

LA NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. EL CASO COLOMBIANO

ÁLVARO ECHEVERRI URUBURU
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Resumen

El presente artículo analiza la noción de servicio público como un elemento constitutivo del Estado social de Derecho, función que es contrastada con las políticas de la prestación de dichos servicios en el marco de la mal llamada corriente “neoliberal”. De la misma manera, se estudia la solución brindada por la Constitución de 1991, que pretende armonizar la prestación de estos en el contexto de la economía de mercado y, al mismo tiempo, cumplir con los fines esenciales del Estado social de Derecho. Asimismo, se analizarán los resultados concretos para el caso de algunos servicios públicos de este proyecto de armonización.

Palabras clave: Derecho, Estado, Colombia, servicio público.

El autor: constituyente de 1991, exmagistrado del Consejo Superior de la Judicatura y exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Es director del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Dirección postal: carrera 13 No. 47-49, Bogotá. Centro de Investigaciones. Correo electrónico: alvaroecheverriu@gmail.com

Recibido: 4 de marzo de 2013; **evaluado:** 21 de junio de 2013; **aceptado:** 24 de junio de 2013.

THE CONCEPT OF PUBLIC SOCIAL SERVICES AND THE RULE OF LAW. THE COLOMBIAN CASE

ÁLVARO ECHEVERRI URUBURU
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Abstract

This article analyzes the concept of public service as a constitutive element of the rule of law function that is contrasted with the policies of provision of these services under the so-called “neoliberal” current. Similarly the analysis of the solution given by the Constitution of 1991 is studied, which aims to harmonize the provision of these in the context of market economy and simultaneously achieve compliance with the essential purposes of the rule of law. Also the concrete results for some harmonization project of some utilities will be analyzed.

Keywords: Law, State, Colombia, public service.

About the autor: Constituent in 1991, former magistrate from the Superior Council of the Judiciary and former Dean from the Law Faculty at Universidad Santo Tomás. Currently he is the Research Centre Director from the Law Faculty at the Universidad Católica de Colombia. Address: carrera 13 No. 47-49, Bogotá. Centro de Investigaciones. E-mail: alvaroecheverriu@gmail.com

Received: March 4, 2013; **reviewed:** June 21, 2013; **accepted:** June 24, 2013.

Introducción

La noción de servicio público formulada por León Duguit a comienzos del siglo pasado resultó funcional al Estado intervencionista keynesiano a partir de la década del treinta del mismo siglo y a la consolidación del Estado de bienestar en distintos países europeos durante las tres décadas siguientes a la terminación de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, el triunfo de la corriente mal llamada “neoliberal”,¹ a comienzos de la década del setenta, con sus estrategias básicas de reducción del tamaño del aparato del Estado, con el consecuente desmonte de su actividad prestataria inherente a la noción de servicio público y su transferencia al sector privado y con la supresión del poder regulatorio estatal sobre la vida económica —incluidos los servicios públicos privatizados— con el propósito de garantizar el libre y supuestamente armónico juego de las fuerzas del mercado, puso en franca crisis la teoría dugetiana del servicio público.

La concepción del “Estado mínimo”, despojada de toda o casi toda capacidad regulatoria, impuesta a los Estados de los países en desarrollo por parte de los organismos multilaterales de crédito (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Agencias de Cooperación de los Estados desarrollados), ubicó a estos países en el peor de los mundos posibles.² Con elevadas tasas de pobreza e inequidad en la distribución de la riqueza, la mayor parte de la población de estas Naciones se vio imposibilitada de acceder a los servicios públicos esenciales por sus costos o por los nulos o escasos márgenes de rentabilidad que significaba atender a este tipo de población para las empresas prestatarias de servicios públicos privatizadas.

Ello explica, por ejemplo, que en la década del ochenta del siglo pasado los gastos estatales en servicios de salud en América Latina, se hubieran reducido en un 50% y los de educación en un 25%.³

¹ La redefinición del liberalismo económico operado bajo la influencia de Keynes y del New Deal del presidente Roosevelt, en Estados Unidos, correspondió a un nuevo liberalismo. La corriente actual así denominada constituye un retorno a los dogmas del liberalismo leseferista de finales del siglo XVIII y de buena parte del siglo XIX.

² La imposición de las políticas propias de la agenda neoliberal se puede deducir de lo dicho por el presidente de la época del Banco Mundial, Barber Conable: “[...] el ajuste estructural —léase reducción del tamaño del Estado y la privatización de servicios públicos— es absolutamente fundamental para la estrategia de asistencia del banco... no hay alternativa”. Organización de Naciones Unidas, *Informe del Consejo Económico y Social* (Washington, 4 de abril de 2001), 34.

³ Organización de Naciones Unidas, *Informe del Consejo Económico y Social*, 36 y 261.

En estas condiciones, como consecuencia de las políticas neoliberales —llamadas eufemísticamente de “ajuste estructural”— la pobreza en el subcontinente aumentó en más de 20 millones.⁴

Paradójicamente, en esta etapa en la cual el Estado social o el “Estado benefactor” había entrado en crisis por la aplicación de las políticas neoliberales en gran parte del mundo,⁵ Colombia adoptó en su Constitución de 1991 dicho modelo de Estado. Debido a la adopción de la fórmula jurídico-política del Estado social de Derecho, se incorporó en el texto fundamental la obligación de la prestación de los servicios públicos esenciales por parte del Estado, lo que permite su prestación por parte de los particulares bajo la regulación y vigilancia de las autoridades públicas.

Este breve estudio se ocupará del análisis de la solución dada por el país desde el punto de vista constitucional, legal y jurisprudencial al problema de la prestación de los servicios públicos esenciales como consecuencia de la noción de servicio público derivada del modelo del Estado social de Derecho, en la perspectiva de armonizar la inserción de tales servicios en el marco de una economía de mercado con la búsqueda de la realización de los fines sociales fijados por la Constitución al Estado colombiano, como una solución que buscaría situarse en un punto medio entre un Estado ampliamente interventor y el Estado mínimo.

1. Precisiones terminológicas e históricas acerca de la noción de servicio público

La conceptualización de Duguit según la cual se deben considerar servicios públicos “todas aquellas actividades indispensables a la realización y desarrollo de la interdependencia social”⁶ encontró desde el principio fuertes críticas, sobre todo en lo relacionado con el carácter indeterminado de las “actividades indispensables” para la cohesión social (interdependencia).

⁴ La reducción de la pobreza en algunos países latinoamericanos durante los últimos años, en particular en Brasil, Chile, Bolivia, Venezuela —por medio de políticas asistencialistas— y, en menor medida, en Colombia, significa el “retorno del Estado” o de la noción de servicio público.

⁵ La magnífica obra de Naomi Klein, *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, da cuenta de los sectores comprometidos (incluida la academia) y de las condiciones que llevaron a la expansión casi mundial de las fórmulas reformistas del neoliberalismo.

⁶ Marceau Long, “Servicio público y realidades económicas: del siglo XIX al Derecho comunitario Europeo”, *Precedente* (2002): 253.

Para precisar la noción de servicio público, la Corte Constitucional ha sostenido que nos encontramos frente a un servicio público “cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo *directo y concreto a la protección y realización de derechos y libertades fundamentales*” (cursivas propias).⁷ La dificultad radica en determinar quién o quiénes pueden ser titulares de un derecho a la prestación de un servicio público y cuáles derechos fundamentales deben ser realizados o protegidos por medio de un servicio público. En este último caso, tal determinación quedaría diferida a las decisiones de un juez en un asunto particular —en el caso colombiano, a la Corte Constitucional, única institución habilitada para definir cuándo un derecho es o no de naturaleza fundamental—, por lo que escapa a la actividad del legislador como órgano competente para definir de manera general las políticas públicas.

Según el tratadista argentino Jorge Luis Salomoni, podríamos decir que “cuando existe una necesidad que exceda a los individuos [esto es, que estos no pueden satisfacer por sí mismos], esa necesidad es pública [y por lo mismo de interés general] y siempre que esa necesidad sea de tal naturaleza, el Estado tiene la potestad y por lo tanto el deber de intervenir para asegurar su cumplimiento”,⁸ por medio de instituciones y actividades, bien en forma directa por el propio Estado o por intermedio de los particulares mediante delegación, concesión o autorización; o bajo la modalidad mixta del Estado y los particulares.

La apertura a los sectores privados en la prestación de los servicios públicos en desarrollo de las garantías previstas en las Constituciones de los Estados liberales con respecto a la iniciativa privada (libertad de empresa) y a la libre competencia descarta la idea de exclusividad y de monopolio estatal, que parecería estar en la base de la noción francesa de servicio público.⁹

⁷ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-450 de 4 de octubre de 1995*, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁸ Jorge Luis Salomoni, *Teoría del servicio público* (Buenos Aires: Villela Editor, 1999), 57.

⁹ Johan-Christian Pielow, “Servicio público en Francia y ‘Daseinsvorsorge’ en Alemania: convergencia de los objetivos diversidad de los medios”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, núm. 12 (2004): 21.

A pesar de la concepción estatista del servicio público y de que esta noción se considera un patrimonio de la cultura jurídica francesa difícil de erradicar de la “memoria y del subconsciente colectivos” (Marceu Long), Francia ha vivido una intensa política de privatización de los servicios públicos promovida, primero, por los gobiernos de derecha (1986-1987, 1993-1996) y de un desarrollo espectacular a partir de 1997, “que implicó una reducción drástica del sector público: las empresas públicas solo están localizadas esencialmente en los sectores energéticos, de los transportes y de la comunicación; el movimiento se prolongó desde entonces hasta alcanzar esta vez los últimos florones del sector público (Fusión Suez GDF, lanzada en 2007). Jacques Chevallier, *El Estado posmoderno* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 105.

Ahora bien, históricamente, las necesidades públicas de interés general que rebasan las posibilidades y capacidades de los miembros de la sociedad o que por sus costos y lenta tasa de recuperación de la inversión inicial no resultan “atractivos” para el sector privado y que, por tanto, el Estado ha debido asumir, han sido:

- Servicios públicos de soberanía (defensa, seguridad interior, justicia).
- Servicios públicos económicos (ferrocarriles, electricidad, agua, gas, telecomunicaciones, obras de infraestructura, etc.).
- Servicios públicos estratégicos (exploración y utilización de recursos naturales: hidrocarburos, carbón, industria de armamentos, energía atómica y alternativa, etc.).
- Servicios públicos para la realización y protección de los derechos sociales, económicos y culturales (seguridad social, educación, vivienda, empleo, estímulo al desarrollo de la ciencia, la técnica y la cultura, etc.).¹⁰

El auge privatizador de la década del ochenta del siglo pasado, que se extendió posteriormente a los países del este de Europa y Rusia a la caída del llamado “socialismo real”, pareció mostrar al servicio público como una noción en desuso y arcaica.

A partir de 1991 más de la mitad del sector público [en Gran Bretaña] había sido completa o parcialmente privatizada, entre ellos los servicios públicos importantes (gas, electricidad, agua, telecomunicaciones) [...] allí donde, como en Gran Bretaña y Francia, las empresas públicas eran importantes en el sector industrial (Italia, España, Austria) prácticamente desaparecieron y el sector bancario, a veces pujante (Italia) fue desmantelado; las prolongaciones posteriores (España e Italia en 2002, Alemania desde 2005) no hicieron más que acabar un programa prácticamente consumado.¹¹

En América Latina, donde la tradición del Estado como gestor del desarrollo había sido fuerte —sobre todo en México y Brasil—, se intensificó este papel en la década del sesenta, bajo la inspiración de la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas (Cepal), con su concepción del desarrollo hacia adentro:

[...] los programas de privatización de servicios públicos fueron los más amplios, acumulándose en el total de sus países más de la mitad (180 mil millones de dólares) de los ingresos de los países en desarrollo comprometidos en

¹⁰ Long, “Servicio público y realidades económicas”, 239.

¹¹ Chevallier, *El Estado posmoderno*, 107.

estas operaciones, en particular Brasil (71.000 millones), Argentina (44.500 millones) y México (31.000 millones).¹²

Con todo, a pesar de encontrarse sujeta a los tratados de la Unión Europea que se enmarcan en los propósitos de favorecer la libre competencia y remover las limitaciones que a esta puedan ofrecer las legislaciones internas de los Estados miembros, Francia se ha resistido a privatizar sus sistemas de ferrocarriles (SNCF) y la distribución de la electricidad y del gas (EDF-FDG).¹³

Así, por ejemplo:

[...] la nueva ley sobre electricidad promulgada en Francia (febrero de 2000), se propone realizar y formalizar en derecho positivo las ideas sobre el Servicio Público... esto vale en particular para la determinación de criterios y límites máximos de admisibilidad de los clientes y el régimen administrativo de autorización para explotar instalaciones de producción. Esta es la razón por la que el monopolio de Estado confiado hasta entonces a *Electricité de France* permanezca [...]. Este principio del monopolio se combina con la declaración de obligaciones para el interés general bajo el vocablo “cohesión social y territorial” [...] son obligaciones que se aplican por ejemplo a la definición de tarifas de carácter social e igualitario.¹⁴

A instancias de Francia¹⁵ se introdujo tardíamente el concepto de servicio público bajo la denominación “servicios de interés económico general” en la Carta Europea de derechos fundamentales y se estableció como uno de esos derechos el del acceso de todas las personas a tales servicios.¹⁶ Esta Declaración tiene, por tanto, el mérito de reconocer la existencia de prestaciones básicas. El acceso a dichas prestaciones por parte de todas las personas se juzga en el documento comunitario como factor esencial para la “cohesión social y territorial” de la propia Unión la interdependencia en palabras de Duguit. “Por ello el gobierno laborista emprendió durante los años 2000, la rehabilitación de los *servicios públicos esenciales*, como la educación o la salud, concebidas como herramientas de “progreso social en una economía dinámica”.¹⁷

¹² Chevallier, *El Estado posmoderno*, 106.

¹³ Long, “Servicio público y realidades económicas”, 239.

¹⁴ Pielow, “Servicio público en Francia y ‘Daseinsvorsorge’ en Alemania”, 25.

¹⁵ Pielow, “Servicio público en Francia y ‘Daseinsvorsorge’ en Alemania”, 18.

¹⁶ Chevallier, *El Estado posmoderno*, 94.

¹⁷ Sin duda, esta política de rehabilitación de los servicios públicos comienza a verse afectada por la crisis económica que aqueja a la Eurozona, como lo refleja el caso de la misma Gran Bretaña, con el aumento de

La vigencia de la noción de servicio público que se ha negado a morir, a pesar de las limitaciones con las que se le acoge y de las vicisitudes económicas actuales, se debe, como lo sostiene el exvicepresidente del Consejo de Estado francés, Marceau Long, a que es el “rostro de una concepción política ambiciosa”,¹⁸ que entiende que ciertas necesidades esenciales para los individuos en sociedad no pueden ser cubiertas para todos por el movimiento incierto —y la más de las veces egoísta— de los agentes más poderosos del mercado, sino por el Estado y sus agencias especializadas de acuerdo con el tipo de necesidad que deba ser satisfecha.¹⁹

2. El estatus constitucional de los servicios públicos en Colombia

Como consecuencia de la naturaleza jurídico-política del Estado colombiano como Estado social y democrático de Derecho, esto es, como “Estado de prestaciones” a favor de todas las personas que habitan en su territorio, los servicios públicos se definen en el mismo texto fundamental como “inherentes a la finalidad social del Estado”, lo cual comporta para este la obligación de “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.²⁰

La Constitución no determina las distintas categorías de servicios públicos que puedan existir en la práctica, en particular los referidos a la protección y realización de derechos fundamentales que se agruparían bajo la denominación de servicios públicos esenciales, pero si se atiende a las finalidades y a los recursos que se asignan a ciertos servicios públicos en la Carta, es posible deducir su esencialidad. Por ejemplo, el Artículo 366 de la C. P., al establecer como fines sociales del Estado el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, dispone como objeto fundamental de la actividad estatal “la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental, y de agua potable”.

los precios de la educación superior dispuesta por el Gobierno conservador de David Cameron. Chevallier, *El Estado posmoderno*, 107.

¹⁸ Long, “Servicio público y realidades económicas”, 241.

¹⁹ En un artículo publicado en el diario *Le Monde*, en 1995, al destacar el enorme valor y significado que la noción de servicio público posee en la tradición jurídica francesa, el decano George Vedel señala: “El servicio público hace vibrar nuestros corazones. Lo defendemos en Bruselas [...] queremos que sea inscrito en nuestra constitución [porque] algunas prestaciones son indispensables para la Nación. Por lo tanto, no pueden ser abandonadas a las incertidumbres del mercado. Solo el Estado y las personas públicas pueden asegurarlos”. Citado en Long, “Servicio público y realidades económicas”, 244.

²⁰ República de Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: Legis, 2012), art. 365.

Para este efecto, en los planes de desarrollo socioeconómico y en los presupuestos generales de la Nación, lo mismo que en los de las entidades territoriales (departamentos, distritos y municipios) “el gasto social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

De otra parte, los recursos del presupuesto general de la Nación que se transfieren a las entidades territoriales:

[...] se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad a los servicios de salud, los servicios de educación [...] y servicios domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.²¹

En la asignación territorial de los recursos nacionales que se transfieren a los entes territoriales bajo el concepto de gasto público social “se tendrá en cuenta el *número de personas con necesidades básicas insatisfechas*”, la población total de la respectiva sección territorial y la eficiencia fiscal —capacidad para generar recursos propios— y administrativa —la adecuada y eficiente aplicación de sus recursos—.²²

A los servicios públicos de salud, educación, saneamiento básico y agua potable, mencionados en los dispositivos constitucionales, la Ley 142 de 1994, reglamentaria de los servicios públicos, especificó y agregó bajo la denominación de servicios públicos domiciliarios los siguientes: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible.

Se trata, por tanto, de aquellos servicios que tienden a satisfacer las necesidades más esenciales de la población y que se reciben en los hogares o en los lugares de trabajo de las personas.²³

La trascendencia de los servicios públicos por su relación inescindible con el Estado social de Derecho llevó al constituyente colombiano a consagrar dos tipos de garantías para su eficaz y universal prestación: 1) La asignación al presidente de la República de la atribución constitucional de ejercer “inspección y vigilancia”

²¹ República de Colombia, *Constitución Política*, art. 356, modificado por el art. 1 del Acto Legislativo 4 de 2007.

²² República de Colombia, *Constitución Política*, art. 350.

²³ Una definición más técnica de servicios públicos domiciliarios sería “aquellos que se presentan a través de redes fijas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer necesidades esenciales de las personas”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-205 de 11 de mayo de 1995*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

sobre las entidades y empresas encargadas de la prestación de servicios públicos.²⁴ Por virtud de delegación otorgada expresamente por la Carta, esta atribución se encuentra a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos;²⁵ 2) La reserva de ley en esta materia, en la medida en que la reglamentación general de los servicios públicos no puede realizarse mediante leyes-marco, sino por medio de la acción directa del legislador, lo cual hace que el campo regulatorio sea mucho más amplio y dotado de contenidos de mayor especificidad.²⁶

3. La actividad regulatoria del Estado en materia de servicios públicos

A pesar de “los cantos de sirena del neoliberalismo” —que para el momento de la redacción de la Constitución colombiana de 1991 se escuchaban tanto en las economías desarrolladas como en aquellas en vía de desarrollo—, el constituyente de ese año no renunció a la intervención del Estado en la vida económica, originalmente consagrada en la reforma de 1936 efectuada a la anterior Constitución de 1886.²⁷

En efecto, el Artículo 334 constitucional dispuso:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

Conviene aclarar que la intervención estatal no es permanente ni en todas las esferas de la vida económica, sino en aquellos casos en que expresamente exista autorización

²⁴ República de Colombia, *Constitución Política*, art. 189, núm. 22.

²⁵ República de Colombia, *Constitución Política*, art. 379.

²⁶ Luis Javier Moreno Ortiz, “Aproximación constitucional a las Comisiones de Regulación. La experiencia colombiana”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* 347 (agosto 2011): 105.

²⁷ La Constitución de 1886, derogada por la de 1991, es la tercera más antigua de América, después de la estadounidense, de 1789 y la argentina, de 1854.

de la ley y en el marco de las clásicas libertades de iniciativa privada, de empresa y de competencia, tal como lo sentencia el Artículo 333 de la Constitución Política.

Así lo ha señalado la Corte Constitucional:

La regulación de los servicios públicos responde a los principios constitucionales y especialmente al Estado Social de Derecho y a la democracia participativa. La regulación de los Servicios Públicos tiene finalidades semejantes a la intervención del Estado en la economía como por ejemplo, el mejoramiento de la vida de los habitantes y *el acceso a los servicios públicos* de las personas de menores ingresos. *El régimen de regulación corresponde a una decisión básicamente política*, es decir, guarda estrecha relación con la configuración y delimitación de un *derecho prestacional* (cursivas propias).²⁸

En síntesis, la regulación de los servicios públicos es una especie del género intervención económica del Estado, en la medida en que pretende sus mismos objetivos: mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes y acceso a los bienes básicos y esenciales de las personas en condiciones de pobreza.

Si se asume que la Constitución no se opone a que los servicios públicos —incluidos los esenciales— puedan ser prestados por los particulares y que existe una interrelación esencial entre aquellos y el modelo del Estado social de Derecho, la regulación estatal con respecto a su prestación se vuelve indispensable para garantizar las finalidades de dicho tipo de Estado.

Desde este punto de vista, si bien el orden constitucional permite que los servicios públicos ingresen al mercado bajo la égida de la iniciativa privada y la libertad de empresa, ese mismo orden no autoriza a que el Estado se despoje de su capacidad regulatoria en este campo específico.

Se trataría, por tanto, de un difícil equilibrio por parte del Estado que, de una parte, está obligado a favorecer el despliegue de una economía de mercado —aun para el caso de los servicios públicos— y, al mismo tiempo, debe someterla a regulaciones y precisos límites en obediencia a los fines sociales fijados por la Constitución.

²⁸ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-150 de 10 de octubre de 2003*, M. P. Manuel José Cepeda.

Para el mantenimiento de este difícil equilibrio, la normatividad en materia de regulación de servicios públicos, de un lado, y la vigilancia, el control y el poder sancionatorio a propósito de los mismos, de otra, se encuentra fragmentada tanto en su origen jurídico (constitucional o legal), como en los órganos que ejercen unas y otras funciones, lo cual, sin duda les resta coherencia y eficacia.

Con respecto a los servicios públicos domiciliarios, la regulación sobre aspectos específicos de la prestación de tales servicios en el marco de la Ley 142 de 1994 (régimen tarifario, licencias, permiso, obtención de información y seguimiento del comportamiento de los agentes regulados, formulación de recomendaciones, etc.) corresponde a las denominadas Comisiones de Regulación, que responden al viejo modelo de la Administración pública estadounidense de las agencias independientes (independent agencies).²⁹

En el caso colombiano, estas comisiones carecen de la independencia casi total que poseen sus similares de otros países,³⁰ pues en virtud de su adscripción al Ministerio del ramo, el Ejecutivo mantiene la atribución de la orientación general sobre la actividad regulatoria que cumple la comisión respectiva, aunque, en la práctica, raramente la ejerza.

Las facultades de vigilancia y control, que comportan las competencias de investigación y sanción por violación a las normas que regulan la prestación de los servicios públicos y que corresponde al presidente de la República en todos los casos, de conformidad con la Constitución, de manera expresa han sido delegados por este para el caso de los servicios públicos domiciliarios en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.³¹

En cambio, respecto al servicio público de salud, las funciones de regulación y las de vigilancia y control son desempeñadas por órganos de creación legal (Ley 100 de 1992), esto es, la Comisión de Regulación en Salud y la Superintendencia de Salud, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social.

²⁹ El Artículo 69 de la Ley 142 creó como unidades especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al respectivo Ministerio, las siguientes Comisiones de regulación: de agua potable y saneamiento básico ambiental, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico; la de energía y gas, adscrita al Ministerio de Minas y Energía y la de telecomunicaciones adscrita al Ministerio de comunicaciones y nuevas tecnologías.

³⁰ Moreno Ortiz, "Aproximación constitucional a las Comisiones de Regulación", 109-110, notas 32 a 37.

³¹ República de Colombia, *Constitución Política*, art. 370.

En cuanto al servicio público de educación, la vigilancia y el control fueron conferidos por la Constitución al presidente de la República³² y, de manera delegada, le corresponden al ministro de Educación Nacional, que concentra la función de regulación en la materia.

4. Un caso paradigmático: el servicio público de salud

Un servicio público en el que ha sido conflictivo el modelo regulador que pretende la armonización entre la economía de mercado y los fines sociales del Estado es el de la salud.

La Ley 100 de 1992 permitió la prestación de este servicio por parte del sector privado por medio de empresas prestadoras de salud (EPS)³³ bajo dos regímenes de financiación: contributivo —mediante aportes de los empleadores y trabajadores— y subsidiado —para las personas más pobres, sin ingresos estables o desempleados, financiado con parte de los aportes del régimen contributivo en virtud del principio de solidaridad y de recursos de los departamentos y municipios, provenientes de las transferencias de los recursos de la Nación a dichos entes territoriales—.

Los servicios de salud a cargo de ambos regímenes se encuentran señalados de manera taxativa en el Plan Obligatorio de Salud (POS), pero diferenciados para uno y otro régimen: para el contributivo se preveía un mayor número de procedimientos y medicamentos que para el subsidiado, lo cual, de entrada, planteó una situación de inconstitucionalidad por inequidad.

Con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema —léase margen de ganancia para los agentes prestadores privados—, en ambos fueron excluidos del POS los tratamientos y las medicinas de alto costo y, por tanto, las empresas prestadoras no estaban obligadas a suministrar a sus afiliados. Esta circunstancia legal obligó a un número creciente de personas a acudir al recurso del amparo constitucional en procura de protección a su derecho fundamental a la salud,³⁴ mediante el suministro de medicamentos o de la práctica de procedimientos quirúrgicos

³² República de Colombia, *Constitución Política*, art. 189, num. 22.

³³ Las EPS pueden ser de naturaleza pública.

³⁴ En principio, la Corte Constitucional protegió el derecho a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida. De manera más reciente, ha considerado que se trata de un derecho autónomo merecedor de protección por sí mismo, en virtud del principio de dignidad humana. “Todo derecho que funcionalmente esté dirigido a garantizar la vida humana y que sea traducible a un derecho subjetivo, es un derecho fundamental”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008*, M. P. Manuel José Cepeda.

que se encontraban excluidos del POS para eventos terminales, catastróficos o en cualquier caso de amenaza a la continuidad de una vida digna.

Desde 1992, el volumen de amparos constitucionales para la protección del derecho a la salud no ha dejado de crecer, hasta ocupar el primer lugar entre los motivos para la interposición de dicho recurso.

Para atender los costos de los servicios de salud ordenados por vía de tutela, el Estado creó un fondo (el Fosyga) que se encarga de resarcir a las EPS de los gastos en los que incurrieran por los servicios prestados por fuera del POS (sistema de recobros).

Este esfuerzo estatal para mantener la rentabilidad de las empresas prestadoras del servicio de salud fue aprovechado por estas para defraudar al Estado, al efectuar cobros por servicios no prestados o por sumas que superaban en tres o más veces su valor comercial efectivo.³⁵

En el contexto de un servicio público concebido más como negocio que como una actividad de interés general, los esfuerzos jurisprudenciales de la Corte Constitucional por compatibilizar las finalidades sociales del Estado con la economía de mercado en la prestación del servicio público de salud han resultado, hasta ahora, ineficaces.³⁶

³⁵ En la actualidad, los organismos de control (Contraloría General, Procuraduría de la Nación y Fiscalía), vienen investigando estos hechos que, según cálculos del actual Gobierno, se elevan a una defraudación cercana a los dos billones de pesos.

³⁶ La Corte Constitucional ha introducido una diferenciación para este servicio entre “eficacia económica”, medida en términos de costos del servicio de salud y la “eficacia constitucional”, medida en términos de garantizar el derecho fundamental a la salud. Desde esta última perspectiva, “la protección del servicio de salud en Colombia no puede ser entendido como un simple “mercado de salud”, regido por las leyes de la oferta y la demanda. La garantía de los derechos económicos, sociales y culturales no dependen de criterios de simple utilidad o provecho económico particulares”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-1041 de 4 de diciembre de 2008*, M. P. Humberto Sierra Porto. A partir de esta fundamentación, la misma Sentencia establece los criterios que, desde el punto de vista constitucional, permiten limitar el derecho a la libertad de empresa en el sector de la salud. A esta decisión ha seguido el fallo estructural sobre el tema, la Sentencia T-760 de 2008, que se ocupa de definir las condiciones de acceso a los servicios de salud no contemplados en el POS y rechaza, de paso, “la exigencia perversa de presentar acción de tutela (Amparo) y obtener una decisión favorable como requisito previo para ser atendido”. Moreno Ortiz, “Aproximación constitucional a las Comisiones de Regulación”, 135. Para el cumplimiento de esta Sentencia, la Corte ha debido crear una comisión de seguimiento ante su desconocimiento por la Comisión de regulación en salud, la superintendencia de salud y el Ministerio del ramo del anterior Gobierno. El actual, tras acoger el fallo constitucional, determinó la unificación del POS, esto es, fijó iguales prestaciones para los dos regímenes, el contributivo y el subsidiado y así puso fin a una injusta e inconstitucional medida en contra de los sectores más pobres de la población. Sin embargo, está pendiente una solución estructural que garantice viabilidad al servicio de salud en el país.

Con respecto a la prestación de algunos servicios públicos domiciliarios, los resultados tampoco han sido satisfactorios, a pesar de algunos avances en términos de cobertura. Por ejemplo, la generación de energía eléctrica apenas cubre un 50,3% de la población, al tiempo que los costos de facturación de este servicio se han elevado por encima del índice de precios al consumidor (IPC), por lo que se afectan los sectores de menores recursos. Los servicios de acueducto y alcantarillado dejan desprovisto a un 56% del sector rural,³⁷ pese a que las empresas de servicios públicos privados se han beneficiado de las obras de infraestructura construidas por el Estado antes del auge privatizador o de los subsidios permitidos por la Constitución para que con los presupuestos de los municipios se auxilie a las personas más pobres a acceder a los servicios básicos esenciales.

Conclusiones

Al establecer como fórmula jurídico-política la del Estado social y de Derecho, la Constitución colombiana de 1991 mantuvo el carácter intervencionista de este en la economía, así como la noción de servicio público, por tratarse de una expresión particular de dicho intervencionismo y por su naturaleza prestacional, acorde con dicho modelo estatal.

Al ceder a las corrientes privatizadoras defensoras del “Estado mínimo” en todos los órdenes de la vida estatal —sobre todo en el ámbito de los servicios públicos— que dominaban el pensamiento académico y político en la década del ochenta del siglo pasado, se permitió el ingreso de los sectores privados en la prestación de los servicios públicos —incluidos los esenciales—; no obstante, estaban sometidos a las regulaciones, al control y a la vigilancia de las autoridades públicas, en particular del presidente de la República.

Aunque las autoridades de regulación, de control y vigilancia gozan de una relativa independencia y autonomía, están sujetas a parámetros dispuestos por el legislador —que en materia de servicios públicos pueden llegar a contenidos muy específicos— lo mismo que en la suprema orientación de parte del Ejecutivo acerca de tales organismos.

³⁷ Everaldo Lamprea Montealegre, “Los servicios públicos domiciliarios y el Estado regulador”, *Precedente* (diciembre 2004): 127.

Ahora bien, a pesar de las previsiones constitucionales y de sus desarrollos legales en orden a armonizar los intereses privados, cuando tienen a su cargo la prestación de los servicios públicos, con el interés general de la realización de los fines sociales del Estado, los resultados francamente negativos en la prestación del servicio público de salud, lo mismo que los muy poco satisfactorios obtenidos en los denominados servicios públicos domiciliarios, han demostrado hasta cierto punto el fracaso de esa pretendida armonización.

La constatación de cuestionables resultados en los dos frentes indicados nos ha llevado a preguntarnos si es hora de reabrir el debate en torno a devolver a los servicios públicos esenciales su carácter estrictamente estatal, en un momento que parece marcado por el “retorno del Estado” a la vida social.

Referencias

- Chevallier, Jacques. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-1041 de 4 de diciembre de 2008*. M. P. Humberto Sierra Porto.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-150 de 10 de octubre de 2003*. M. P. Manuel José Cepeda.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-205 de 11 de mayo de 1995*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-450 de 4 de octubre de 1995*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008*. M. P. Manuel José Cepeda.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 142 de 1994*, “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* 41.433, 11 de julio de 1994.
- Gómez Figueredo, José Eduardo. *Gestión de servicios públicos*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2008.
- Lamprea Montealegre, Everaldo. “Los servicios públicos domiciliarios y el Estado regulador”. *Precedente* (diciembre 2004): 105-147.
- Long, Marceau. “Servicio público y realidades económicas: del siglo XIX al Derecho comunitario Europeo”. *Precedente* (2002): 235-254.
- López-Murcia, Julián Daniel. “El régimen tarifario de los servicios públicos y la cláusula de progresividad de los DESSC en Colombia”. *Revista Maestría en Derecho Económico* 5, núm. 5 (2009): 201-240.

- Molina Torres, José Antonio. “El reto de construir una definición más comprensiva de la dinámica del servicio público”. *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 1 (2003): 33-54.
- Moreno Ortiz, Luis Javier. “Aproximación constitucional a las Comisiones de Regulación. La experiencia colombiana”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* 347 (agosto 2011): 97-150.
- Organización de Naciones Unidas. *Informe del Consejo Económico y Social*. Washington, 4 de abril de 2001.
- Pielow, Johan-Christian. “Servicio público en Francia y ‘Daseinsvorsorge’ en Alemania: convergencia de los objetivos diversidad de los medios”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, núm. 12 (2004): 17-31.
- República de Colombia. *Constitución Política*. Bogotá: Legis, 2012.
- Salomoni, Jorge Luis. *Teoría del servicio público*. Buenos Aires: Vilella Editor, 1999.