

SEGURIDAD JURÍDICA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA: HACIA LA REGULACIÓN UNIFORME DE MÍNIMOS Y MÁXIMOS

Luís Gerardo Castro Pereira

Daniel Andrés Rodríguez Morales

RESUMEN

En este artículo se analiza el grado de afectación en la prestación de los servicios públicos domiciliarios a partir de la no uniformidad de las condiciones y procedimientos que rigen los contratos de la actividad toda vez que el Legislador y el servicio mismo, adolecen de una normatividad unificada y ante la disparidad en los procedimientos se lesiona el principio de seguridad jurídica generando asimetrías en el modelo de regulación. A partir de un examen entre los procedimientos que rigen el servicio de energía entre las ciudades de Bogotá y Barranquilla, se pretende comparar e identificar la incongruencia de los componentes que por derecho, deben observar estandarización para la efectividad, eficiencia y eficacia de los servicios públicos.

PALABRAS CLAVE

Seguridad jurídica, Buen Gobierno, Regulación unificada, Mínimos y Máximos.

ABSTRACT

This article analyzes the degree of involvement in the provision of public services from the non-uniformity of the conditions and procedures governing contracts for the activity since the legislator and the service itself suffer from a unified regulations and given the disparity in procedures undermines the principle of legal certainty generating asymmetries in the model regulation. From a comparative examination procedures governing energy service between the cities of Bogota and Barranquilla, identifies the inconsistency of the right components, standardization should be observed for the effectiveness, efficiency and efficacy of public services.

KEY WORDS

Legal certainty, Good governance, Unified regulation, Minimum and Maximum.

INTRODUCCIÓN

La intención central es enunciar las variantes de la problemática que se desprende de la ausencia de un estatuto único de procedimiento que regule a todas las empresas de servicios públicos domiciliarios y que debiera expedir el legislador a fin de impedir la disparidad de anomalías que en el desarrollo de la reflexión se dejan en evidencia.

Al abordar la preocupación que la inseguridad jurídica en la reglamentación y en la normatividad de los servicios públicos domiciliarios genera en Colombia, se busca indagar por las disparidades que las variaciones en las condiciones de los contratos registran frente a los derechos y los deberes que tanto la empresa prestadora de servicio como el suscriptor o usuario asumen observar.

Para esta aproximación conviene discriminar las categorías de análisis cuyos ejes rectores pueden desglosarse según lo sostenido por la “teoría de mínimos y máximos” de la administración pública desarrollada por Hunt y la corriente liberal de mercados, que establece que sobre una plataforma flexible de leyes y normas no pueden rebasarse los lineamientos que hacen de una regla, un eje de comunión, integrador, compartido y estándar¹: conductas permitidas y sancionables; procedimientos en sí mismos; imposición de sanciones, curso regulador de peticiones, reclamos y recursos; tipo de sanciones, plazos de entrega y pago de facturas; causales de suspensión del servicio y causales de terminación del contrato.

Desde esta óptica la “teoría de mínimos y máximos” en el caso que compete a este artículo, está vinculada a la bioética ontológica o de mínimos (principio de maleficencia y principio de justicia que deriva la ética pública) y a la bioética procedimental o de máximos (principio de autonomía y principio de beneficencia que deriva la ética privada). Lo anterior refuerza el pensamiento de John Rawls cuando

¹ HUNT, Andrew citado por MAIRAL, H. "La ideología del servicio público". En *Revista de Derecho Administrativo* N° 14. Buenos Aires, 1993, pp. 359 – 437. <http://cdi.mecon.gov.ar/juridicos/home.htm> consultado agosto 29 de 2012. Ver también al referirse a la corriente liberal de mercados.

afirma que la gestión pública no puede estar desarticulada de la ética que debe asistir los mercados.²

En esa dirección y previo a ahondar en las variantes de la naturaleza, alcance e impacto de la ausencia de estandarización de normas y procedimientos en los contratos que rigen los servicios públicos domiciliarios en Colombia, conviene indicar que Stoker señala: “*sin la buena gobernabilidad en la administración de los deberes y derechos en la prestación de los servicios públicos, los postulados del Buen Gobierno están abocados al fracaso*”.³

De ahí que frente al derecho que asiste a empresas y a usuarios de los servicios públicos a celebrar contratos regulados por normas unificadas, eficientes, transparentes y equilibradas, sean necesarias reflexiones serias, encaminadas a dilucidar una plataforma jurídica para unas condiciones uniformes. En virtud de lo anterior, al efectuar en esta reflexión un ejercicio comparativo entre los procedimientos del servicio de energía de las ciudades de Bogotá y Barranquilla como base de análisis en aras de identificar los componentes y vectores para una regulación estándar, vale indagar brevemente por los rectores universales que han antecedido los criterios estatales en el mundo más los ángulos de apreciación del sector privado para luego esbozar otras precisiones de la reglamentación.

Es de anotar que para efectos de esa comparabilidad se tomaron como base los dos contratos del servicio energético que rigen las ciudades de Bogotá y Barranquilla y que son del conocimiento público, en aras de establecer los puntos divergentes de su plataforma procedimental para evidenciar la incongruencia de la unificación tal como enuncia el propósito de este artículo.

En consecuencia, en la problemática planteada se describen las variables de la disparidad, los fundamentos teóricos sobre los que se rige la filosofía de la

² RAWLS, John. *Una propulsión justa para un mundo injusto*. México, Fondo de Cultura Económica. 1976 p. 126.

³ GALBRAITH, J. citado por STOKER, G. "Public-Private Partnerships and Urban Governance", en J. Pierre (dir.), *Public-Private partnerships in Europe and the United States*, Londres: Macmillan, 1997 al analizar los principios del buen gobierno pp. 23-29

prestación de los servicios públicos y el impacto que conlleva la unilateralidad de las condiciones más la ausencia de estandarización de las disposiciones en los contratos.

1. ANTECEDENTES UNIVERSALES DE LA REGULACIÓN UNIFORME

La conformación de una regulación para la prestación de un servicio público domiciliario tuvo en Francia e Inglaterra su primer ejercicio de administración; Galbraith refiere cómo la infraestructura al tornarse más compleja y procurar de parte de los administradores estatales y públicos, abastecer a una población más densa, llevó a que en Europa estos dos países contemplaran políticas públicas basadas en elementos jurídicos equitativos y a la vez producir una normatividad unificada. No obstante, Francia acogió en 1967 normas regulatorias que dejaban a los organismos de control la responsabilidad de vigilar que la emisión de disposiciones iguales entre una provincia y otra respecto a un mismo servicio se rigiera por unos mínimos y máximos afines y homogéneos.⁴

La regulación y control de los servicios públicos entonces se convirtió en una preocupación central del sector público y privado y fue Inglaterra que desde el Parlamento empezó a trabajar en un marco jurídico estándar:

Para examinar la disparidad de los procedimientos en los contratos entre empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y usuarios donde como garante actúa el Estado, si bien ninguna persona puede ser exonerada del pago del servicio, toda vez que el pago de la tarifa es elemento fundamental del contrato de prestación de servicios públicos, la empresa tampoco puede retractar su responsabilidad al prestarlo y realizar inversiones de ser necesario como tampoco el Estado puede negar la existencia y funcionamiento de un organismo regulador y vigilante de tal prestación. Los usuarios tienen derecho a que la empresa preste el servicio en las mismas condiciones para todos los usuarios. Por eso el contrato de servicios públicos

⁴ En la teoría de mínimos y máximos se defiende la unificación de criterios como el principio inalienable de la moral y ética en la administración pública (Cfr. Ejes de la Política de Regulación Transparente). Ver también Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Universidad de Harvard, primera edición, 1974 p. 121 y las apreciaciones de bioeticistas como Hottois y Singer en HOTTOIS, Gilbert. *El paradigma bioético. Una ética para la tecnología*. París, Edelfine, 1990 p. 65 y en SINGER, Peter *Ética y Desarrollo. El pan que retienes le pertenece al hambriento*. México, Fondo de Cultura Económica. 1993 p. 43

*es un contrato de condiciones uniformes (Citado por Vickers, J. y Yarrow, G., 1991)*⁵

Posteriormente, se perfiló como uno de los Estados europeos más avezados en desarrollar un modelo de regulación en la prestación del servicio público incluso después de la liberalización de los servicios públicos domiciliarios.⁶

De otro lado, en los Estados asiáticos, se empezó a gestar una política de regulación más acorde con los requerimientos de las partes que conforman el compromiso legal pero no se ha avanzado en la uniformidad de criterios y los mínimos como nitidez en la calidad del suministro y nitidez en el sistema tarifario varía de localidad a localidad, ejemplo, Singapur donde el libre mercado ha facilitado un sistema dispar en donde según se estratifiquen las zonas habitables, las turísticas y las comerciales, las disposiciones de derechos y deberes cambian considerablemente.⁷

Basados en la información de público conocimiento y en el propio análisis, puede afirmarse que para América Latina, el tema de la uniformidad de criterios reguladores no ha sido tarea fácil siendo México y Argentina las naciones que más se han enfrascado en estandarizar los máximos de cobertura equitativa, solvencia y fluidez de calidad. Chile por su parte, guarda cierta compostura en los contratos celebrados con las municipalidades y las empresas administradoras de los servicios públicos especialmente en el tema de las deudas contraídas y la solidaridad mientras que Brasil ha emprendido activar el máximo de democratización de los contratos que el Estado regula en esta materia.

Paralelamente, los países caribeños registran una brecha dispar en tanto el actor estatal emprende políticas de tímida acción reguladora y sus órganos de vigilancia no son una institución creíble y transparente. De hecho, en 2010, Cepal informa que

⁵ Vickers, J. y Yarrow, G. citado por RIVERA URRUTIA, Eugenio. 2004 "Las Teorías de La Regulación en las Perspectivas de las Políticas Publicas". En: *Revista Gestión y Política Pública*, volumen XIII. Número 2. II semestre de 2004, pp. 555 al 558

⁶ Para ampliar el concepto conviene recordar que en la liberalización, si bien Estados Unidos avaló la liberalización de servicios en red a finales de la década del 70, el Reino Unido defendió la privatización de las empresas públicas y emprendió una política de regulación ajustada a los principios de mínimos y máximos de la administración pública.

⁷ Banco Mundial. *El Estado en un mundo en transformación. Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997*. Washington, 2007. pp.117-121

las cifras de inequidad de las condiciones por cuenta de contratos entre usuarios, empresa y Estado son en extremo preocupantes: “el 67% de los usuarios ve mermar sus posibilidades de un acceso eficaz a los servicios básicos y sólo un 11.3% encuentra colmada su necesidad”.⁸

2. PLATAFORMA CONCEPTUAL Y COMPONENTES

En esta parte del análisis se desglosa la naturaleza de los mínimos y máximos de la seguridad jurídica en el ámbito de la administración pública; el objeto de trabajo en sí mismo, la meta a abordar, los fines adicionales y el esquema que rige a los servicios públicos domiciliarios a fin de dimensionar la problemática que quiere plantearse a lo largo del documento.

2.1. Teoría de mínimos y máximos de la administración pública

Para comprender hacia dónde dirigir una unificación en la normatividad que ha de regir los servicios públicos domiciliarios y antes de adentrarse en el concepto de *seguridad jurídica*, es preciso invocar los postulados de Andrew Hunt sobre la administración pública los cuales han sido acogidos por la corriente liberal de mercados en que “la definición de una plataforma flexible de leyes y normas no pueden extralimitarse ni salirse del patrón de lineamientos que hacen de una regla, un eje de comunión, integrador, compartido y estándar para un grupo determinado”.⁹







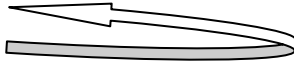
Siendo así, a esa plataforma de lineamientos la conforman unos mínimos y unos máximos reguladores cuyo esquema así se describe:

⁸ Banco Interamericano de Desarrollo. *Mínimos y máximos de la regulación pública*. Washington D.C., 2008, folio 7.

⁹ HIRSCHMAN, A. *The Rhetoric of Reaction*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991. p. 334. refiriéndose a los postulados de Hunt.

Cuadro 1

Lineamientos reguladores SPD

 Principio de moral y ética	MÍNIMO
 Nitidez	MÍNIMO
 Cobertura equitativa	MÁXIMO
 Supervisión de suministro	MÁXIMO
 Solvencia de la prestación	MÁXIMO
 Fluidez de calidad	MÁXIMO
Fuerza competitiva	SUMATORIA
Selección de canales de distribución	

Fuente: Banco Mundial (Informe 127-abril 19 de 2001)


De acuerdo con el cuadro anterior, los mínimos que para Hunt constituyen la base sobre la que se pondera el resultado y la sumatoria de la administración pública; es decir que, en la unificación de criterios como el principio inalienable de la moral y la ética, los ejes de la Política de Regulación Transparente se ciñen a esos mínimos que en el sistema de gestión estatal no siempre se cumplen.

En consecuencia, el eje de comunión, integrador, compartido y estándar propuesto por Hunt y la corriente liberal de mercados ha sido interpretada como un ente rector de vigilancia que en el tema específico de los servicios públicos domiciliarios debe optimizar el potencial que tiene el sector público y privado de dimensionar la importancia de los usuarios a fin de celebrar contratos con criterios de mínimos y

máximos acordes a la transparencia y eficiencia propios de un Estado Social de Derecho. Así, en la plataforma flexible de leyes y normas no pueden rebasarse como ya se mencionó, los lineamientos que hacen de una regla, un eje de comunión, integrador, compartido y estándar y que en la teoría de mínimos y máximos, tales categorías quedan así descritas:

Cuadro 2

Categorías de mínimos y máximos en la gestión pública



CATEGORÍAS	I	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Conductas ▪ Procedimientos ▪ Sanciones 	MÍNIMOS
	II	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Curso regulador ▪ Tiempos ▪ Suspensiones y cesaciones 	MÁXIMOS

Fuente: BID, 2008

Para Hunt quien desde su ámbito sostiene que *“la ciencia es algo puntual como soporte porque ayuda a fijarse en las evidencias y decidir si existen criterios suficientes para que en el mundo contemporáneo se unifiquen las normas frente al deber ser de un servicio y de los agentes que lo asisten,”*¹⁰ en la teoría de mínimos y máximos de la gestión pública queda constatado el derecho y el deber en la tarea de los compromisos contractuales de compañías, Estado y usuarios.

2.2. El principio de la seguridad jurídica

Dado que el problema planteado es la inseguridad jurídica en la reglamentación y en la normatividad en los servicios públicos domiciliarios en Colombia, la comparación que se adelanta en este contenido frente a los procedimientos del servicio de energía entre Bogotá y Barranquilla, debe antecederse por lo que significa el concepto de *seguridad jurídica* con miras a comprender qué requiere Colombia para

¹⁰ *Ibíd*em

enfrentar la ausencia de esta en la reglamentación y los procedimientos aplicables a los servicios públicos domiciliarios.

Al invocar a teóricos como Carbonell, la *seguridad jurídica* como principio del Derecho, atañe a que el individuo siendo conciente de la existencia de unas normas jurídicas vigentes, posee expectativas respecto a que puede acogerse al cumplimiento de estas y en calidad de ser sujeto activo o pasivo de relaciones sociales, da por sentado la infalibilidad de tal compromiso.¹¹

Otros juristas como Pérez sostienen que en tal sentido, la seguridad jurídica adquiere especial intensidad y relevancia cuando se percibe su deterioro por obra de las grandes transformaciones experimentadas por el Derecho, o cuando se exagera su existencia y sobredimensiona su valor, ignorando u ocultando las abundantes situaciones reales de inseguridad jurídica.¹²

De manera que, en opinión de Meldford, en el tema de la gestión pública, el tropiezo que representa la pluralidad tanto de las fuentes normativas que infortunadamente se han convertido en propiedad de los sistemas y adicionalmente, la ignorancia frente al quehacer sobre diversas situaciones, deriva inseguridad en cada ciudadano y en cada empresa que conforman el sistema jurídico una vez estos pasan a ser agentes activos o pasivos de un orden contractual.¹³

Por su parte, se hizo entonces ineludible conceder valor jurídico a ese ordenamiento de normas y regulaciones dentro de un cuerpo coherente para otorgar a la información, su principal papel en esa dinámica activa del Derecho. A este respecto se consigna según Varela que:

Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el

¹¹ CARBONELL SÀNCHEZ, Miguel. *Lo derechos de seguridad jurídica*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 31.

¹² PÉREZ LUÑO, A. E. *La seguridad jurídica*. Barcelona, Espiral editores, 1991. pp. 121-137.

¹³ MELDFORD, Antonio. *Normatividad inconsistente en la gestión pública*. Madrid, Trebor ediciones, 1989. p. 32

*ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados.*¹⁴

Estas sujeciones son mínimos comunes que han de propender por cimentar los máximos jurídicos de la gestión pública y todo lo que implica enfatizar los componentes de la administración estatal y privada en beneficio común de una sociedad democrática.

2.3. Naturaleza conceptual de los servicios públicos

En virtud del tema que ocupa el centro de la presente reflexión, como la variable angular que compone esta problemática de la ausencia de uniformidad de la normativa frente a los servicios públicos domiciliarios, es imprescindible contextualizar la naturaleza de los mismos y su esencia ontológica en el quehacer del desarrollo económico de los pueblos. Tal efecto porque las empresas prestadoras deservicios públicos domiciliarios, como parte dominante en la relación contractual, imponen de manera unilateral las condiciones para la prestación del servicio. Igualmente, porque la ineficiencia en el control y vigilancia por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos, SSP, en el caso de Colombia amerita aproximarse al ser y deber ser de los Servicios Públicos Domiciliarios, en adelante SPD.

A continuación, se condensan los aspectos contenidos en la *Ley 142 de 1994* así como las definiciones que igualmente maneja el concepto unificado *SSPD-OJU-2010-2* que emite la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos:

2.3.1. Definición de los SPD. Son aquellos bienes tangibles o intangibles y prestaciones que reciben las personas en su domicilio o lugar de trabajo, para la satisfacción de sus necesidades básicas de bienestar y salubridad prestados por el Estado o por los particulares mediante redes físicas o humanas con puntos terminales en los lugares donde habitan o laboran los usuarios, bajo la regulación, control y vigilancia del Estado, a cambio del pago de una tarifa previamente

¹⁴ VARELA BARRIOS, Edgar. "El Nuevo Esquema de Prestación de Servicios Públicos y Sociales Bajo el Modelo de Descentralización Territorial en América Latina - Algunas Experiencias Relevantes". *IV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. México, D.F. Relatoría 3.

establecida. El servicio público domiciliario es entonces, aquel que reciben las personas en su domicilio o lugar de trabajo y sirven para satisfacer las necesidades básicas de bienestar y salubridad de la población, los cuales son y de conformidad con el *Artículo 1º. de la Ley 142 de 1994* los servicios de Acueducto, Alcantarillado, Aseo, Energía Eléctrica, distribución de Gas Combustible, Telefonía Pública Básica conmutada y la Telefonía local móvil del sector rural.

Este tipo de servicios públicos se diferencia de cualquier otro, porque su prestación se hace directamente en el domicilio o lugar de trabajo de las personas y va dirigido a satisfacer necesidades esenciales, lo que no es predicable de otros servicios públicos como el de transporte y el de salud.

2.3.2. Regulación de los SPD. En Colombia operan bajo la regulación que sobre cada sector realizan las Comisiones de Regulación y la Inspección Vigilancia y Control que frente a la prestación de estos servicios adelanta la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en adelante SSPD.

2.3.3. Usuarios de los SPD. Todas las personas que por cualquier razón utilizan o consumen los servicios públicos domiciliarios. Así, usuario es el propietario, poseedor, tenedor o arrendatario de un inmueble residencial o comercial. Así, cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble, cualquiera que sea la condición en la que lo hace, pues puede estar arrendada o ser la propietaria, u ocupar de cualquier otra manera el inmueble; sin que ello implique un obstáculo que impida ejercer el derecho a recibir los servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando se encuentre en las condiciones previstas por la Empresa para prestar el servicio.

2.3.4. El contrato de servicios públicos y su contenido. Es un acuerdo por el cual una entidad prestadora de servicios públicos se compromete a prestar un determinado servicio público domiciliario, a cambio de un precio en dinero, denominado tarifa. Según la ley, el Contrato de servicios públicos existe desde que la Empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la Empresa. Cuando una persona quiere recibir en su domicilio un servicio

público, celebra un contrato de prestación de servicios públicos con la empresa prestadora, quien ya ha definido previamente las condiciones en las que de forma uniforme prestará sus servicios a sus usuarios.

Ese contrato es el instrumento jurídico en el cual se establecen las condiciones de prestación del servicio público entre la empresa y el suscriptor y/o usuario.

Contiene las condiciones uniformes que señalan los derechos y deberes tanto de la empresa como del suscriptor o usuario, las conductas que se consideran incumplimiento del contrato y que son sancionables, los procedimientos para la práctica de visitas y la imposición de sanciones, el trámite de peticiones quejas y recursos, clases de sanciones, plazos de entrega de la factura, causas de terminación del contrato, etc.

Este contrato no es gratuito, lo cual quiere decir que ninguna persona puede ser exonerada del pago del servicio, sin que medie justa causa para ello toda vez que el pago de la tarifa es elemento fundamental del contrato de prestación de servicios públicos, pues la empresa realiza inversiones e incurre en costos altos para prestar el servicio. y por tal razón es vital que recupere los recursos en que ha incurrido.

Los usuarios tienen derecho a que la empresa preste el servicio en las mismas condiciones para todos los usuarios. Por eso el contrato de servicios públicos es un contrato de condiciones uniformes.

2.3.5. Las partes. La empresa de servicios públicos, el suscriptor y/o usuario. Sin embargo, la ley ha dispuesto que tanto el propietario, o poseedor del inmueble que recibe el servicio, como el suscriptor y los usuarios del servicio son responsables de las obligaciones y deberes establecidos en el contrato. Igualmente, son beneficiarios de los derechos contenidos en el mismo. Esto significa que son solidarios en los deberes, obligaciones y derechos.

2.3.6. Las comisiones de regulación. Son la autoridad pública que puede conceptuar la legalidad de los contratos de condiciones uniformes cuando el contrato se someta a su consideración. En el caso de las Empresas de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, le corresponde a la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico.

2.3.7. El principio de solidaridad. Consiste en que al propietario o poseedor del inmueble, al suscriptor y a los usuarios del servicio, les son exigibles por igual las obligaciones del contrato de servicios públicos, y son beneficiarias de los derechos que surjan de ese contrato. La solidaridad se rompe si la empresa no suspende la prestación del servicio al suscriptor o usuario que incumple con el pago oportuno del servicio durante dos periodos seguidos de facturación.

2.4 Postulados de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios

A partir del tercer periodo de facturación sin que la Empresa haya procedido a suspender el servicio, el único responsable por el pago del servicio es el usuario que se benefició o consumió ese servicio, sin que pueda la empresa cobrarle al propietario, poseedor o suscriptor. No obstante si la Empresa ha cumplido y sigue ejecutando su obligación de suspender, la solidaridad se extenderá, pese a que el incumplimiento se prorrogue en el tiempo.

Basados en esas concepciones de las cláusulas contenidas en la ley citada y asimismo, en la documentación que desglosa la SSP puede derivarse que igualmente, existe la posibilidad que en los inmuebles dado en arriendo, el propietario, no quede vinculado solidariamente al contrato de prestación de servicios públicos, para ello deberá denunciar el contrato y aportar una garantía, conforme lo señala la *Ley 820 de 2002 y el decreto 3130 de 2003*.

En esa línea de análisis y de modo adicional, se entiende que también se rompe si la empresa restablece el servicio sin que el usuario celebre acuerdo de pago, elimine las causas de la suspensión o el corte, el propietario del inmueble no será solidario de las obligaciones que se causen a partir de tal restablecimiento y en consecuencia no estaría obligado al pago del servicio que se preste con posterioridad al rompimiento de la solidaridad.

Desde la óptica particular con que se interpreta la documentación en referencia, concluimos también que esto significa que la solidaridad tiene límites, y uno de esos límites está marcado por la responsabilidad de las partes en la ejecución del contrato. En la aplicación de los principios de solidaridad y redistribución de

ingresos, se pueden conceder subsidios a los usuarios de menores ingresos. Ahora bien, los subsidios pueden entenderse como la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio y su precio y su monto también encuentra límites en la Ley y en la Regulación.

En el mismo sentido acorde al contenido normativo de la ley 142 de 1994, así como al concepto emitido por la SSPD, y en aras de clarificar lo anterior se expone los siguientes criterios:

2.4.1. El conducto de peticiones, quejas y reclamos. Mediante reclamación, petición o queja la cual se formula como un derecho de petición, que es el derecho que tiene toda persona de presentar peticiones, quejas o reclamos de interés general o particular, de manera respetuosa, ante las autoridades públicas o ante particulares que cumplen alguna función pública, con el fin de que sean resueltas pronto y de forma efectiva. Esta petición se puede formular en forma escrita o verbal en las oficinas de atención al cliente de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

Para la presentación del Derecho de Petición escrito debe suministrar la siguiente información: nombre del prestador a quien se dirige, descripción clara de los motivos de la petición, relación de los documentos que anexa, si los hubiere, nombre, firma e identificación de quien presenta la petición, indicar claramente la dirección para recibo de respuesta y en lo posible número de la póliza y correo electrónico, si lo tiene. Así mismo, firma del peticionario y es importante agregar que se debe conservar una copia de la solicitud presentada debidamente radicada por el prestador, para efectuar un seguimiento al trámite de la misma.

2.4.2. Normativa. Ley 142 de 1994 en su Artículo 128 desglosa que el Contrato de Servicios Públicos es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo con estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.” (...)

Como se observa, tras incluir los puntos concluyentes de esta normatividad, pasamos a examinar la pluralidad de los procedimientos que torna complejo el

trabajo de unificación de los mismos en aras de la suficiencia administrativa de los servicios públicos.

3. ANÁLISIS DE LA PLURALIDAD DE PROCEDIMIENTOS EN COLOMBIA

Se esboza el vacío que para los usuarios representa la normativa dispar con que está operando la concepción técnica de los servicios públicos domiciliarios toda vez que cada empresa se rige por una directriz diferente como reflejo de un salto al vacío por parte del Estado en lo que tiene que ver con el control y regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En Colombia, la diversidad de procedimientos en los servicios públicos domiciliarios, coadyuva para que las empresas prestadoras de estos, como parte dominante en la relación contractual, impongan a los usuarios las condiciones uniformes del contrato, lo cual genera un desequilibrio jurídico entre las partes de la relación sin que estos procedimientos tengan un control eficaz por parte de la SSPD.

Por todo esto, la pluralidad de procedimientos creados por las empresas prestadoras de SPD, en las condiciones uniformes del contrato, genera inseguridad jurídica en los usuarios.

3.1. La nueva forma de intervención estatal

A partir de la aprobación del Acto Legislativo 01 de 1986 más los acuerdos de la Constitución de 1991, el nuevo modelo de Estado en Colombia, acarrió la transferencia de los servicios públicos al sector privado lo cual se adelantó desde una visión mercadocéntrica según la cual, el posicionamiento de las lógicas del mercado con la reducción, o desaparición de la intervención del Estado en aquellas funciones que los privados pueden resolver más eficientemente, se fue insertando gradualmente. Uno y otro colocan a la sociedad civil en un protagonismo activo, sea político, en su relación con el Estado; sea económico, en su relación con el mercado, pero ambos la conciben como actor de primera línea.¹⁵

¹⁵ URL <http://hdl.handle.net/10893/2127>[Consultado el 29 de agosto de 2012]

Siendo así, esta reforma conlleva modificaciones que trascienden componentes esenciales en la prestación y en la propia definición de los receptores de los servicios públicos domiciliarios, de suerte que, el rol del Estado ahora ya no como empresario sino como regulador, pone sobre el tapete los objetivos que en esencia, soportan ontológicamente hablando, la modalidad de intervención y el consiguiente impacto en los agentes partícipes del sistema SPD quienes se ven directamente permeados por dicha regulación.

En comunión con el objetivo de la presente reflexión que es establecer cómo, la pluralidad de procedimientos en los SPD genera inseguridad jurídica, se adelanta el ejercicio de comparar la normatividad que en la prestación del servicio de energía eléctrica rige a Barranquilla y las regulaciones que se aplican para Bogotá. No obstante, previo a este ejercicio, cabe esbozar el tinglado de cuestionamientos específicos frente a las normas regulatorias y los organismos de control.

3.1.1. Consideraciones técnicas. En esta nueva tarea, la noción tradicional de servicio público ha ameritado una acomodación de parte de las autoridades públicas y privadas lo que precisa una revisión por parte del Estado de su papel de preservador del interés público respecto a este tipo de servicios. En ese sentido, esta acomodación ha implicado igualmente, identificar las capacidades y las modalidades organizativas adecuadas y convenientes que otorguen garantía al desempeño cabal de los agentes reguladores.

En Colombia este proceso en el que el tamaño del Estado observó algunos cambios gracias al vertiginoso empoderamiento de la industrialización y el nuevo enfoque de la estructura social, la prestación estatal de servicios públicos tal como ocurrió en Argentina, fue pilar para diseñar mecanismos de subsidio a la acumulación de capital.¹⁶ Los papeles de los agentes de este sistema de prestación de servicios, dimensionaron los derechos y deberes de las partes y el Estado se constituyó en garante del acceso a los servicios de la ciudadanía. Por otra parte, Carbonell enfatiza en la articulación entre Estado y sociedad toda vez que, dado que la producción acarrea costos, estos deben cubrirse con recursos públicos. Sin embargo, esto en teoría se sostiene pero ante la crisis fiscal, el concepto universal

¹⁶ BEJARANO. T. *Subsidios y transformación del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 57.

en el Estado colombiano aún no se ha completado en cuanto a total efectividad dado que la insuficiencia en la cobertura en el suministro de agua potable, gas, electricidad y telecomunicaciones, no ha llegado a su máximo en la conformidad de la gestión pública.¹⁷

De hecho, la insatisfacción en esos mínimos de conductas, procedimientos y sanciones dificulta la emisión de una normativa uniforme y estandarizada por cuanto el aparato burocrático interfiere en los procesos reguladores. Siendo así, los máximos que son el curso regulador, los tiempos más las suspensiones y cesaciones se convierten en un reto para la gestión estatal de los servicios públicos.

3.1.1.1. Falencias de la normatividad. Los vacíos consecuentes derivan una dolencia ligada a la privatización que aunque en teoría ofrece transparencia, en la práctica, son las empresas proveedoras las que procuran maximizar las utilidades y es justo donde esos máximos desequilibran los mínimos de la gestión pública porque en el tema de la prestación de los servicios públicos domiciliarios la eficiencia queda a la deriva toda vez que, el Estado únicamente vela por la eficiencia en la asignación de recursos y aunque en teoría cuenta con un órgano regulador como la SSPD, este ente por no ser propietario ni prestador del servicio, observa serias falencias de vigilancia, garantía y control y esto termina reflejándose en la normativa desigual, no uniforme ni estandarizada hasta el punto que cada servicio se rige por normas diversas e incluso en cada sector –llámese Acueducto, Energía, Telecomunicaciones y Aseo- difieren las políticas de una ciudad a otra.

Por su parte, si el Estado no se involucra con una voluntad de compromiso más participativa, los usuarios ven afectados sensiblemente sus intereses. Siendo así, el dejar en manos de la empresa privada una responsabilidad estatal como es la elaboración de la reglamentación para el prestador y los usuarios, implica que en Colombia se crea un ambiente de inseguridad jurídica en el que priman las inconformidades, la confusión ante las posibles contradicciones de las normas y la falta de operancia del ente regulador por responder a las reclamaciones en torno a las anomalías.

¹⁷ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. *Lo derechos de seguridad jurídica*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 22.

Las anteriores consideraciones, en consecuencia con la literatura revisada y el análisis propio de la información recopilada para la claridad del objeto del estudio.

4. EJERCICIO DE COMPARABILIDAD PRESTACIÓN SERVICIO DE ENERGÍA: CASOS BOGOTÁ Y BARRANQUILLA

Se toma en consideración un eje angular respecto a la prestación del servicio de energía basados en los casos de Bogotá y Barranquilla, ciudades prototipo sobre las cuales se ejemplifica el desmedro administrativo que viene observando el mercado mayorista del sector eléctrico en Colombia a fin de determinar márgenes comparables que lleven a determinar hallazgos reveladores de dónde extraer conclusiones para correctivos futuros.

Con lo descrito, las inconsistencias en la normatividad estandarizada, equilibrada y uniforme que es el eje de mínimos y máximos en la prestación de los SPD, tienen un ejemplo en las ciudades capitales de Bogotá y Barranquilla en diversos órdenes. Como base para el propósito de esta reflexión, se toma en consideración el servicio de energía eléctrica.

En esa dirección, el mercado se divide en dos segmentos: mercado de contratos bilaterales (largo plazo) y la bolsa de energía (corto plazo). La energía puede ser transada en bolsa o mediante contratos bilatares con otros generadores, comercializadores o directamente con los grandes consumidores o usuarios no regulados (aquellos cuya demanda es 100 kW o 55 MWh/mes). Adicionalmente, la bolsa de energía (mercado de corto plazo) es un mercado para las 24 horas del día siguiente con obligación de participación para todos los generadores registrados en el mercado con reglas explícitas de cotización y en que la energía por contratos es independiente del precio de corto plazo.

Los comercializadores son los que atienden usuarios y les prestan el servicio de facturación. Les pueden vender a los usuarios no regulados a precios libres y los otros a precios regulados. Los comercializadores y usuarios no regulados celebran

contratos de energía con los generadores, estableciendo el precio de electricidad sin intervención del Estado.

Figura 1



Criterios para el mercado eléctrico

Fuente: Elaborado por los autores de este artículo con base en la información obtenida del Conpes No 2534 del 21 de mayo de 1991

De la figura anterior se desprende que los cuatro criterios con que se regulan los contratos del servicio de energía eléctrica responden a una fase de *preparación* en la que se elaboran cláusulas concernientes a la naturaleza del deber ser del servicio; en la segunda fase de *concientización y visibilización* se dicta una normativa correspondiente a que los participantes –Estado, empresa suministradora y usuario- se hagan conscientes de su rol como reguladores, proveedores y consumidores; una tercera fase responde a que en la tarea de *implementación* desglose las garantías por generadores, transmisores y distribuidores con una puesta en marcha acorde a los parámetros de calidad y finalmente, una fase de *consolidación* en la que se pone a prueba la eficiencia, efectividad y eficacia del servicio mismo.¹⁸

En esta continuidad del análisis del comportamiento específico en la prestación del servicio de Energía Eléctrica, puede darse paso a esbozar y luego contrastar qué unilateralidades se encuentran comunes y qué otras difieren entre lo dispuesto

¹⁸ Conpes No 2534 del 21 de mayo de 1991, Estrategia de Reestructuración del Sistema Eléctrico. Departamento Nacional de Planeación.

contractualmente para Barranquilla y lo previsto para Bogotá a fin de detectar en dónde reside la falencia angular de la unificación de las normas y por consiguiente, la inseguridad jurídica.

4.1. Barranquilla

Con la expedición de la *Ley 489 de diciembre de 1998*, mediante a el Decreto *Ley 1161 del 29 de junio de 1999* y el *Decreto 2515 del 16 de diciembre de 1999*, se ordena transformar a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica -Corelca- en empresa Oficial de Servicios Públicos, reforma que quedó protocolizada en la escritura pública No 2371 del 20 de agosto de 1999 otorgada en la Notaría 45 del círculo de Santafé de Bogotá, denominada actualmente Coreclca S.A. E.S.P. De acuerdo con la *Ley 142 de 1994* se cambió la naturaleza jurídica de empresa Oficial en empresa de Servicios Públicos Mixta.¹⁹

No obstante, Electricaribe S.A. E.S.P. asumió posteriormente la comercialización del servicio hasta la fecha pero no ha sujetado su radio de acción a las leyes que ajustadas a un mercado bursátil ofrecieron la posibilidad de escoger un proveedor por parte de los grandes usuarios de la energía eléctrica en la capital del Atlántico lo cual ha significado que los contratos ponderen el vector de la libre competencia. Al ponderar este vector, la regulación refuerza un cobro exagerado del servicio y obstaculiza la eficiencia en tanto no se pueda observar reducción alguna de costos para competir ampliamente.²⁰

Adicionalmente, como empresa prestadora del servicio ha resultado ser más fuerte que el ente regulador, es decir, la SSPD por cuanto prima el caos dado que el servicio se presta a conveniencia de los intereses políticos de turno.²¹ Siendo así, la empresa ha observado unos procedimientos a antojo del gestor de turno sin que una cláusula del ente vigilante le rija dado que en calidad de conglomerado ha resultado ser una entidad distante del usuario que en Barranquilla se identifica en zonas normales y subnormales dado que muchos asentamientos improvisados

¹⁹ <http://www.corelca.com.co>

²⁰ Fedesarrollo. *Estudios de la regulación de las empresas prestadoras de servicios públicos*. Bogotá, 2011. Informe 22.

²¹ IBARRA, M. *Medición de fuerzas de los entes regulatorios*. Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2009. p. 4.

debido a las precarias condiciones, no están inmersos en la cultura de pago del servicio lo que se ha convertido en un “cuello de botella” para el Gobierno distrital.

Pese a que el contrato de condiciones uniformes del servicio de energía eléctrica consigna en su cláusula 10 sobre condiciones para la prestación del servicio: *“la empresa podrá negarse a prestar el servicio por cualquiera de las siguientes causas o aquellas que determine la Ley: razones técnicas susceptibles de ser probadas que se encuentren previstas en el contrato; cuando la zona haya sido declarada como de alto riesgo, según decisión de la autoridad competente; cuando el suscriptor potencial no cumpla las condiciones establecidas por la autoridad competente, en ningún caso”* (Contrato ref. y consignado por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos), el corte del servicio tanto para la población de las zonas subnormales como para las inmediaciones del aeropuerto como el terminal aéreo mismo, no fue comunicado con antelación por escrito según determina el protocolo, con indicación expresa de los motivos que sustentan la decisión.

El corte del servicio en ese caso ha observado una aplicabilidad indiscriminada por cuanto en el momento de la suspensión del servicio persistía un conflicto de intereses internos en los que dependiendo de la afiliación política del gerente en turno, Electricaribe S.A. ESP aseguraba o retiraba la prestación del servicio sin sujetarse a rendición de cuentas y los recursos de reposición ante la Empresa y en subsidio el de apelación ante el Gerente o Representante Legal de la firma, quien debiera haber remitido los documentos relacionados a la SSPD, no se efectuó.

Tras toda esta descripción, vale detallar la continuidad de este análisis propio y es así como se observa que paralelamente, aunque la SSPD entre sus cometidos tiene revisar lo estatutos de las empresas prestadoras de servicios públicos, en el caso de los procedimientos y las normas que igual debe acoger Electricaribe S.A. ESP, las falencias de la firma no han sido cuestionadas ni revaluadas; el ente regulador no ha observado sanción alguna ante este conglomerado y en el conjunto de procedimientos que rigen a otras ESP, no se advierte para la empresa responsable del suministro de energía de Barranquilla, un control sobre si incluyen en su reglamentación claridad sobre el cobro de intereses a las deudas de los beneficiarios de los servicios y en qué porcentaje lo pueden hacer.

De otro lado, también desde la óptica del análisis propio, si las condiciones uniformes se cumplieran cabalmente, entonces se detecta cómo, las funciones de inspección, vigilancia y control previstas por la *Ley 142 de 1994* y el *Decreto 990 de 2002*, encomendadas a la SSPD no han sujetado a la empresa prestadora del servicio en la capital del Atlántico a regular de modo estándar y observar procedimientos uniformes.

En el caso de Barranquilla las falencias que generan inseguridad jurídica por no obedecer a un margen estándar en la normatividad de los procedimientos de la ESP en referencia son el reflejo de:

- la incompetencia para identificar “los cuellos de botella” técnicos y financieros que presenta el suministro del fluido eléctrico
- la ausencia de un plan de acción regional donde se plasmen compromisos reales de tiempos y obras
- la propiciación de figuras jurídicas que trasladan a la población usuaria las inconsistencias de la prestación aduciendo fraude por parte de esta
- la ausencia de resolución para ordenar auditorías que garanticen el cumplimiento de las normas del ente regulador y de la empresa en sí misma
- la confusión y desidia de parte del operador regional frente a la tarea de regular y definir la capacidad adquisitiva de los distintos segmentos del mercado para estimular el consumo responsable
- la inoperancia ante la tarea de contener las pérdidas mediante la diferenciación entre conductas fraudulentas y conductas de incompetencia del sistema.

Frente a las primeras es preciso combinar las acciones pedagógicas necesarias que instruyan a los usuarios sobre el daño que causan al buen servicio las conexiones ilegales, con el castigo ejemplar a las conductas abiertamente delictivas. Las segundas sólo disminuirán en la medida en que el plan de inversiones para mitigar las debilidades hoy existentes se ejecute debidamente (SSPD, 2012).

4.2. Bogotá

De la Empresa de Energía de Bogotá surgieron Emgesa y Codensa, siendo Bogotá asociada con capital extranjero, en donde la Empresa de Energía de Bogotá conserva los activos de transmisión.

Al revisar la normatividad que defienden los estatutos del contrato que rige a Codensa, vemos cómo, estos subrayan la importancia de ponderar su servicio bajo los parámetros de los mercados competitivos por cuanto Vickers y Yarrow²² sostienen que la competencia regula con eficacia el comportamiento de cada empresa y proporciona incentivos razonablemente buenos para la eficiencia interna y de asignación. Sin embargo, rigiéndose por la SSPD, Codensa difiere en los procedimientos de otras ESP, por variantes determinadas por:

- estatutos propios del monopolio al que pertenece – esta realidad conlleva a mayores costos sin propiciar un ambiente de mayor competencia
- marco de viabilidad social y ambiental - bajo rectores de energía y economía para las urbes, la empresa cifra su prestación del servicio en orden a una óptica de soluciones y riesgos que se distancia en parte de lo contemplado en las condiciones uniformes de la demanda del servicio
- confiabilidad, continuidad y rangos tarifarios – pese a observar una política interna coherente y destacarse entre el sector por su compromiso proactivo, la filosofía de Codensa para el suministro del fluido eléctrico en las metrópolis se aparta de las normas de cobro y medición que aplican para la periferia del casco urbano de la capital y esto traduce un procedimiento diferente en el conducto regular para aprovisionamiento del servicio
- políticas estructurales y estratégicas para los inversionistas – la SSPD si bien vela por las capacidades de los usuarios y el perfil de necesidades del consumidor, no interviene claramente en la política y las estrategias de

²² Op. Cit. 5 RIVERA URRUTIA, Eugenio pp. 555 - 558

crecimiento de la ESP en referencia pues median las disposiciones de la banca multilateral donde Codensa participa a través del mercado bursátil y es así como la racionalización tarifaria no tiene lugar.

En esa dirección, los procedimientos en Codensa aunque en principio se ciñen a la norma del ente regulador, traduce el radio de su acción en mecanismos que si bien contemplan la maximización de la eficiencia, adolecen de avizorar un mercado competitivo en detrimento de un sistema y conducto regular que favorezca al consumidor en forma más equitativa.

A lo anterior se suma que las fuerzas competitivas, propician que en Bogotá los usuarios deban acomodarse a un mercado del servicio de energía eléctrica signado por una filosofía propia de la entidad prestadora del servicio, en este caso Codensa, que acogiéndose a las ventajas del mercado ampara su regulación en el agotamiento del Estado como órgano prestador y ahora garante de dicha provisión.

Así mismo, la deslegitimación del Estado en la prestación del servicio, ha motivado conductas dispares propias de unas condiciones no uniformes pero que en cabeza de Codensa han defendido la prestación de un servicio que evidencia empresas productivas con normas propias y no estandarizadas. Como afirma Clarkson:

En las redes de servicios públicos domiciliarios la privatización mantuvo el carácter monopólico, en algunos casos por tratarse de actividades que tienen características de monopolio natural y en otros -en los que sería técnicamente posible el funcionamiento competitivo del sector- porque se priorizaron fundamentalmente objetivos de estabilización macroeconómica por sobre la introducción de competencia.

A su vez, la modalidad elegida para llevar a cabo la reestructuración empresarial mantuvo situaciones de monopolio regional, especialmente en los mercados minoristas. En el caso del suministro eléctrico, en las capitales latinoamericanas las empresas se dividen el mercado minorista con licencias que les garantizan la prestación del servicio de manera exclusiva durante equis años.²³

Esa exclusividad pone de manifiesto que en el caso de Codensa para Bogotá, los procedimientos se ajustan a condiciones de competencia más que de estandarización de la normatividad regente; las condiciones de eficiencia del mercado regulado quedan sin una observancia más rigurosa por las externalidades

²³ CLARKSON, Edward. *Latinoamérica y su índice de suministro de servicios públicos*. México, Reynal, 2009..

de los escenarios que la misma Codensa se encarga de generar al ser proveedor único en el área.

5. EL PARALELO Y SUS HALLAZGOS

Como se había enunciado al inicio del artículo, para efectos de este análisis y la validez de la comparabilidad de la normatividad y los procedimientos, se tomaron en consideración los dos contratos del servicio energético que rigen las ciudades de Bogotá y Barranquilla y que son del conocimiento público, en aras de establecer los puntos divergentes de su plataforma procedimental para evidenciar la incongruencia de la unificación tal como enuncia el propósito de este artículo.

Por esto mismo, al efectuar el balance de lo acontecido en las empresas prestadoras del servicio, se toman en consideración las falencias comunes que dejan al descubierto la falta de proporcionalidad de las normas en cuanto a necesidades reales y criterios eficaces para la eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Todo este punto es un análisis propio porque en esto se basa el nudo de este examen y de ahí que sean estas las consideraciones particulares de la reflexión.

Descrito el panorama general de las dos ciudades en materia de procedimientos de sus empresas prestadoras, partiendo de la premisa según la cual, los mínimos y máximos de la gestión pública contemplan la regulación uniforme como instrumento de garantía de calidad por parte de los operadores, se observa que prima tanto en Electricaribe S.A. ESP y Codensa la normatividad particular y no universal acarreado que el ente regulador se debilite al no empoderar sus criterios integrales.

Esa circunstancia posee el agravante de tecnificar los procedimientos según cada ESP no con óptica integral sino netamente técnica quedando una puerta abierta a la ausencia de control y estandarización de normas en un mismo sector so pena de arriesgar y socavar la seguridad y confiabilidad que el consumidor ha de observar en hacia el Estado.

Otro agravante es que mientras en Barranquilla se advierte una animadversión por la situación ofrecida por el monopolio que representa Elictricaribe S.A. ESP a través de tarifas excesivas, atropellos en la prestación, medidas a capricho, intereses políticos y no transparencia en los actos administrativos, en Bogotá el consumidor se ciñe a una normatividad estrictamente cerrada dentro de un escenario que si bien competitivo, no resulta del todo sano en su medio y su fin, dada la maximización de las preferencias del mercado lo cual termina sacrificando las condiciones de accesibilidad más equilibrada y por los dictados de la rentabilidad empresarial.

En los dos casos, el principio de inclusión contenido en la dimensión ontológica de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, se encuentra comprometido a las reglas del mercado pero las normas regulatorias que en principio contemplan en las cláusulas de la SSPD la participación ciudadana, en el caso del servicio de energía eléctrica en Barranquilla aprovecha por parte de la prestadora del servicio el desentendimiento del Estado como ofertante y administrador del mismo y únicamente como garante para imprimir más fuerza a su condición de controlador total sin permitir que el ente regulador ejerza vigilancia a satisfacción de los consumidores y de la equidad social. So pretexto de la rentabilidad empresarial, Elictricaribe S.A. ESP ha hecho uso de un esquema troquelado, es decir, casi hermético respecto a sus manejos internos con cláusulas de aparente compromiso pero con resultados nefastos para la fluidez del bienestar tanto de las zonas normales como de las subnormales en que se ha amparado el argumento de sus fallas.

Por su parte, Codensa en Bogotá mantiene una línea cuyo costo financiero demanda la perfilación de maximizadores racionales de utilidades y en aras de tal propósito, se rige por otros procedimientos que difieren en la práctica de lo consentido y establecido por la SSPD en su cláusula de estipulaciones especiales:

El Artículo 128 de la Ley 142 de 1994, prescribe que existe contrato de servicios públicos, aún en los casos en que algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios. Este es el caso, no el único, de los usuarios no regulados a que se refiere el Artículo 11 de la Ley 143 de 1994, los

*cuales, por tener determinada demanda de energía, pueden negociar libremente el precio, alternativa que no tienen los usuarios regulados.*²⁴

Ante esta cláusula, Codensa observa que en sus prácticas de negociación se rige *per se* de su criterio encaminado a minimizar la intervención estatal y esto como es obvio, tiene un componente perverso en la medida que la captura de rentas beneficia directamente a los inversionistas que a los usuarios para quienes el fin último contemplado en la legislación es el bienestar y el mejoramiento de sus condiciones de vida.

Dadas estas disparidades, se suma el que siendo estas dos ESP veladoras de la prestación del servicio de energía eléctrica, su política de regulación se maneja sola e independiente a las condiciones del ente legítimo regulador; lo que en una ciudad se aplica por concepto del mismo servicio, en otra resulta operante otro tipo de procedimiento y esto como es obvio termina en detrimento de la población, de la suficiencia misma del Estado y deja al descubierto el poder de las condiciones monopólicas de prestación y no de las condiciones uniformes.

Muñoz afirma que la endeble intervención del Poder Legislativo en la elaboración de las normas unido al desajuste temporal entre el traspaso de los servicios, la creación de los marcos regulatorios y la puesta en funcionamiento de los entes respectivos, socava desde sus orígenes la eficacia y legitimidad de la política regulatoria y se convierte en uno de los condicionantes centrales para el ejercicio de la potestad controladora estatal.²⁵

5.1. Una falencia angular

Otras inconsistencias que desde la legislación no se han corregido, tienen su origen en el incumplimiento de las ESP de la cláusula 2.12 respecto al *Deber de informar*

²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 (11, julio, 1994), Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial. Bogotá, 1994 No 35949.*

²⁵ (Cfr. Felder y López, 2008) MUÑOZ, O "Hacia el Estado regulador". En Muñoz, O. *Después de las privatizaciones. Hacia el Estado Regulador, Santiago de Chile, CIEPLAN, 2007. p. 24.*

sobre las condiciones uniformes que de conformidad con el Artículo 131 de la Ley 142 de 1994, el principio de amplitud alude a difundir las condiciones uniformes en el territorio donde presten sus servicios.

En los casos analizados de Codensa y Elictricaribe S.A. ESP, no se acoge tal disposición y tal vacío se deriva del legislador mismo que no especifica ni se hace explícito respecto a los medios para adelantar dicha tarea. Así, las empresas se blindan de exigencias muy particulares por parte de los consumidores y cada una se reserva el derecho de hacerlo o no según sus propios criterios sin que se emita sanción alguna del ente regulador lo que conlleva a, entorpecer la fluidez en la comunicación de deberes y derechos adquiridos.

Esa deformidad acarrea la inmadurez en la unificación de los procedimientos ya que al amparo de observar la disposición un ordenamiento incompleto, las prestadoras del servicio dejan a su libre voluntad el impartir o no la información clave de los contratos y en caso de efectuar esa difusión, optan por hacerlo según su propia favorabilidad y conveniencia.

Además de ello, sobre la base de informar, el legislador no contempla que sea nula o parcial dicha tarea, se corre el riesgo de desinformar habida cuenta que son los usuarios los que se someten a una exposición de equívocos por cuanto si el marco constitucional ordena y las prestadoras y comercializadoras del servicio –caso específico ciudades Barranquilla y Bogotá- eluden esa responsabilidad, las condiciones uniformes se lesionan:

Lo que sí se puede deducir es que tiene que ser por medios escritos o impresos por la naturaleza de lo que hay que difundir, que es el texto del contrato. Así las cosas, si en el territorio de cobertura de una empresa existen medios de difusión escritos (como periódicos), la difusión tendría que hacerse por el medio de mayor circulación o a través de textos impresos entregados a los usuarios, o por medio de la publicación de los contratos en los directorios telefónicos en los casos que sea posible. En los sitios en que no exista medios masivos de difusión podrá hacerse a través de textos impresos entregados a los usuarios, o de carteleras fijadas en las Oficinas encargadas de la administración de peticiones, quejas, reclamos y sugerencias.

También podemos derivar otras apreciaciones que desde una posición muy particular, dejan ver las falencias derivadas del incumplimiento de esta cláusula angular obstaculizan el derecho que el usuario tiene de habilitar su mecanismo de protección. Así mismo, en el aspecto de las quejas y denuncias de irregularidades en la prestación del servicio, los procedimientos que tienen que ver con la prontitud de las respuestas y soluciones frente al servicio eléctrico se interpretan a capricho de las ESP en referencia, lo que significa que las condiciones uniformes de las que habla la Corte Constitucional en la sentencia C-924 de 2007 y que deben darse a conocer, resultan amarrándose a las consideraciones particulares de Electricaribe S.A. ESP que observa un mecanismo distinto al de Codensa en el aspecto de atención al cliente y despacho de soluciones inmediatas.

De otro lado, bajo este diagnóstico y análisis propio, en el aspecto de las características formales de los contratos de servicios públicos y la claridad de los mismos, los criterios de concreción, claridad y sencillez no siempre se cumplen. Electricaribe S.A. ESP no los da a conocer y Codensa únicamente emite algunas cláusulas no articuladas y descontextualizadas lo que supone que en el evento de alguna anomalía, se prejuzgue un efecto perverso para eludir responsabilidades.

Si el acceso colectivo al servicio de energía eléctrica queda expuesto en el caso de Barranquilla y Bogotá a los marcos regulatorios que favorecen únicamente la rentabilidad de los operadores, no es posible hablar de seguridad jurídica cuando el mínimo de moralidad y ética queda obstruido y por consiguiente el máximo de cobertura equitativa.

De modo tal que, esta falencia traza el siguiente esquema de inconsistencias derivadas, las cuales a su vez, presuponen una cadena de vacíos tanto para el ente regulador como para los usuarios hasta el punto que en el legislador se identifica la responsabilidad de clarificar el diseño de una política de defensa de la emisión y recepción de los SSPD en general, con la garantía de la seguridad jurídica que cobija por ende, reglas blindadas a prueba de toda violación y fraude.

Las reglas de juego no se articulan entonces dentro de las disposiciones contractuales y la reglamentación queda a la deriva arrasando la posibilidad del mercado social que precisa de subsidios tarifarios y facilidades de pago cuando en

el caso de las zonas subnormales de Barranquilla, no se cuenta con un potencial para una normativa regulatoria que no termine en lo que infortunadamente ha concluido y es la medición de pulso entre los usuarios y las empresas prestadoras del servicio.

6. CRITERIOS DEL RÉGIMEN TARIFARIO EN LOS SPD

En esta parte del contenido se examina el alcance e impacto de la plataforma tarifaria en los servicios públicos domiciliarios una vez desglosados los criterios sobre los que tiene lugar la acción del aparato regulador.

De conformidad con lo dispuesto en los *Artículos 14.10, 14.11 y 88* de la *Ley 142 de 1994*, en materia de servicios públicos domiciliarios existen tres modalidades de tarifas aplicables frente a la prestación de dichos servicios. Dichas modalidades, al tenor de lo dispuesto en el *Artículo 88 ídem*, se adscriben a un único régimen de regulación y son las siguientes:

a) libertad total - Modalidad que presupone la existencia de condiciones de competencia perfecta que deben ser verificadas por la respectiva comisión de regulación

b) libertad vigilada - Modalidad en donde las condiciones de competencia se acercan a la competencia perfecta, y en donde no deben existir, en consecuencia, empresas que tengan una posición dominante en el mercado. La posición dominante, y la situación de competencia entre proveedores, deben ser señaladas previamente por la respectiva Comisión de Regulación, y esta ejercerá revisión de la información tarifaria que, para el efecto, deberán reportar los respectivos proveedores.

c) libertad Regulada - Modalidad en la cual las empresas deben ajustar sus tarifas a las señaladas por la respectiva Comisión de Regulación, en casos en que la competencia no sea de hecho posible (simulación de la competencia), o cuando esta no pueda desarrollarse de manera óptima teniendo en cuenta las especificidades del respectivo mercado.

Como nota característica de las modalidades enunciadas, se encuentra que en todas ellas juega papel preponderante el concepto de la Comisión de Regulación respectiva que, en todos los casos, definirá cuál es la modalidad tarifaria aplicable, en el marco de un único régimen de regulación.²⁶

Ahora bien, dentro del marco de la libertad regulada (escenario típico en Colombia), y de conformidad con lo dispuesto en el *numeral 88.1 de la ley 142 de 1994*, las empresas fijarán sus precios de prestación teniendo en cuenta las disposiciones que para el efecto expidan las Comisiones.²⁷

En ese contexto, teniendo en cuenta los respectivos estudios de costos, las Comisiones pueden señalar precios techos y pisos por actividad, los cuales son de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas. En efecto, la *Ley 142 de 1994* le asignó a las Comisiones de Regulación, entre otras, las siguientes funciones:

- (i) definir criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos
- (ii) establecer las fórmulas para la fijación de las tarifas
- (iii) determinar, cuándo deben establecerse los regímenes de libertad total, libertad vigilada o libertad regulada
- (iv) impulsar la actuación administrativa para la determinación de las fórmulas tarifarias.

De tal suerte, que hoy en día, las Comisiones de Regulación están en la obligación de definir las fórmulas tarifarias que son aplicadas por los respectivos prestadores, según el servicio o actividad que desarrollen.

Algunos de los aspectos más cuestionados de estos organismos devienen de su conformación y funcionamiento, fuertemente vinculados con el Poder Ejecutivo

²⁶ OSPINA RIAÑO, Andrés. *Fraude en Servicios Públicos Domiciliarios y facultad sancionatoria de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Doctrina Jurídica Unificada en materia de Servicios Públicos Domiciliarios*. Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD, 2009. p. 1.

²⁷ El Observatorio, 2011. SSPD. p. 5.

Nacional, de las restricciones de información y recursos que limitan su capacidad de fiscalización y de los claros signos de captura por parte de las empresas reguladas.

Además de un conjunto de cuestiones de orden político que explican estos fenómenos, existen criterios específicos que deberían ser sometidos a discusión. El contacto frecuente entre entes y empresas reguladas y la mayor capacidad de presión empresaria originada en la disponibilidad de recursos técnicos y de información configuran una situación de sobrerrepresentación de los intereses de los operadores privados en el proceso de regulación que se refuerza por la dependencia económica de estos organismos - financiados con recursos provenientes de las propias empresas reguladas- y por la ausencia de participación institucionalizada de las asociaciones de usuarios en los entes reguladores, como contrapeso necesario para contrarrestar esta situación.

Suele argumentarse que el carácter de jueces administrativos atribuido a los entes reguladores inhibe la posibilidad de que exista representación de los usuarios en sus directorios, ya que estaría consagrando un desequilibrio para con el sector empresario. Sin embargo, la contradicción primordial radica en las propias funciones de juez y de defensor de los derechos de los usuarios que poseen los organismos de control, en tanto no es posible constituirse como una instancia de mediación y, a la vez, proteger los intereses de una de las partes. Dicha cuestión excede el plano de la reflexión teórica si se toma en cuenta que, en la práctica, el "vacío de representación" de los usuarios en los entes comienza a ser cubierto por otras oficinas públicas, entre ellas el Defensor del Pueblo de la Nación y, en menor grado, la Dirección de Defensa del Consumidor.

En general, al evaluar la actuación de los entes reguladores se ha puesto mayor énfasis en apuntar los déficit de "competencias técnicas" como condicionantes para la efectiva implementación de sus potestades de contralor. Si bien no es posible eludir el efecto de estos déficit a la hora de alcanzar los objetivos de política dispuestos, merece también destacarse que la ausencia de participación de los usuarios en el control de los servicios privatizados afecta a las necesarias

"competencias sociales"²⁸ que deberían estar involucradas en este proceso. Incorporar la "contraloría social" a las cuestiones de orden técnico implica una revisión de la propia concepción de la institucionalidad regulatoria en la medida en que se admite que la responsabilidad de exigencia de cuentas a los prestadores de los servicios no puede recaer exclusivamente en el estado y que los propios receptores deben tener incidencia en el control.²⁹

CONCLUSIONES

Dado que la pluralidad de procedimientos en los SPD en Colombia generan inseguridad jurídica, al efectuar el paralelo entre la prestación del servicio de energía entre Bogotá y Barranquilla mediante el examen de mínimos y máximos, quedan claros los siguientes hallazgos que se articulan bajo el siguiente marco conclusivo:

1.- Las inconsistencias normativas de regulación de los servicios públicos domiciliarios obedecen directamente a la falta de una política general de regulación clara, proactiva, transparente y eficaz puesto que ontológicamente se definen y defienden unos principios de la estructura regulatoria pero en la práctica esta se contradice por los tropiezos operativos, unilaterales y desiguales.

2.- No existe un esquema regulatorio consistente que otorgue garantías a los consumidores en tanto la rentabilidad de las empresas prima sobre el derecho y bienestar de los usuarios y este desbalance trae consigo una pugna entre Estado, ESP y consumidores.

3.- Si se observa el caso de Barranquilla como ciudad gravitacional en el Caribe colombiano, se hace necesario que en materia de prestación del servicio de energía eléctrica, se estructure una tarea de coordinación de las tareas que en el orden evaluativo adelanten los órganos rectores e igualmente el Ministerio de Minas y

²⁸ CUNILL GRAU, N. "La rearticulación de las relaciones Estado-Sociedad: en búsqueda de nuevos sentidos". En *Reforma y Democracia. Revista del CLAD*. Nº 4, Caracas, julio, 1995. pp. 14 - 17

²⁹ *Ibíd.*

Energía en orden a sentar las bases de una política de regulación con sentido de oportunidad, beneficio y proyección de los mínimos y máximos que anteceden la norma.

Paralelamente, se encuentra que son las audiencias públicas el escenario que acogen los reguladores y tienen gran aceptación respecto a la participación de los usuarios en aras de viabilizar sus sugerencias.

Además de esto, la facultad de llamar a las audiencias es total competencia de las empresas, siendo esta práctica un ejercicio netamente unilateral sin paso claro y firme a la uniformidad frente a los vacíos que demandan solución de parte de las ESP.

4.- Se observan serias asimetrías en la regulación que colocan en situación bastante desigual a los usuarios en aras de la rentabilidad empresarial de manera que por cada vacío operacional surge un nuevo tropiezo administrativo, en parte para dilatar los compromisos adquiridos y distraer la inconsecuencia de los mecanismos.

Siendo así es válido concluir igualmente que la prestación del servicio queda sujeta a unas reglas no muy claras y equitativas para los usuarios de modo que la voluntad de cobertura no se advierte de modo autodecidido sino por imposición del ente regulador que también carece de una plataforma de acción puntual y efectiva.

5.- En esa secuencia de hallazgos también amerita subrayar que el órgano legislador adolece de claridad respecto a lo que significa definir pautas de regulación puntuales y precisas en virtud de no contar con una política general de regulación en que el fortalecimiento del concepto de carácter público que asiste a los servicios esenciales, quede desentendido de los escenarios cambiantes propios de los mercados.

6.- Para que la política regulatoria opere desde una perspectiva tridimensional, es decir, *diligente*, *democrática* y *dinámica* los mínimos y los máximos de eficiencia deben obedecer al derecho ciudadano, no únicamente para salvaguardar este sino

insertar a los agentes y sectores que en la esfera socioeconómica juegan un rol sinérgico y optimizador.

BIBLIOGRAFÍA

- Conpes No 2534 del 21 de mayo de 1991, Estrategia de Reestructuración del Sistema Eléctrico. Departamento Nacional de Planeación.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 19 (10, enero, 2012), Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, 2012 No 48.308.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 (11, julio, 1994), Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá, 1994 No 35949.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ley 143, (11, julio, 1994), por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética. Diario Oficial Bogotá, 1994 No. 41.434.

- Banco Mundial. *El Estado en un mundo en transformación. Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997*. Washington, 1997.

- Banco Interamericano de Desarrollo. *Mínimos y máximos de la regulación pública*. Washington D.C., 2008

- Fedesarrollo. *Estudios de la regulación de las empresas prestadoras de servicios públicos*. Bogotá, 2009.

- BEJARANO. T. *Subsidios y transformación del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. *Lo derechos de seguridad jurídica*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004

- CUNILL GRAU, N. "La rearticulación de las relaciones Estado-Sociedad: en búsqueda de nuevos sentidos". En *Reforma y Democracia. Revista del CLAD*. N° 4, Caracas, julio DEVLIN R, (1993) "Las privatizaciones y el bienestar social". En *Revista de la Cepal* N° 49, Santiago de Chile, 1995.
- CLARKSON, Edward. *Latinoamérica y su índice de suministro de servicios públicos*. México, Reynal, 2009
- Enciclopedia jurídica. Barcelona, Adelfos editores, 1999
- FELDER, Ruth y LÓPEZ Andrea. "Estado y mercado en la post-privatización. Algunas reflexiones sobre la regulación estatal de los servicios públicos privatizados". En: *Terceras Jornadas Internacionales Estado y Sociedad. La reconstrucción de la esfera pública*. Buenos Aires, Equipo NAYA, 1998.
- HIRSCHMAN, A. *The Rhetoric of Reaction*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.
- HOTTOIS, Gilbert. *El paradigma bioético. Una ética para la tecnociencia*. París, Edelfine, 1990
- IBARRA, M. *Medición de fuerzas de los entes regulatorios*. Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2009.
- MAIRAL, H. "La ideología del servicio público". En *Revista de Derecho Administrativo* N° 14. Buenos Aires, 1993.
- MELDFORD, Antonio. *Normatividad inconsistente en la gestión pública*. Madrid, Trebor ediciones, 1989.
- MUÑOZ, O "Hacia el Estado regulador". En Muñoz, O. *Después de las privatizaciones. Hacia el Estado Regulador*, Santiago de Chile, CIEPLAN, 1996.
- OSPINA RIAÑO, Andrés. *Fraude en Servicios Públicos Domiciliarios y facultad sancionatoria de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Doctrina*

Jurídica Unificada en materia de Servicios Públicos Domiciliarios. Bogotá: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD, 2009

- PÉREZ LUÑO, A. E. *La seguridad jurídica*. Barcelona, Espiral editores, 1991

- RAWLS, John. *Una propulsión justa para un mundo injusto*. México, Fondo de Cultura Económica. 1976 p. 126.

- RIVERA URRUTIA, Eugenio. “Las Teorías de La Regulación en las Perspectivas de las Políticas Publicas”. En: *Revista Gestión y Política Pública, volumen XIII. Número 2*. II semestre de 2004.

- SINGER, Peter *Ética y Desarrollo. El pan que retienes le pertenece al hambriento*. México, Fondo de Cultura Económica. 1993

- STOKER, G. "Public-Private Partnerships and Urban Governance", en J. Pierre (dir.), *Public-Private partnerships in Europe and the United States*, Londres: Macmillan. 1997

- VARELA BARRIOS, Edgar. “El Nuevo Esquema de Prestación de Servicios Públicos y Sociales Bajo el Modelo de Descentralización Territorial en América Latina - Algunas Experiencias Relevantes”. *IV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. México, D.F.,

WATSON WYATT Spain. Noticias: código unificado: el nuevo marco regulatorio del gobierno corporativo. En: <http://www.watsonwyatt.com/europe/spain/pubs/TendenciasOnline/render2.asp?id=16280>