y certeza⁵⁸, a partir de normas singulares para conflictos de leyes, que garanticen una necesaria permanencia y una cierta estabilidad. Por ello, el artículo 13 de la Ley 1150 no modificó las normas sobre contratación de servicios públicos, porque la abolición o abroga-

⁵⁶ El Decreto 1165 de 1999, que había derogado los artículos 105.4 y 105.5 de la Ley 142 de 1994, fue declarado inexecutable, *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-969 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 4].

⁵⁷ Y que también había sido adoptado en materia de contratación pública por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Como muchos temas, el asunto terminó siendo tratado como un problema de “constitucionalidad” y no de vigencia de la ley y aquel precepto fue declarado inexecutable *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-439 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez [fundamentos jurídicos 5 a 8], AV María Victoria Calle.

⁵⁸ *Cfr.* Palacios Mejía, Hugo, *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente, Bogotá, 1999, pp. 242 y ss.

ción de estos preceptos exige la manifestación explícita y formal del legislador: Otro argumento para explicar por qué los principios de la función administrativa del artículo 209 C.N. no aplican a este sector.

Solidez y estabilidad son la base de un Estado de derecho robusto, para garantizar las condiciones propicias para un mercado en formación. Por ello, las reglas generales del Código Civil vuelven a ceder a la previsión especial del artículo 186 de la Ley 142 para conflictos sobre leyes en materia de servicios públicos, que ordenó una derogatoria expresa o directa. De modo que, solo se estimará insubsistente una disposición legal en esta materia por declaración expresa del legislador y no bastará la simple incompatibilidad o incongruencia con disposición posterior, aunque se alegue que es especial.

Un mandato que busca dar cierta estabilidad normativa a los inversionistas, pues la seguridad es muy importante porque brinda confianza. Un desestímulo a los cambios intempestivos de las reglas de juego, para tratar de evitar los riesgos latentes derivados de ajustes normativos inesperados (y el “riesgo regulatorio” no es solo predicable de autoridades administrativas). Disposición no solo consonante con el numeral 21 del artículo 150 C.N., sino también con el artículo 84 C.N.

Prescripción que, por cierto, tuvo su antecedente en el artículo 42 de la Ley 4ª de 1913, según el cual los proyectos que tiendan a reformar o derogar disposiciones de leyes anteriores, deberán contener la disposición o disposiciones especiales que expresen de manera clara cuáles son los textos que se reforman o derogan. El artículo 158 C.N. previó una disposición en sentido similar. Infortunadamente estos mandatos no se han cumplido. Quizás por ello, la legislación de los servicios públicos trajo una modalidad expresa de supresión de la ley, al exigir que debe ser contenida en un texto formal de la norma posterior que debe indicarlo de manera explícita⁵⁹.

CONCLUSIONES

35. A pesar de todos los cambios (titularidad de la prestación, naturaleza de la actividad y, por ende, régimen jurídico aplicable), los servicios públicos conservan las tradicionales características: (i) generalidad –hoy denominada universalidad– (acceso a todos los potenciales usuarios y por ello se impone la ampliación permanente de la cobertura); (ii) continuidad: prestación continua e ininterrumpida (perfecta regularidad que impide su suspensión en caso de huelga); (iii) uniformidad y (iv) obligatoriedad, ya que siguen considerándose actividades de interés general, como dispuso el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Atributos esenciales de los servicios públicos que no solo permanecen, sino que se hicieron realidad bajo el nuevo esquema, pues, bajo el modelo monopólico –en muchos casos– no pasaban de ser un enunciado retórico.

36. El Estado ya no presta monopólicamente los servicios públicos (un monopolio que en su momento identificó al Estado, a la manera del monopolio del ejercicio de la coacción o coerción material del artículo 216 C.N.), pero debe garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Es hora de admitir que tenemos un servicio público “a la colombiana”, en el que –como en todo– pueden hacerse paralelos con legislaciones de otros países, pero sin olvidar sus particulares bases constitucionales, fruto de una propuesta que miró más la realidad crítica de los años noventa del siglo pasado, que el espejo de “modelos” foráneos.

⁵⁹ *Cfr.* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de agosto de 2008, Rad. AP-888, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3], SV Mauricio Fajardo Gómez.

37. El derecho administrativo como “derecho de los servicios públicos” no ha muerto. Si los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado actividades objeto de intervención económica, el nuevo ámbito del derecho administrativo debe ser el de la regulación administrativa⁶⁰ y el control (lo que en su lenguaje tradicional se ha denominado “policía administrativa”).

Aunque el Estado dejó de ser un conjunto de servicios públicos, el servicio público sigue siendo uno de los ejes fundamentales del Estado: “De un poder de monopolio a un poder de intervención” podría sintetizarse. Un Estado que debe fijar un marco regulatorio adecuado y que debe ejercer un control estricto de los operadores (fiscalización que puede llegar incluso a la liquidación de un prestador), a la vez que debe facilitar el pago de las tarifas de los más pobres.

38. El derecho administrativo continúa gobernando todas aquellas “prerrogativas de poder público” que radicó en los operadores (cualquiera sea su naturaleza), como la posibilidad de incluir cláusulas exorbitantes en ciertos contratos, potestad de ejercer la autotutela, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, la ocupación temporal de inmuebles, la facultad de imponer servidumbres, etc. propias de autoridades administrativas y que previeron, entre otros, los artículos 31, 33, 56, 57, 116 a 120, 140, 141, 152 a 159 de la Ley 142 de 1994⁶¹.

39. Las reformas legales de 1994 deberían convertirse en un referente para otros ámbitos económicos. Una “buena regulación” que identificó de manera clara fines y medios: los resultados en calidad y cobertura son elocuentes. Otras leyes han debido seguir el mismo esquema de regulación detallada de las leyes 142 y 143 de 1994, como normas legales de intervención económica, particularmente la Ley 80 de 1993⁶² y la Ley 100 del mismo año.

Si estas hubieran sido tratadas como normas de intervención económica, no acusarían una “hiperreglamentación” administrativa que ha fomentado inseguridad jurídica y, probablemente, hoy serían los estatutos “universales” (particularmente el de contratación estatal) que se propusieron sus redactores. Según Rousseau, las leyes diferentes no engendran sino desórdenes y confusión entre los pueblos⁶³. Nunca será tarde para hacer los correctivos del caso... Sin perder de vista que, como decía el profesor Meilán Gil, los fines del Estado no pueden alcanzarse con el puro establecimiento de normas.

⁶⁰ Cfr. Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación: Hacia un derecho administrativo de la regulación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

⁶¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-263 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell [fundamentos jurídicos 3 y 4], AV Julio César Ortiz, SV Eduardo Cifuentes Muñoz y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, Rad. AP 1470, C.P. Ramiro Saavedra Becerra [fundamento jurídico 2.1]; Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. AG 016, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamentos jurídicos 4 y 5].

⁶² El profesor Vidal Perdomo, por ejemplo, recién expedida la ley sostuvo que la contratación administrativa era “materia principalmente de ley” no solo por las particularidades que agrega al viejo postulado de la autonomía de la voluntad del Código Civil, sino también porque es “una forma de regular el ejercicio de actividades de carácter económico de los particulares” y añadió que es “una legislación de intervención del Estado, bajo un ángulo, en materias económicas. La libertad de concurrencia, que es un postulado de la legislación económica, se desarrolla a través de [...] la posibilidad de contratar con el Estado” (Vidal Perdomo, Jaime, “Principios constitucionales y legales de la nueva contratación administrativa”, en *VVAA, Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Ediciones rosaristas, Bogotá, 1995, p. 63).

⁶³ Rousseau, Jean Jacques, *Du Contrat Social*, Gallimard, Paris, 1993, Livre II, Chapitre IX.

40. Al no guardar silencio el constituyente, no dejó un espacio amplio a la ley, quedando este limitado a darle forma a unas orientaciones fijadas por la Constitución. Se trata de un tema que –como anotó el profesor SÁCHICA en la última edición de su célebre *Constitucionalismo colombiano* de 1996 (edición “remodelada” como la denominó con algo de ironía su autor)– ha cobrado inmensa importancia.

Un tema que había sido tratado –según el profesor SÁCHICA– con menos profundidad y extensión en la Carta anterior, que ahora se le identifica con la “democracia concreta”, que forma parte de la “deuda social” que muestra la “presencia real” del Estado en el territorio y frente a sus habitantes⁶⁴.

Presencia real y concreta del Estado, mediante un derecho administrativo (derecho constitucional en acción, dicen los alemanes) –hay que añadir– replanteado desde sus pilares.

BIBLIOGRAFÍA

Berrocal Guerrero, Luis Enrique, *Manual del acto administrativo*, Librería del Profesional, Bogotá, 2016.

_____, Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional.

_____, Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* y Leyes de la República [http:// www.secretariassenado.gov.co/](http://www.secretariassenado.gov.co/)

_____, Consejo de Estado, sentencias <http://www.consejodeestado.gov.co/>

_____, Corte Constitucional, sentencias <http://corteconstitucional.gov.co/>

_____, Corte Suprema de Justicia, sentencias en *Gaceta Judicial* y <http://www.corte.suprema.gov.co/>

Chemás Jaramillo, Jorge Eduardo, “Electricidad y derecho: Régimen de contratación y contratos de las empresas que forman parte del sector eléctrico colombiano”, en *Revista de Derecho Público N° 14*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002, pp. 79 y ss.

Díez, Manuel María, *El acto administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1961.

Duguit, Léon, *Las transformaciones del derecho público*, Librería española y extranjera, Madrid, 1926.

Jèze, Gaston, *Principios generales del Derecho Administrativo I*, Depalma, Buenos Aires, 1949.

Martín Retortillo, Sebastián, *Derecho administrativo económico I*, La Ley, Madrid, 1988.

Montaña Plata, Alberto, “El régimen normativo de la responsabilidad contractual en los servicios públicos domiciliarios-Configuración teórica de las prerrogativas públicas y protección del capital en consideración con su destinación”, en AAVV *Memorias IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación: Hacia un derecho administrativo de la regulación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

⁶⁴ SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 323 y ss.

Ochoa, Francisco, Valencia, Darío y Ayala, Ulpiano, “Servicios públicos e intervención del Estado”, en *Seminario sobre la intervención del Estado en la economía*, Comisión presidencial para la reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano, Grupo Editorial 87, Bogotá, 1990.

Palacio Jaramillo, María Teresa, “Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia”, en *Revista de Derecho Público N° 14*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002, pp. 19 y ss.

Palacios Mejía, Hugo, “Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos”, en *Revista Supervisión N° 2*, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Bogotá, 1996, pp. 15 y ss.

_____, *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente, Bogotá, 1999.

Prat, Julio “Los servicios públicos”, en AAVV *El derecho administrativo en América Latina II*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986.

Rousseau, Jean Jacques, *Du Contrat Social*, Gallimard, Livre II, Chapitre IX. Paris, 1993.

Sánchez, Luis Carlos, *Constitucionalismo colombiano*, Temis, Bogotá, 1986.

_____, “De la descentralización a la cogestión y la autogestión participativas”, en *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, N° 539 vol. 80*, Bogotá, julio-septiembre de 1987.

_____, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Temis, Bogotá, 1996.

Sánchez Luque, Guillermo *et al.* “Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en *Contexto, Revista de Derecho y Economía, N° 13*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

_____, “Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de servicios públicos” en *Contexto, Revista de Derecho y Economía, N° 19*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando y Béjar Rivera, Luis José, *El servicio público: Aproximaciones a su estructura teórica*, Ubijus-Universidad Panamericana, México 2013.

Tafur Galvis, Álvaro, *Teoría del acto administrativo*, Ediciones rosaristas, Bogotá 1975.

Vidal Perdomo, Jaime, “Principios constitucionales y legales de la nueva contratación administrativa”, en VVAA, *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Ediciones rosaristas, Bogotá 1995.

_____, “Mito y realidad del servicio público”, en (Guillermo Sánchez Luque *et al.* editores) Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica Tomo IV, Imprenta Nacional, Bogotá 2001, pp. 27 y ss.