

**MECANISMOS LEGALES Y ADMINISTRATIVOS PARA LA DEFENSA DE LAS  
EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE DISTRIBUCIÓN  
DE GAS COMBUSTIBLE POR REDES**

**RAFAEL RODRIGUEZ ORTIZ**

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA  
FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DE DERECHO  
NEIVA  
2008**

**MECANISMOS LEGALES Y ADMINISTRATIVOS PARA LA DEFENSA DE LAS  
EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE DISTRIBUCIÓN  
DE GAS COMBUSTIBLE POR REDES**

**RAFAEL RODRIGUEZ ORTIZ**

**Monografía para optar el título de  
Abogado**

**Director  
DIANA MARCELA ORTIZ  
Abogada**

**Co - Director  
JAIRO ENRIQUE MUÑOZ MANTILLA  
Ingeniero Civil  
Especialista en Administración de Obras Civiles**

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA  
FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DE DERECHO  
NEIVA  
2008**

## NOTA DE ACEPTACIÓN

---

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

Neiva, Junio 03 de 2008

## **DEDICATORIA**

A mi hijo Rafael Santiago, a mi esposa Diana Marcela,  
a mis padres Rafael y Myriam por todo su apoyo y colaboración.

## **AGRADECIMIENTOS**

El autor expresa sus agradecimientos a la Universidad Surcolombiana y de manera especial a la Dra. Diana Marcela Ortiz por su colaboración en la formación de esta monografía y al Ing. Jairo Enrique Muñoz por prestarme la asesoría en lo relacionado con las ESP de Distribución de Gas Combustible por redes y con ello forjar un catálogo de oportunidades jurídicas para el buen desarrollo de estas empresas en el mercado nacional colombiano.

## CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	13
1. OBJETIVOS	15
1.1. GENERALES	15
1.2. ESPECÍFICOS	15
2. JUSTIFICACIÓN	17
3. MARCO TEÓRICO	19
3.1. LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO	19
3.1.1. <i>Derecho Público y Derecho Común</i>	19
3.1.2. <i>Los servicios públicos y su incursión en el derecho administrativo</i>	21
3.1.3. <i>El concepto de servicio público y su validez</i>	22
3.1.4. <i>Qué son los servicios públicos</i>	23
3.1.5. <i>Naturaleza del concepto “servicio público”</i>	26
3.1.6. <i>El “servicio público domiciliario”</i>	27
3.2. REGULACIÓN ESTATAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS	30
3.2.1. <i>La regulación como una función administrativa a cargo del Estado</i>	30
3.2.2. <i>El Estado de empresario a regulador</i>	33
3.2.3. <i>La regulación colombiana en la Constitución Política de 1991</i>	33
3.2.4. <i>La reforma legislativa de los servicios públicos domiciliarios</i>	36

3.3.	MARCO REGULATORIO EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	39
3.3.1.	<i>Ley 142 de 1994</i>	43
3.3.2.	<i>Naturaleza Jurídica de la Ley 142 de 1994</i>	43
3.4.	LOS PRESTADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	44
3.4.1.	<i>Las Empresas de Servicios Públicos</i>	45
3.4.2.	<i>Fundamentos Constitucionales de las ESP</i>	47
3.4.3.	<i>Los municipios como operadores de servicios públicos domiciliarios</i>	48
3.4.4.	<i>Empresas de Servicios de Distribución de Gas Combustible</i>	50
3.5.	EL CONTROL EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	51
3.5.1.	<i>Aspectos generales del Control</i>	52
3.5.2.	<i>El control reservado al Estado</i>	54
3.5.3.	<i>La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD)</i>	54
3.5.4.	<i>La función administrativa de la SSPD</i>	56
3.6.	OTROS ORGANOS DE CONTROL	58
3.6.1.	<i>Ministerio de Minas y Energía (MME)</i>	58
3.6.2.	<i>Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)</i>	60
3.6.3.	<i>Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)</i>	60
3.6.4.	<i>Unidad de Planeación Minero Energética (UPME)</i>	62
3.6.5.	<i>Empresa Colombiana de Gas (ECOGAS)</i>	63
4.	HALLAZGOS Y CONFRONTACIONES FRENTE AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN PLANTEADO	65
4.1.	PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	65

<i>4.1.1. Fundamentos Legales</i>	66
<i>4.1.2. Dosimetría Sancionatoria</i>	67
<i>4.1.3. Características de los Actos Sancionatorios de la SSPD</i>	68
4.2. MECANISMOS DE CONTROVERSIA DE LOS ACTOS SANCIONATORIOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	68
<i>4.2.1. Revocatoria Directa</i>	69
<i>4.2.2. Acción de Simple Nulidad</i>	70
<i>4.2.3. La Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho</i>	71
<i>4.2.4. Jurisprudencia</i>	73
<i>4.2.5. Recurso de Apelación</i>	76
<i>4.2.6. Recurso de Queja</i>	78

## 5. CONCLUSIONES

## BIBLIOGRAFÍA

## ANEXOS

Anexo A. Marco Legal de los Servicios Públicos Domiciliarios.

Anexo B. Relatorías Jurisprudencia.

## GLOSARIO

**COMISIONES DE REGULACIÓN:** (Artículos 68 y 69 Ley 142 de 1994): *Unidades administrativas especiales*, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscritas al respectivo ministerio, así: a) Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico; b) Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía; c) Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones. Señalan las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

**CREG:** Comisión Reguladora de Energía y Gas.

**C.P.:** Consejero Ponente

**ESP:** Empresa de Servicios Públicos

**EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL:** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

**EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA:** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

**EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA:** Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

**M.P.:** Magistrado Ponente

**REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS:** La facultad de dictar normas de carácter general para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos.

**SIC:** Superintendencia de Industria y Comercio

**SSPD:** Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

**UPME:** Unidad de Planeación Minero – Energética

## **RESUMEN**

En la presente investigación se describen los mecanismos de defensa legal y administrativo con que cuentan las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes frente a la imposición de sanciones por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Dicho análisis parte básicamente de la prestación del servicio público de distribución de gas combustible por redes y consecuentemente bajo la perspectiva de las empresas de servicios públicas que desarrollan dicha función, esbozando sus principales obligaciones y así mismo la función de control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en contexto con otros órganos de control a los que se hará alusión oportunamente.

En este orden de ideas, en el transcurso de la investigación y tratándose de mecanismos de defensa legales y administrativos, encontramos herramientas en el Código Contencioso Administrativo y basados en la Teoría del Acto Administrativo hallamos acciones como la de Revocatoria Directa, la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la Acción de Simple Nulidad; y de igual forma analizamos la procedencia de recursos ordinarios en materia de servicios públicos, tal es el caso del recurso de apelación y el recurso de queja.

De la misma forma, la investigación se apoyará en los pronunciamientos jurisprudenciales y la relación de diferentes conceptos y resoluciones desarrolladas por la citada superintendencia que tienen estrecha relación con los mecanismos indagados y que a su vez han aportado elementos importantes para configurar la parte resolutive y conclusiva de esta investigación.

## INTRODUCCIÓN

Observando el artículo 66 de la Ley 489 de 1998 encontramos las *Superintendencias* como organismos creados por la ley y que, dentro de los límites de la autonomía administrativa y financiera que la misma les señala, cumplen funciones de Inspección y Vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) se encuentra adscrita al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y si bien la reforma administrativa de 1998 no consagró expresamente funciones generales para todas las superintendencias, debemos tener en cuenta que las funciones de cada una de ellas dependen de las normas respectivas de creación y reorganización. Esas funciones, serán obviamente, las relacionadas con el nombre de cada superintendencia, sobre todo en materia de inspección y vigilancia.

Así mismo, tenemos que el concepto de Empresas de Servicios Públicos (E.S.P.) hace parte de la nueva orientación institucional consagrada en la Constitución de 1991, que permite que los servicios públicos sean prestados por el Estado en gestión directa o indirecta, por las comunidades organizadas o por los particulares, pero siempre sometidos a la intervención del Estado, que es el encargado de la planeación, la regulación, el control y la vigilancia de los servicios.

Derivado de las directrices constitucionales, encontramos que el régimen jurídico fijado por el legislador en materia de Servicios Públicos Domiciliarios, está contenido, entre otras, en la Ley 142 de 1994 y en virtud de dicha normatividad tenemos que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios está dotada de capacidad sancionatoria en ejercicio de sus funciones. En este punto vale la

pena resaltar que ésta es una función accesorio, puesto que antes de ello dicho órgano de control debe velar por la protección de los usuarios y para ello debe garantizar a su vez la protección de las E.S.P. a través de mecanismos tendientes a apoyar, asesorar e intervenir tales empresas para que la prestación del servicio público solicitado sea efectivo y eficiente; sin embargo, en algunas ocasiones se observa que la Superintendencia en cuestión procura más por ejercer su facultad sancionatoria antes que direccionar la finalidad social de las Empresas de Servicios Públicos.

Ahora bien, con la presente monografía buscamos identificar los mecanismos legales y administrativos con que cuentan las Empresas de Servicios Públicos de Distribución Gas Combustible por redes para defender sus intereses frente a las actuaciones de cualquier índole que adelante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y demás entes de control; analizando los alcances y efectos del agotamiento de la vía gubernativa y dentro del marco del debido proceso.

Dichos mecanismos no se agotan en la mera descripción de los ya existentes sino que se configuran al sentir de la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia y no son materializados concreta y oportunamente dentro de la defensa de las empresas de servicios públicos.

Frente a lo anterior debemos tener en cuenta que si bien las empresas de servicios públicos tienen una responsabilidad administrativa y social, también es necesario observar que dentro de sus fundamentos estructurales y funcionales tienen un Objeto Económico y un Objeto Social, los cuales deben ser respetados en sede de control y vigilancia y específicamente en orden sancionatorio.

En mérito de lo expuesto, la presente monografía busca responder el siguiente interrogante:

**¿Cuáles son los mecanismos de defensa legal y administrativo con que cuentan las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes para proteger sus derechos frente a las actuaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios?**

## **1. OBJETIVOS**

### **1.1. OBJETIVO GENERAL**

Identificar cuáles son los mecanismos de defensa legal y administrativo con que cuentan las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes para proteger sus derechos frente a las actuaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

### **1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Establecer el procedimiento administrativo empleado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para la imposición de sanciones y su respectivo marco normativo.
- Precisar el Régimen de Control y Vigilancia de la SSPD frente a la actividad de las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes.
- Recopilar el marco resolutorio y normativo empleado por la SSPD para sus actuaciones y el alcance del mismo frente a las Empresas de Servicio Público Distribución de Gas Combustible por redes.
- Identificar otros organismos que ejerzan funciones de regulación, revisión, control, aprobación, inspección y vigilancia sobre las actividades propias de las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes.
- Establecer y recopilar los mecanismos legales existentes utilizados en el Código Contencioso Administrativo y su aplicación en materia de servicios públicos domiciliarios.

- Analizar y recopilar los pronunciamientos jurisprudenciales en materia de servicios públicos domiciliarios y su influencia y efectos en los mecanismos de protección de las empresas de servicios públicos de gas combustible.
- Examinar la estructura funcional y organizacional de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y sus bases doctrinales y constitucionales.
- Identificar la normatividad empleada por al SSPD y otros organismos para la gradación sancionatoria y su proporcionalidad con los hechos presentados.

## 2. JUSTIFICACIÓN

Teniendo en cuenta la problemática a abordar, consideramos que la importancia de realizar esta monografía radica en los siguientes justificantes: en primer lugar, el carácter novedoso de la investigación debe ser una causa de apoyo por parte de la comunidad académica, ya que si bien diversas facultades e institutos han planteado el análisis y estudio respecto a los servicios públicos domiciliarios y esenciales, no se ha realizado una investigación enfática en materia de mecanismos legales existentes para que las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes confronten las actuaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, puesto que si bien es la prestación de un servicio a la comunidad debemos tener en cuenta que dicho servicio trae consigo elementos jurídicos constitucionales, civiles e incluso penales, que serán vislumbrados en la monografía.

En segundo lugar consideramos importante para efectos jurídicos y legislativos trazar una descripción de mecanismos de protección legales y administrativos que constituyan elementos de defensa y brindar a las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes fundamentos legales y jurisprudenciales que permitan controvertir oportunamente tales decisiones, puesto que estas no cuentan con índice de gradación y proporcionalidad específica y enmarcada dentro de las actuaciones de la SSPD.

Finalmente y como motivación principal que nos lleva a adelantar esta monografía, confiamos en que el presente trabajo y sus resultados *a posteriori*, contribuyan a enriquecer los conceptos jurídicos y legales de como los mecanismos de defensa ante la vigilancia adelantada por la SSPD, cuando en su materialización práctica se pueden observar falencias en su función sancionatoria pero con la connotación

que podamos brindar mecanismos legales a la E.S.P. de Distribución de Gas Combustible por redes partiendo de la observación de los fines sociales y así garantizar la prestación del servicio público domiciliario a la comunidad.

Es así como esperamos encontrar nuevos elementos que configuren la relación entre organismos de control y Empresas de Servicios Públicos y de ésta manera equiparar en cierta medida la gran normatividad existente para la relación vertical entre Empresas de Servicios Públicos y los Usuarios, generando igualdad de oportunidades. En este punto vale la pena resaltar que la SSPD no es tomada como un organismo de control autónomo sino que se manejará dentro de un contexto sobre el cual se derivan otras entidades complementarias a la función de control, inspección, regulación y vigilancia.

### 3. MARCO TEÓRICO

#### 3.1. LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

En este numeral se mostrarán cómo algunos aspectos generales de la denominada *teoría del servicio público*<sup>1</sup>, fundada en la solidaridad social y la prevalencia del interés común sobre el particular mantienen completa vigencia, justificación y pertinencia dentro del contexto del Estado Social de Derecho colombiano adoptado dentro de la Carta Política de 1991. Si bien es cierto, estas han sufrido un cambio evidente tanto en sus formas de gestión como en la prestación de los servicios públicos pero ello no es óbice para que no sean afectadas por la intervención del Estado amparado en las funciones de regulación, control, inspección y vigilancia respaldadas en la norma fundamental colombiana; y aquello cobra importancia si se tiene presente que los servicios públicos son inherentes a la función social del Estado para garantizar eficazmente su prestación.

Dado su alcance tanto individual como colectivo, los servicios públicos están sometidos a un régimen jurídico especial de orden constitucional y legal<sup>2</sup>; además, su planeación, regulación, control y vigilancia están en todos los casos asignados al Estado como se dijo anteriormente.

##### 3.1.1. *Derecho Público y Derecho Privado*

La relación entre derecho administrativo y derecho privado es cada vez más notoria. Y ello se corrobora con la consolidación de dichas instituciones con una mayor secuencia en el campo jurídico y social. Se hace casi indiscutible que tanto

---

<sup>1</sup> Cfr. ACUÑA José G. y BELTRÁN Francisco. *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª Edición. Madrid. Librería Española y Extranjera Príncipe. 1926. Pág. 71 y 73.

<sup>2</sup> Basado específicamente en la Ley 142 de 1994 y otras reglamentarias.

el Estado como los particulares se someten a las reglas propias del derecho común o privado y a las reglas propias del derecho administrativo o público.

El equívoco está en concebir que el derecho común o privado rige exclusivamente las relaciones jurídicas entre particulares y que el derecho administrativo se ocupa solamente de aquellas en las que el Estado toma partido cuando la evolución jurídica ha demostrado en muchos casos tesis que demuestran lo contrario.

En realidad, su diferenciación se encuentra en el tipo de relaciones jurídicas donde prime la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes; o si se trata de relaciones jurídicas intervenidas o reguladas por el Estado en las que la libre autonomía de la voluntad privada tiene notorios márgenes.

Tal como lo establece Atehortua Ríos<sup>3</sup>: *“La denominación ‘derecho administrativo’ obtiene en este contexto una nueva dimensión. Su núcleo no es el de ser el derecho aplicable a la Administración, entendiendo por tal el Estado, sino más bien, el que se aplica a relaciones jurídicas en las que pueden ejercerse potestades públicas, generalmente por el Estado pero también por los particulares.*

*De idéntica manera sucede con el ‘derecho común o privado’, que ha dejado de ser de exclusiva aplicación en las relaciones entre los particulares, porque también se ejerce en las entidades estatales cuando se busca que estas entidades actúen en un plan de igualdad con otros sujetos del derecho”.*

Así las cosas concluir que el derecho administrativo está en decaimiento sería aceptar la tesis de que lo público y lo privado se separan de manera radical, que dicho sea de paso, no es cierto. La práctica nos demuestra que el derecho administrativo ha abarcado un gran espacio en las dinámicas sociales por la intervención del Estado en muchos aspectos de la sociedad, garantizando con ello su pertinencia y vigencia en el tiempo.

---

<sup>3</sup> ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto. *“Servicios Públicos Domiciliarios, proveedores y régimen de controles”*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

La discusión se basa en establecer qué es privado y qué es público. Una vez lograda esta distinción podremos aseverar que el derecho administrativo se ocupa de los hechos, actos, contratos y servicios públicos, por oposición al derecho privado que trata de las relaciones ordinarias entre los particulares.

En síntesis, la verdadera separación no está dada entre el derecho aplicable al Estado y el que se aplica a los particulares, sino sobre el derecho que se aplica a lo público, sea estatal o privado, y el derecho aplicable a las relaciones privadas de origen estatal o particular.

### **3.1.2. Los servicios públicos y su incursión en el derecho administrativo**

Como vimos en su momento, en la delimitación de lo público y lo privado, los servicios públicos desempeñan un papel fundamental y por ello se hace necesario saber qué constituye, y qué no, esta modalidad de servicios prestados por el Estado y los particulares.

Realizar dicha caracterización interesa para configurar una teoría del servicio público que permita fortalecer la actividad legislativa en materia de servicios públicos y especialmente en el caso de los domiciliarios lo cual se reflejaría de manera positiva en el círculo relacional entre los usuarios, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y los entes de control.

Las dificultades al momento de realizar la delimitación planteada se genera al adicionar términos a la denominación ‘servicios públicos’ tales como *esenciales*, *domiciliarios* y otros que en efecto no reflejan las necesidades de las personas, es decir, como lo concluye Atehortua Ríos<sup>4</sup> “(...) *no todos los servicios públicos tienen la misma incidencia en la vida social, ni registran el mismo grado de esencialidad frente a sus usuarios*”.

---

<sup>4</sup> ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto. Op. Cit.

Así las cosas, entendemos por servicios públicos, las actividades, entidades u órganos públicos o privados con personalidad jurídica creados por la constitución o por la ley, para dar satisfacción en forma regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, bien en forma directa, mediante concesionario o a través de cualquier otro medio legal con sujeción a un régimen de derecho público o privado, según corresponda, esto es, determinan el grado de desarrollo de una sociedad. Son servicios públicos la educación, la salud, la recreación, la provisión de víveres, el suministro de agua potable, de energía eléctrica, de comunicaciones, el transporte, la distribución de gas combustible y, en fin, las múltiples actividades que son propias de la vida en sociedad.

La necesidad de garantizar el acceso a la totalidad de los administrados, en condiciones de alta eficiencia, a los beneficios de las prestaciones propias de los servicios públicos, es lo que justifica la intervención del Estado en esas actividades para someterlas a un régimen jurídico especial. Precisamente, es a ese régimen al que hoy puede denominarse “teoría del servicio público”.

### **3.1.3. El concepto de servicio público y su validez**

Se pretende dejar en claro que quienes en Colombia sostiene que el concepto “servicio público” está llamado a desaparecer –y con él probablemente el derecho administrativo– no coinciden con la realidad jurídica basada en la actual condición económica, social y política de nuestro país, ratificada tanto en la Constitución<sup>5</sup> como en la ley<sup>6</sup> y en diferentes pronunciamientos de la jurisprudencia de los altos tribunales<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> El inciso 1º del artículo 365 de la Constitución Política establece: “Art. 365: Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

<sup>6</sup> El artículo 2º de la Ley 142 de 1994 define claramente cuáles son los fines del Estado al intervenir en los servicios públicos.

<sup>7</sup> Se hace referencia a la abundante jurisprudencia producida en los últimos años sobre la materia en especial a la que ha expedido la Corte Constitucional.

La introducción en el derecho de los servicios públicos, de instituciones propias del derecho privado, en especial del derecho comercial y de la competencia, no puede entenderse como una renuncia a la teoría del servicio público sino como su renovación y enriquecimiento con base en disciplinas afines. Este fenómeno ha operado en doble vía: el derecho administrativo ha enriquecido al económico, y éste a su vez, al administrativo.

La evolución de la economía, y con ella la del derecho, han determinado que el papel del Estado es dejar de ser el único ente prestador de servicios públicos para garantizar el acceso universal de los ciudadanos a los mismos, haciendo que su rol de intervención esté centrado en la fijación de políticas de planeación, regulación, control y vigilancia de los diferentes proveedores del servicio.<sup>8</sup>

Es imperativo y necesario entender que el objeto del Derecho y la Economía ya no es el “Estado, como ente dedicado a la prestación de los servicios públicos”, sino que es “lo público y en particular el servicio público”, en sentido objetivo.

El Estado ha replanteado su papel, ha dejado de ser el prestador **exclusivo** de los servicios, para reasumir la responsabilidad de garantizar una prestación eficiente a la totalidad de los habitantes del territorio.

#### **3.1.4. Qué son los servicios públicos**

Enmarcados en campo del derecho administrativo encontramos que los “servicios públicos” corresponden a actividades de interés general a través de las cuales se satisfacen necesidades a terceros, actividades éstas sometidas a un régimen jurídico especial, no sólo para garantizar la protección de los usuarios, sino además determinadas condiciones de eficiencia y calidad en orden de atender los mandatos constitucionales.

---

<sup>8</sup> Es éste el sentido interpretativo del artículo 365 de la Constitución Política.

Los servicios públicos corresponden a actividades que satisfacen necesidades de carácter general, permanente y continuo, para un amplio sector de la sociedad y se asocian a la calidad de vida de los ciudadanos y a su desarrollo económico y social. En consecuencia, deben estar sometidos a la dirección, regulación y control del Estado y, en general, a un régimen jurídico especial.

Es importante tener en cuenta que esta definición de servicio público no toma en cuenta quién lo presta, sino las características materiales o esenciales de los mismos así:

- Son actividades que contienen prestaciones

En primer lugar, es necesario atender el contenido material del servicio público: se hace referencia a la existencia de una “prestación” que consiste en el uso de un bien o de un recurso como la información, la educación, la seguridad, la energía eléctrica, el agua potable, el transporte o las comunicaciones. En segundo lugar, se analiza que quien recibe el servicio obtiene una prestación con la cual puede satisfacer diferentes clases de necesidades.

Basados en lo anterior, tenemos que el concepto “servicio público” involucra dos términos: El primero es el de “*servicio*”, esto es, la recepción de una prestación. Debe distinguirse entre servicios y actividades; cuando yo mismo me proporciono una prestación en realidad lo que hago es una actividad y no un servicio.

El segundo término implica que para que exista servicio debe haber una prestación o una actividad suministrada por un tercero, que es su proveedor y que podría ofrecerlo o no al público. Luego un mismo recurso podría ser objeto de un servicio o de una actividad; así, por ejemplo, cuando para satisfacer la necesidad de consumir agua la recibo de un tercero estoy en presencia de un servicio; en cambio, cuando para obtener agua recurro a mis propios medio ara proporcionarla, estoy realizando una actividad.

Desde esta perspectiva, los servicios, según su magnitud e identidad, pueden distinguirse entre servicios públicos y servicios privados. Los públicos son

aquellos que no sólo se ofrecen al público, sino que cumplen algunas condiciones de esencialidad calificada por el ordenamiento jurídico. Por oposición, los servicios privados son aquellos que se ofrecen al público, pero por no estar asociados a prestaciones consideradas esenciales, no se someten a un régimen jurídico especial.

- Son actividades que satisfacen necesidades esenciales que tienen los usuarios

La prestación que se ofrece en los servicios públicos debe tener una connotación de esencialidad, es decir, no se trata de cualquier prestación. Debe tratarse de aquellos tipos de bienes que afectan la calidad de vida de los ciudadanos o el desarrollo económico y social de una comunidad. Este hecho conlleva un carácter relativo e histórico, calificador de cada actividad como servicio público o no, según el contenido y alcance de sus prestaciones y su incidencia en la sociedad.

Jurisprudencialmente *“el carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales. Ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad”*<sup>9</sup>.

- Las necesidades que se satisfacen son carácter general, permanente y continuo.

Para que una actividad merezca ser tratada como servicio público, debe hacer referencia a una prestación de carácter general. Esto implica a todos los miembros que integran una sociedad y debe hacerse con el fin de satisfacer necesidades que se prolongan en el tiempo, es decir, permanentes y que normalmente, no se satisfacen de una vez sino que son de tratos sucesivos o continuos. Sin embargo, todos estos conceptos tienen un alcance relativo, pues

---

<sup>9</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 473 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

es posible que un servicio público sea esencial para un amplio sector de la sociedad que lo requiere y trivial para algunos miembros del mismo conglomerado.

### **3.1.5. Naturaleza del concepto “servicio público”**

La naturaleza del concepto servicio público está asociada a las actividades o prestaciones que realiza un proveedor a terceros con el fin de satisfacer necesidades que afectan su calidad de vida individual o el desarrollo de la vida colectiva; por lo tanto, se reitera, esas actividades deben ser intervenidas por el Estado sometiéndolas a un régimen jurídico especial.

Como se ha afirmado, no es de la esencia del concepto “servicio público” el ser prestado por el Estado o que ese proceso se haga en forma monopólica. Perfectamente puede ser prestado por el propio Estado o por entidades estatales y particulares en concurrencia, o exclusivamente por particulares, pues su núcleo no se determina por quien lo presta, sino por su incidencia en la vida social.

Pero no basta afirmar que, tratándose del derecho, la clasificación de “servicio público” corresponde a una mera decisión arbitraria del legislador, porque lo que se pretende es realizar en el Estado Social de Derecho la concreción de un valor social: la solidaridad. Antes de la calificación legislativa está la protección constitucional. En el caso colombiano, acertadamente predica la Carta Política que *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”*<sup>10</sup>.

Lo esencial del concepto “servicio público” se asocia al concepto solidaridad social e interés general. Éste es el valor que el Estado debe perseguir al calificar una actividad o prestación con esta connotación y lo que justifica su intervención, no para prestarlo, sino para garantizar que todos pueden acceder al mismo en condiciones mínimas de calidad.

---

<sup>10</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Art. 365

### **3.1.6. El “servicio público domiciliario”**

Como se ha afirmado, una de las posibles calificaciones que puede darse a la expresión “servicio público” es la de “servicio público domiciliario”. De ella se derivan importantes consecuencias jurídicas, objeto precisamente de la compilación normativa y jurisprudencial que se esbozará capítulos adelante.

En primer lugar es necesario indicar qué son servicios públicos domiciliarios. Se trata de aquellos cuyas prestaciones o recursos son disfrutados desde su domicilio por los usuarios. Además, se prestan a través de redes físicas o humanas o satisfacen necesidades esenciales, calificadas de esta manera por el legislador.

Desde esta perspectiva, la calificación de domiciliario que se da a un servicio público deriva de la concurrencia de tres elementos:

- Que el servicio se reciba en el domicilio (puede ser el lugar donde se habita o se trabaja, es decir, en términos más genéricos y amplios el lugar donde las personas pueden ser localizadas).
- Que se preste mediante la utilización de una red, física o humana.
- Que a través de los servicios que se prestan se satisfagan necesidades esenciales de los usuarios que merecen tener una especial protección por parte del Estado.

Obviamente, el legislador, en su tarea de concretar cuáles son y cuáles no son servicios públicos domiciliarios, deberá tomar en cuenta las previsiones constitucionales vigentes sobre la materia y, además, los límites de libre configuración. Por lo tanto, si bien puede calificar cuáles actividades constituyen servicios públicos domiciliarios y cuáles no, debe hacerlo emitiendo criterios de razonabilidad en la calificación sin desbordarlos, al punto de darle el tratamiento de tal a una actividad que sin duda no lo constituya; o por el contrario, desconocer esa condición a otra actividad que si lo es.

La determinación de una actividad como servicio público domiciliario produce efectos jurídicos, en algunos casos de orden constitucional y compartido con otros principios.

Los más importantes son:

- Ser inherentes a la función social del Estado, que debe garantizar su eficiente prestación en la totalidad del territorio.
- En condiciones especiales de soberanía o de interés social, el Estado puede reservarse su prestación.
- Estar sometidos al régimen especial que determine la ley, en especial en lo relativo a fijación de competencias y responsabilidades, cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario.
- Las tarifas no pueden reducirse al simple precio económico, esto es, a los costos más una utilidad razonable, ya que además deben incluir un factor de solidaridad y redistribución de ingresos.
- Pueden ser prestados por el Estado en gestión directa o indirecta y también, por las comunidades organizadas o por los particulares.
- La regulación, el control y la vigilancia están a cargo del Estado.
- Pueden ser prestados por los municipios cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y lo aconsejen.
- Pueden ser objeto de subsidios originados en recursos del presupuesto de la Nación, de las entidades territoriales y de las entidades descentralizadas.
- Los usuarios tienen una protección especial.
- El control a la gestión empresarial y la protección de los usuarios se le han asignado constitucionalmente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

La Ley 142 de 1994 no regula la totalidad de los servicios públicos domiciliarios ni se limita a esta clase de servicios.

Entender que la Ley 142 de 1994 es igual a la ley de servicios públicos domiciliarios no es correcto, porque no regula a todos los servicios que tienen la condición material de públicos domiciliarios. Además, tiene un amplio ámbito de aplicación que se extiende a servicios diferentes a los domiciliarios y a las actividades complementarias de los mismos, que se deduce del tenor del literal de su artículo primero.

Efectivamente en su artículo 1º, la Ley 142 de 1994 dice que ella se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural; además, se aplica a actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos, a las actividades complementarias de los mismos y, finalmente, a otros servicios públicos previstos en normas especiales de la misma ley.

Por consiguiente, el ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994 se refiere a cuatro componentes diferenciables:

- A algunos de los servicios públicos domiciliarios: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural.
- A las actividades complementarias de los servicios, en los términos definidos en el artículo 14 de la ley referida.
- A las actividades que realizan los prestadores de los servicios determinados en el artículo 15 de dicha ley.
- A otros servicios a los cuales, sin tener la calificación de domiciliarios, la ley explícitamente se refiere.

En conclusión, la Ley 142 de 1994 sólo se refiere a algunos de los servicios públicos domiciliarios, pero su ámbito de aplicación incluye algunos servicios y actividades que no lo son.

## **3.2. REGULACIÓN ESTATAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

A comienzos del decenio de 1990 ocurrió algo en Colombia que para la mayoría de los ciudadanos pasó desapercibido y fue que el Estado deja de realizar algunas funciones que desde hacia ya más de cuatro décadas venía ejecutando.

Es el caso de la provisión monopólica de servicios públicos domiciliarios (acueducto, alcantarillado, electricidad y telecomunicaciones, entre otros) que antes eran suministrados exclusivamente por el Estado y ahora pasaron a ser funciones también de la empresa privada. El Estado se ha convertido esencialmente en agente planificador, regulador, vigilante y controlador de las acciones del sector privado.<sup>11</sup>

### **3.2.2. La regulación como una función administrativa a cargo del Estado**

La regulación, entendida como la competencia para intervenir en la economía, es una función a cargo del Estado, que no puede ser ejercida por los particulares. Se trata de una competencia derivada de la Constitución, que le impone al Estado el deber de intervenir la economía para racionalizarla, 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.<sup>12</sup>

Esta competencia, que inicialmente le corresponde al Presidente de la República por mandato constitucional, es diferente a su competencia reglamentaria ordinaria. Se ocupa de aplicar las leyes y hacerlas aplicables y está orientada a un campo específico, el económico.

---

<sup>11</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, Carlos Andrés y VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. *“Regulación de los servicios públicos: redefinición constitucional del Estado colombiano. Un estudio crítico constitucional de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios”*. Universidad de los Andes. Legis. Bogotá. 2001.

<sup>12</sup> Entendido bajo la luz del artículo 334 de la Constitución Política.

En este grado de desarrollo del derecho la regulación tiene una triple orientación:

1. Promoción de la competencia.
2. Protección de los usuarios.
3. Promoción del servicio universal.

Una de las discusiones más álgidas en el derecho de los servicios públicos es la relativa a lo normativo o no del contenido de la regulación. El tema no es pacífico porque su alcance deriva del concepto que se tenga del derecho. Es así que, para algunos, debe asumirse una posición simplista del derecho y afirmar que desde el punto de vista formal sólo la ley tiene contenido normativo. Pero la ley es lo que hace el Congreso y nada más. Por lo tanto, la regulación no tiene alcance normativo de ningún orden.

Un análisis material del asunto seguramente conducirá por otro camino y permitirá llegar a conclusiones bien diferentes. Norma no es lo mismo que ley en sentido formal, ni ley en sentido formal es el producto de la acción legislativa adelantada por el Congreso. La ley en sentido material es todo acto de contenido normativo capaz de crear, modificar o extinguir obligaciones jurídicas.

La regulación en Colombia puede ser de contenido general o particular y no se discute su sujeción a la Constitución, la ley y los reglamentos. Pero lo que sí debe afirmarse es que posee un contenido normativo que vincula a los agentes del sector de los servicios. Se trata de normas de intervención en la economía, que por mandato constitucional le corresponden al Estado. En concreto, son competencias del Presidente de la República, que puede delegar en agencias estatales, como lo ha hecho en las Comisiones de Regulación.

En materia de servicios públicos domiciliarios la producción del derecho se somete a un conjunto complejo de grados de elaboración normativa, en los que en primer lugar está la constitución, que fija normas generales, principios y valores. A la ley justamente le corresponde mandar o dirigir la intervención en la economía y, en

particular, en los servicios públicos dentro de los lineamientos, principios, valores y mandatos previstos en la Constitución.

La regulación en principio sólo le corresponde al Presidente de la República, pero en virtud de una autorización constitucional puede delegarla en las Comisiones de Regulación, para el caso de los servicios públicos domiciliarios.

Siendo como es una atribución técnica sometida a los mandatos de la Constitución y de la ley, la actividad regulatoria no pone en juego el Estado democrático de derecho, porque no ha invadido la órbita de competencia de autoridades democráticas elegidas. Lo que hace es reconocer el alcance técnico de una actividad administrativa, que, convenientemente ejercida por una autoridad colegiada, le dé estabilidad y seguridad jurídica.

Lo anterior no significa que se pretenda que los organismos reguladores actúen invadiendo órbitas de competencias legislativas ni jurisdiccionales, pues su labor es estrictamente administrativa y ejercida dentro de los límites de la ley.

Debe quedar claro que es equivocado entender una regulación limitada a establecer tarifas y promover competencia. En la fijación de tarifas, la labor regulatoria tiene un ámbito mucho más amplio, pues debe orientar su labor a los usuarios y el abuso de proveedores de los servicios por su posición dominante. También es labor de la regulación promover la ampliación permanente de la prestación de los servicios y el acceso a la totalidad de la población.

En materia tarifaria, es notorio el interés de los operadores por obtener unas tasas que recuperen sus costos y proporcionen una remuneración razonable a la inversión. No sucede lo mismo cuando se trata de desarrollar solidaridad, que permita a los estratos más bajos de la población recibir subsidios y menores tarifas para facilitar su acceso a los servicios.

### **3.2.3. El Estado de Empresario a Regulador**

La discusión sobre el papel que debe cumplir el Estado en la economía no es nueva; han pasado ya varios siglos desde cuando se inició este debate. Encontrándose posiciones diversas, incluso polarizadas, de cómo debe entrar a participar el Estado en los asuntos económicos. Es el caso de la discusión entre liberalistas e intervencionistas: para los primeros hay que respetar las reglas de juego libre del mercado; para los segundos no es suficiente con esta actitud, para lograr el crecimiento y desarrollo que debe tener la sociedad es necesario la intervención del Estado en la actividad económica.<sup>13</sup>

Un ejemplo claro de la disputa entre estas dos vertientes se presentó, en el tercer decenio del siglo veinte, con la llamada *Crisis de los años treinta*. Allí las políticas económicas de mercado no lograron presentar soluciones a la crisis, y terminó por imponerse las acciones del Estado. Es precisamente en la tercera década donde nace una nueva forma de actuar el Estado, forma que se desarrolla y consolida en el decenio de 1960, pero que finalmente, después de cinco décadas, trata de desaparecer y abre paso al Estado regulador. En esta nueva forma de Estado su intervención se dirige a colocar barreras de entrada a la competencia (monopolios legales), a exigir licencias y registros a empresas, a restringir precios a ciertos bienes y servicios, a autorizar lugares para localización, cobertura obligada para atender, concesiones de territorios exclusivos y a trazar restricciones sobre la calidad y la estandarización, entre otras muchas actuaciones.

### **3.2.4. La regulación colombiana en la Constitución Política de 1991**

Se puede decir que la Constitución Política de 1991 cuenta con elementos tanto del Estado liberal como del Estado benefactor. Ella es fruto de la participación de muchas fuerzas políticas del país, que dieron como resultado una Constitución

---

<sup>13</sup> CUERVO, Luis Mauricio. *Et al. Economía Política de los servicios Públicos. Una visión alternativa*. Cinep. Centro de Investigación y Educación Popular. Bogotá. 1998.

híbrida, catalogado como el evento más democrático de la historia política de Colombia.<sup>14</sup> En la Constitución conviven elementos liberales como la libertad de empresa, la defensa de la propiedad privada, la primacía de la competencia; y elementos propios del Estado de bienestar como las declaraciones genéricas sobre el gasto social como elemento fundamental del Estado de derecho y el acceso a vivienda digna y el libre acceso a otros bienes meritorios.

De esta manera el Estado colombiano, en 1991, inicia una nueva etapa en su historia, caracterizada por lograr una gran transformación de la estructura estatal, afectando los distintos aspectos de la realidad económica del país.

La Constitución estableció una nueva forma de concebir al Estado en la economía, incorporó en su articulado varios aspectos hasta ahora poco presentes en la ella:

i) Reconoció al mercado, y con ello a la economía, como factor fundamental de la organización política; ii) Estableció la iniciativa privada para el desarrollo de grandes empresas como factor que genera bienestar social; iii) La actividad lucrativa de los servicios públicos como actividad económica privada; iv) Paso de una etapa donde el Estado era el único ente económico capaz de prestar los servicios públicos a uno donde los privados lo pueden hacer, es decir, abandono del monopolio estatal sobre la prestación de servicios públicos y la posibilidad con ello de privatizarlos. Lo anterior da muestra de la importancia que tiene el tema de los servicios públicos domiciliarios en la Constitución.<sup>15</sup>

Ellos están consagrados en el Título XII relativo al *Régimen Económico y de la Hacienda Pública*, Capítulo V denominado *De la finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos* (que consta de seis artículos, del 365 al 370). En la Constitución se define a los servicios públicos domiciliarios como toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regulada y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se

---

<sup>14</sup> KALMANOVITZ, Salomón. *“Las instituciones colombianas en el siglo XX”*. Libros de Cambio. Alfaomega. Bogotá. 2001.

<sup>15</sup> PALACIOS MEJÍA, Hugo. *“Los servicios públicos domiciliarios en la Constitución”*. El Navegante Editorial. Bogotá. 1996.

realice por el Estado directamente o por personas privadas. Esta definición abre la posibilidad de que los agentes privados ofrezcan servicios públicos y con ello se asocian nuevos derechos para los ciudadanos, como el derecho económico a la competencia (artículo 333), a la libertad económica, a la propiedad privada, a la libertad de iniciativa privada y a evitar el abuso de posiciones dominantes en el mercado.

De esta manera el Estado, con relación a los servicios públicos domiciliarios, debe buscar por todos los medios de no establecer monopolios, inclusive liquidar los que él tiene (aunque también advierte que los monopolios oficiales podrán existir si cumplen con los requisitos de eficiencia; en caso contrario, se deben enajenar a terceros), e impedir los abusos que firmas o personas puedan hacer de su predominancia en el mercado. Se tiene entonces que el mercado de bienes y servicios gozará de una amplia competitividad. Y esto se debe básicamente a que el Estado debe actuar bajo el criterio constitucional de la eficiencia (el logro del máximo rendimiento con lo menores costos) y que se logra con la competencia. Pero a su vez la nueva Constitución consagró como una obligación del Estado asegurar la prestación oportuna y eficiente de los servicios públicos domiciliarios a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365). Pues esto hace parte de la idea de Estado Social de Derecho. Le da un carácter de servicio esencial, relacionado con la dignidad de la vida en el ámbito de la libertad e intimidad, lo que hace necesario que el Estado no pueda dejar completamente al sector privado la prestación de estos. De esta manera, se reconoció el derecho que tienen los ciudadanos de exigir al Estado la provisión de los servicios públicos esenciales para su bienestar. En esta idea los servicios públicos expresan una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados, la relación individuo-Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca sino la de ciudadano-servidores públicos.

Por tanto, aunque sean los particulares los que presten el servicio, es el Estado el que está en obligación de regular, controlar y vigilar el servicio (Art. 365). En el

mismo artículo dice que le corresponde al Estado la dirección, coordinación y control en la prestación de los servicios públicos, en cuya actividad se permite la participación de los particulares o comunidades organizadas. Dado el carácter tan importante que tiene el servicio, la ley tiene la obligación de reservar la regulación, la inspección y la vigilancia. Por ello en la Constitución queda explícito que la regulación de los servicios públicos pertenece al Estado, y, de ninguna manera, a organismos mixtos o a asociaciones o gremios particulares (artículos 150, 365, 367, 369 y 370). En el artículo 334 se fija la intervención estatal “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, (...) en los servicios públicos (...) para racionalizar la economía (...) para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (...) para promover la productividad y la competitividad (...)”. Obsérvese que la promoción de la productividad y la competitividad son fines no incluidos en el artículo 32 del ordenamiento constitucional anterior.

### ***3.2.3. La reforma legislativa de los servicios públicos domiciliarios.***

Aquella filosofía de Estado regulador, plasmada en la Constitución de 1991, fue adoptada en el país tres años más tarde, a través de las leyes 142 y 143 de 1994, llamadas *Ley de Servicios Públicos Domiciliarios* y la *Ley Eléctrica*, respectivamente, y con las cuales se da el proceso de reestructuración de la industria de servicios públicos domiciliarios. Para el caso específico de la industria eléctrica el proceso de reestructuración implicó la construcción de un marco institucional acorde con los desarrollos tecnológicos, regulatorios y de mercado que presentaban esta industria en particular y la economía en general. Con ellas se pone en funcionamiento el nuevo esquema comercial para el mercado competitivo de la energía, basado en la participación privada (así entre 1995 y 1999 la relación entre generadores públicos y privados que era de 16 a 1, pasó de 13 a 25), mostrando un aumento significativo de la participación privada en esta actividad, en la creación de la bolsa de energía, en contratos a largo plazo, en

desmante gradual de subsidios, en la separación de las actividades de la industria (generación, transmisión, distribución y comercialización) y, con ello, en el incremento de la competencia en todo el sistema.

El nuevo modelo de los servicios públicos domiciliarios está concebido para que funcione bajo la lógica de los negocios privados y que el Estado esté focalizado en las funciones de planificar, regular, control y vigilar de su prestación. Una lógica que vino a transformar el ambiente y la dinámica que el sector traía desde hacia ya varias décadas, caracterizada por el predominio de empresas estatales, carentes en su mayoría de orientación comercial; la existencia de subsidios excesivos e indiscriminados; la injerencia política en las decisiones de asignación de los recursos; la confusión en los objetivos y medios de la acción pública; en fin, la debilidad institucional e inexperiencia en las funciones estatales de regulación y control.

En el tema específico de la regulación, la Ley 142 de 1994, define la regulación de los servicios públicos domiciliarios como: «La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de ésta Ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos» (artículo 14, numeral 18). Así, la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. La regulación debe promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia,

adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado<sup>16</sup>.

La regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal<sup>17</sup>, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquellos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros. Para realizar esta función regulatoria, la Ley dotó al Estado de nuevos entes que le ayudaran en esta labor. Esto es posible debido a las atribuciones que la Constitución le asignó al Congreso de la República de determinar la estructura de la Administración Nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica (Art. 150). En virtud de esta disposición, el órgano legislativo creó en la Ley 142 de 1994 las comisiones de regulación de servicios públicos (Art. 69). Estas entidades aparecen como “unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio”, hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional (artículos 38 y 48 de la Ley 489 de 1998), e integran la Administración Pública, en tanto les han sido asignadas funciones administrativas y por eso, respecto de aquéllas, el Presidente de la República actúa como suprema autoridad administrativa (Art. 189) y son nombrados directamente por él.

Las comisiones de regulación creadas fueron tres: Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA–, adscrita al antiguo Ministerio de Desarrollo Económico hoy fusionado y convertido en el nuevo Ministerio de

---

<sup>16</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 116 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>17</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 599 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial, Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible –CREG–, adscrita al Ministerio de Minas y Energía, y la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones –CRT–, adscrita al Ministerio de Comunicaciones. A cada una de ellas se le considera competente para regular el servicio público respectivo. El artículo 73 de la Ley 142 de 1994, señala que las comisiones tienen como fin promover la libre competencia y regular los monopolios, en orden a una prestación eficiente de los servicios.

Las comisiones son órganos especializados de *carácter técnico* encargados de contemplar en la órbita puramente administrativa, con arreglo a la ley y a los reglamentos y previa delegación del Presidente, las pautas orientadas a intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquellos y defender los derechos de los usuarios<sup>18</sup>.

Las comisiones entonces tienen una función delegada por el Presidente de señalar, de conformidad con la ley, las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Se trata de una facultad directamente atribuida del legislador directamente a las comisiones de regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y la ley.

### **3.3. MARCO REGULATORIO EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, Colombia adoptó un nuevo régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, el cual se caracteriza por:

i) Una connotación eminentemente social, ya que propenden por el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, razón por la cual deben ser prestados de forma eficiente, ii) Constituyen un asunto de Estado, por lo tanto se encuentra dentro de la órbita de lo público justificando así no solo el intervencionismo del Estado, sino la obligación de prestarlos a todos los habitantes, iii) Su régimen

---

<sup>18</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 272 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

tarifario debe consultar criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos, iv) Su prestación es descentralizada ya que corresponde a las entidades territoriales gestionar y en último caso prestar directamente tales servicios, por último v) El Estado, por razones de interés público puede reservarse la prestación de alguno de los servicios previa aprobación del Congreso e indemnización a quienes estaban en capacidad de prestarlos.

Así mismo se abandonó el concepto de gratuidad predominante en el Régimen anterior, de modo que en la actualidad, los usuarios deben contribuir al sostenimiento de las empresas por medio del cargo fijo. Otro cambio que reviste gran importancia es que el Estado no ejerce monopolio sobre los Servicios Públicos Domiciliarios, sino que simplemente actúa como garante en la prestación de los mismos.

Dado que la Constitución establece que la regulación de los servicios públicos domiciliarios es genéricamente estatal, consideramos pertinente establecer cuál es la interpretación de este concepto a la luz, del régimen de competencia en materia de regulación para cada uno de los intervinientes dentro del proceso regulatorio, bien sea, por facultad asignada en la Norma Superior o por la Ley que hoy nos rige, a la luz de la Jurisprudencia más relevante emitida por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado. Desde este punto de vista, parece pertinente precisar el sentido que el Constituyente de 1991 quiso dar al término regulación y que también fue aludido por la Ley 142 de 1994, caso en el cual la Corte precisó que la regulación asignada como función a entes diferentes al legislativo no debe entenderse como distribución de las competencias del legislador, sino como la facultad de dictar normas de carácter general, para someter la conducta de las personas basado no solo en las prescripciones legislativas, sino también en las políticas de Gobierno que para tal fin se tenga.

De este modo, tenemos que la Norma Superior asignó al legislador la facultad de proferir el régimen general, entendido como el establecimiento de normas básicas

relativas a la naturaleza, extensión y cobertura, carácter esencial de los servicios públicos domiciliarios, fijación de competencias, criterios generales que regirán su prestación, financiamiento y régimen tarifario, entre otras materias.

En lo referente a los demás intervinientes dentro del proceso regulatorio, de acuerdo con la Corte Constitucional en fallo del 25 de febrero de 2003, el reparto de competencias en materia de servicios públicos entre la rama ejecutiva y legislativa, no sigue el rigorismo de las leyes marco, y por el contrario el Congreso de la República dispone de un mayor régimen de configuración para poder determinar las estructuras que pondrán en funcionamiento las políticas trazadas. Adicionalmente, encontramos que el Constituyente se abstuvo de crear un ente regulador como si lo hizo en materia de televisión. Fue la Corporación Legislativa quien creó la CRA y la CREG, en virtud de lo establecido en el artículo 150 numeral 7º de la Constitución, que faculta al legislador para crear las Comisiones de Regulación como Unidades Administrativas Especiales adscritas a un Ministerio y cuyas funciones regulatorias se encuentran demarcadas dentro del artículo 68 de la ley 142 de 1994. Este último reproduce parte de lo establecido en el artículo 370 de la Carta, que asigna al Presidente de la República las funciones de fijar las Políticas Generales de Administración y el Control de Eficiencia de los Servicios Públicos Domiciliarios, para cuyo ejercicio se asignaron por vía de delegación a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), y la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

En materia de regulación estas Comisiones han sido facultadas para regular las siguientes materias: i) Regulación de monopolios y prevención de la competencia desleal, ii) Regulación tarifaria, dentro de lo que se comprende: definición del régimen de libertad que se aplicará a las empresas, establecimiento de metodologías para la adopción de formulas necesarias para la fijación de tarifas, establecimiento de criterios para otorgar subsidios, iii) Regulación de la Calidad del servicio, y iv) Regulación de la Gestión Empresarial. Sin embargo, esta delegación de funciones que plantea la Ley 142 a las Comisiones de Regulación

ha generado posiciones encontradas en los ciudadanos, razón por la cual en repetidas ocasiones la norma ha sido demandada, provocando el pronunciamiento de nuestra Corte Constitucional, en virtud de legalidad de la delegación, la naturaleza jurídica de las Comisiones y las facultades con las cuales el legislador ha revestido a estas entidades.

Adicionalmente el artículo 370 de la Constitución estableció que el Presidente de la República ejercerá funciones de control, inspección y vigilancia de los servicios por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Esta entidad, ha sido facultada para vigilar y controlar la debida aplicación del marco regulatorio, vigilar y controlar el cumplimiento de la ley, sancionar las violaciones a la misma y a los actos administrativos, vigilar y controlar los contratos de las empresas de servicios públicos y sus usuarios y vigilar la utilización de los subsidios concedidos a las clases menos favorecidas. De lo anterior puede concluirse que la función de la superintendencia no es de carácter regulatorio, sino más bien un control administrativo. Respecto de otras autoridades que intervienen en el campo regulatorio, debe decirse que estos tienen la función de formular políticas para que las Comisiones de Regulación ejerzan sus funciones y dentro de estas autoridades pueden mencionarse los Ministerios de Desarrollo y Medio Ambiente, Ministerio de Salud, Departamento de Planeación Nacional, y Ministerio de Hacienda (Miembros de la Comisión de Regulación de agua potable y saneamiento básico) y el Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda, Director Nacional de Planeación en el caso de la CREG.

Finalmente en lo que se refiere a las entidades territoriales es necesario aclarar que el artículo 368 Superior, faculta a los Distritos, Departamentos y Municipios a conceder subsidios con la finalidad de permitir el acceso de los menos favorecidos a los servicios públicos domiciliarios. Sin embargo cabe hacer una precisión respecto de los municipios, que en virtud de la ley 142 de 1994 en caso de no existir una entidad que esté en condiciones de prestar el servicio, el municipio deberá asumir la prestación del mismo con ayuda de la nación. Por su parte la ley

505 de 1999 establece que corresponde a los alcaldes, asesorados por el Comité permanente de Estratificación, la finalidad de determinar cuál es la población que se beneficiará con los subsidios y que parte de la población debe contribuir a ellos para dar aplicación a los principios de solidaridad y redistribución de ingresos.

### **3.3.1. Ley 142 de 1994**

La Carta Política de 1991 fue clara al precisar en su artículo 367 que *“la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios (...)”*. Es así como el órgano legislativo en Colombia crea hacia el año de 1994 la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios cumpliendo así el mandato constitucional y dando desarrollo a otras disposiciones del mismo tenor.

### **3.3.2. Naturaleza Jurídica de la Ley 142 de 1994**

De conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la propia Ley 142 de 1994, ella es una ley ordinaria que manda al Estado intervenir en los servicios públicos y por lo tanto se inscribe dentro de las prescripciones contenidas en los artículos 334 y 370 de la Constitución Política. No se trata propiamente de una ley de facultades, ni de autorizaciones y mucho menos de una ley marco. Es una ley mandataria que ordena la intervención del Estado en los servicios públicos, en manos del Presidente de la República, utilizando los instrumentos a que hace referencia el artículo 1º de la propia ley, en especial la regulación, la vigilancia y el control de las empresas y de los servicios que ellas prestan.

La importancia de la determinación de la naturaleza jurídica de la ley radica en definir las competencias que el Presidente puede ejercer en desarrollo o aplicación de las mismas y si los actos de aplicación del derecho que el Presidente puede expedir en relación con este asunto son simples decretos reglamentarios ordinarios, que no pueden ir mas allá de la aplicación de la ley o hacerla aplicable;

o si en realidad el Presidente ejerce una competencia diferente en relación con el tipo de ley que desarrolla.

Las competencias reglamentarias ejercidas por el Presidente mediante la expedición de actos administrativos ordinarios son diferentes de la actividad legislativa que le corresponde al Congreso, pero no todos los decretos del Presidente tienen la misma naturaleza jurídica. Algunos tienen naturaleza de ley, como los denominados Decretos Extraordinarios y los Legislativos; también existen otros que, aunque se duda de su alcance normativo, materialmente presentan un contenido asimilable al de las leyes y son los denominados decretos autónomos o reglamentos constitucionales y los reglamentos de las leyes cuadro.

La Ley 142 de 1994 no fue expedida en desarrollo de la cláusula general de competencias legislativas que corresponde al Congreso, sino que desarrolla los preceptos contenidos en los numerales 21 y 23 del artículo 150 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 334, 365, 367, 368, 369 y 370 de la Carta Política.

La naturaleza especial del tema de los servicios públicos es lo que hace imperativo que el legislador se ocupe en forma especial del asunto y que los contenidos de estas normas excepcionen el régimen jurídico ordinario. Es el propio constituyente quien, en el capítulo V del título XII de la Carta Política ha sometido a los servicios públicos a un régimen de características especiales.

#### **3.4. LOS PRESTADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Dado que la Constitución Política de 1991 fue generosa al momento de desarrollar la importancia de los Servicios Públicos, es importante tener en cuenta preliminarmente que el artículo 365 de la Carta Política consagra tres diferentes modalidades o formas de prestación de los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado en gestión directa o indirecta, por los particulares y por las comunidades organizadas.

La Ley 142 de 1994 sólo se refiere a la prestación empresarial de los servicios. Cuando el Estado presta los servicios en dicha modalidad, se debe comportar como un empresario que concurre en condiciones de igualdad con los agentes privados; no obstante, la ley no habla específicamente de una de las modalidades más importantes de prestación a través de las comunidades organizadas.

Además es importante anotar que independientemente de que si el Estado presta o no los servicios públicos, la Constitución Política, que le asigna funciones y responsabilidades, se mantiene, aun cuando sean tercero quienes realizan su gestión, pues los servicios, aun en los casos en que no son prestados por el Estado, siguen siendo inherentes a su función social y además, es el Estado quien debe mantener su intervención, regulación, control y vigilancia.

Son prestadores o proveedores de los servicios las entidades o personas facultadas por la ley para la prestación de los mismos, las cuales pueden ser:

- Empresas de Servicios Públicos
- Los municipios en gestión directa
- Las empresas industriales y comerciales del Estado
- Los proveedores marginales
- Las comunidades organizadas

#### **3.4.1. Las Empresas de Servicios Públicos**

La creación de una empresa prestadora de servicios públicos puede obedecer a la iniciativa de un particular, para lo cual debe tenerse en cuenta que de conformidad con el Artículo 333 de la Constitución Política de Colombia *“la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie puede exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”*.

*A su turno, el Artículo 334 Superior, dispone que “la dirección general de la economía está a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano...”*

Por su parte, el artículo 365 de la Constitución señala que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.

De otro lado, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 los servicios públicos se pueden prestar a través de diferentes formas asociativas a saber:

Las empresas de servicios públicos domiciliarios ya sea que se trate de empresas oficiales, mixtas o privadas; los productores marginales, independientes o para uso particular; los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de servicios públicos domiciliarios, y las organizaciones autorizadas para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

Ahora bien, las empresas de servicios públicos señaladas inicialmente (oficiales, privadas y mixtas), por expreso mandato de la ley deben ser sociedades por acciones y tienen que regirse por régimen jurídico contenido en el Artículo 19 de la Ley 142 de 1994, y en lo no previsto allí, por las normas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas (Libro II, Título VI).

Si la intención es crear una empresa de servicios públicos domiciliarios que opere exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según la ley, y de acuerdo a reglamentación previa de la comisión reguladora pertinente, podrá

apartarse de las reglas citadas anteriormente, en los siguientes eventos, consagrados en el artículo 20 de la Ley 142 de 1994:

- Pueden constituirse por medio de documento privado, que debe cumplir con las estipulaciones del artículo 110 del Código de Comercio, en lo pertinente, y funcionar con dos o más socios.
- Los títulos representativos de capital que expidan podrán ser objeto de endoso en administración para celebrar respecto a ellos el contrato de depósito de valores, prescindiendo de si están o no inscritos en el Registro Nacional de Valores.

Ahora bien, las personas prestadoras que se constituyan como empresas prestadoras de servicios públicos privadas, oficiales o mixtas, estarán sujetas al marco regulatorio desarrollado por la Comisión de Regulación respectiva, tanto en su funcionamiento como en su estructura tarifaria.

Además, quienes presenten servicios públicos deben informar el inicio de sus actividades a la respectiva Comisión de Regulación, y a la Superintendencia de Servicios Públicos, para que esas autoridades puedan cumplir sus funciones, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 11.8 del Artículo 11 de la Ley 142 de 1994.

Es importante anotar que el Artículo 22 de la Ley 142 de 1994 dispone que las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta ley, según la naturaleza de sus actividades”.

### **3.4.2. Fundamentos Constitucionales de las ESP**

El artículo 365 de la Constitución Nacional determina que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y a éste atribuye la obligación de

asegurar su prestación eficiente para todos los habitantes del territorio nacional. Difiere a la ley la facultad de definir su régimen jurídico, da la posibilidad de que los servicios sean prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero advierte que, en todo caso, aquél conservará la función de regulación, control y vigilancia.

A su vez, los artículos 367 y 368 *ibídem* señalan que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como su cobertura, calidad, financiación, régimen tarifario y de protección a los usuarios, deberes y derechos de éstos, sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que atiendan el servicio y la participación de los municipios o de sus representantes en las entidades prestadoras de dichos servicios.

Así mismo, en el artículo 370, la Carta atribuye al Presidente de la República la función de fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y el ejercicio, por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, del control, la vigilancia e inspección de las entidades que los presten, todo ello con sujeción a la ley.

### ***3.4.3. Los municipios como prestadores de los servicios públicos domiciliarios.***

Las competencias de los municipios en materia de servicios públicos domiciliarios son múltiples y de diferente naturaleza, pues ellas no se circunscriben al ámbito de su prestación, adecuación y gestión, en realidad, el municipio mantiene importantes facultades en otras áreas, que influyen en forma directa la prestación, bien sea que la realice el municipio o bien sea realizada a través de agentes particulares.

Entre esas competencias podemos citar<sup>19</sup>:

- El municipio es el competente para adoptar el plan de desarrollo territorial, uno de cuyos componentes más importantes debe ser el de las políticas territoriales en materia de servicios públicos domiciliarios.
- El municipio es el competente para determinar los usos del suelo tanto urbano como rural, dentro de sus correspondientes jurisdicciones, en la cuales se debe establecer las condiciones dentro de las cuales se permita una instalación de redes para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.
- Los municipios son los encargados de la administración del espacio público y de los bienes públicos municipales, muchos de los cuales requieren para su uso permiso por parte de los operadores de servicios públicos.
- Es competencia de los municipios adoptar las políticas públicas territoriales que les permitan atender las necesidades básicas insatisfechas a los usuarios de estos servicios, tal como lo establece el numeral 5 del artículo 3º de la Ley 136 de 1994.
- Les corresponde a los municipios la creación de fondos de solidaridad y redistribución de ingresos que les permita subsidiar la tarifa en relación con los consumos básicos de los usuarios de menor capacidad de ingresos.<sup>20</sup>.
- También es competencia municipal la realización de la estratificación socioeconómica de los inmuebles ubicados dentro de su jurisdicción, que permita en forma adecuada ejecutar la política de solidaridad y redistribución de ingresos.

En los términos del artículo 6º de la Ley 142 de 1994, sólo excepcionalmente y como prestador de último recurso, los municipios, como ente territorial, pueden encargarse de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, previo el cumplimiento de las convocatorias que con el fin de que ESP se hagan cargo de la prestación de estos servicios, exige la ley.

Cuando el municipio es el encargado de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en cuanto no sea contrario a su naturaleza jurídica ni a la

---

<sup>19</sup> Cfr. ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto. Op. Cit.

<sup>20</sup> Véase Ley 142 de 1994. Artículo 89: Aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos.

Constitución Política, le es aplicable en un todo la Ley 142 de 1994, en su condición de entidad prestadora de servicios públicos en los términos del inciso final del artículo 3º de la misma ley.

En los casos en los cuales los municipios no están en capacidad de desarrollar una gestión empresarial eficiente de los servicios, dado su desarrollo institucional, que les impide hacer inversiones o aplicar modernas tecnologías la prestación de los mismos, o dado lo precario de su mercado, pues es mínimo el número de usuarios de los mismo, lo indicado es que el municipio recurra en el primero de los casos a buscar formas alternativas de gestión de los servicios; y en el segundo, a que sean las propias comunidades organizadas quienes asuman en forma directa la gestión de los servicios.

La ley les permite a los municipios utilizar múltiples instrumentos para buscar obtener una adecuada prestación de los servicios públicos domiciliarios. Muchos de ellos incluyen la vinculación a la gestión de particulares o de otras entidades públicas mientras la solución adoptada no consista en transferir total o parcialmente a terceros la prestación de los servicios, esas actividades se someten esencialmente a las reglas del derecho común.

#### ***3.4.4. Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible***

De conformidad con el numeral 28 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 el servicio público domiciliario de gas combustible, es:

“(...) 14.28.- Servicio público domiciliario de gas combustible. Es el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería u otro medio, desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de comercialización desde la producción y transporte de gas por un gasoducto

principal, o por otros medios, desde el sitio de generación hasta aquel en donde se conecte a una red secundaria (...). “el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería u otro medio, desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición.

En este sentido, quienes con ocasión de su objeto social: produzcan, transporten, distribuyan o comercialicen gas combustible, entendiendo el gas combustible como gas natural que se encuentra naturalmente en pozos y el gas propano que es un gas licuado de petróleo -GLP, deben considerarse personas o empresas prestadoras del servicio público domiciliario de gas combustible y por tanto la actividad se rige por la Ley 142 de 1994.

### **3.5. EL CONTROL EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

La mutabilidad del sector de los servicios públicos domiciliarios, que ha abandonado su forma de gestión tradicional al pasar del monopolio estatal al régimen de competencia entre proveedores estatales, mixtos y privados, ha encontrado en el tema del control uno de los obstáculos más difíciles de superar para que los proveedores puedan llegar a competir en verdaderas condiciones de igualdad. La tarea que debe afrontarse es la de construir una nueva razonabilidad en los controles, en especial de los ejercicios sobre entidades estatales, para que los organismos de control, sin abandonar la función constitucional que les corresponde, permitan a las entidades controladas competir en condiciones de igualdad frente a proveedores mixtos y privados.

Esta nueva razonabilidad debe partir de la definición clara de cuál es el interés que tiene el Estado al mantener empresas estatales compitiendo con particulares en un escenario de competencia, pues si su interés es dedicarse a la explotación económica con fines lucrativos para optimizar la redistribución de excedentes

públicos, las empresas estatales no solo deben someterse en su gestión al derecho común, sino que, además, la orientación de los controles debe ser asimilada a la propia de las actividades privadas.

### **3.5.1. Aspectos generales del control**

En el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, uno de los temas esenciales se relaciona con los controles que deben ejercerse sobre las empresas, sus servidores y sus actos. Este tema se encuentra orientado hacia la responsabilidad social del Estado, a la protección de los usuarios y, en muchos casos, a la administración de recursos públicos y de los recursos estatales, destinados a la prestación de los servicios.

En el paso del monopolio a la competencia, la transformación de las formas como se ejercen los controles públicos constituye un verdadero reto que los organismos de control y los prestadores de servicios deben afrontar, puesto que mientras los servicios públicos se prestaron por monopolio estatal, estuvieron sometidos a las reglas propias del derecho público convencional y a controles formales con carácter numérico legal. Sin embargo esta forma de control no es adecuada a las nuevas realidades, que se encuentran determinadas por la función social del Estado, y por la exigencia de altos niveles de eficiencia en la gestión y la competitividad.

El nuevo entorno de liberalización exige variar la orientación de los controles y el núcleo de los mismos, para dirigirlos esencialmente a la gestión y a los resultados, con el fin de obtener una prestación eficiente de los servicios públicos por parte del Estado, por las comunidades organizadas o por los particulares, a la totalidad de los miembros de la población, tal como lo ordena el inciso primero del artículo 365 de la Carta Política.

La igualdad que se requiere para que los servicios públicos se presten en un escenario de libre competencia implica que las entidades estatales se deben

someter a reglas y criterios de evaluación similares a los aplicados a los proveedores privados. Esto significa que, en muchos casos, agentes privados deberán someterse a reglas que antes sólo eran aplicables a agentes estatales y, a la inversa, que el Estado esté sometido a criterios de gestión y evaluación propios de la administración privada.

La igualdad que se predica del control debe aplicarse esencialmente a la gestión de los servicios y al tratamiento a los usuarios. Además, ella debe posibilitar que los servidores de empresas del Estado sean evaluados con herramientas similares a las utilizadas en la gestión privada; de lo contrario, se impone una barrera casi infranqueable a la igualdad entre los competidores.

En la gestión de los servicios públicos, el Estado puede adoptar diferentes decisiones de política pública o económica, desde el monopolio estatal hasta el fomento de la libre iniciativa privada sin participación del Estado. Pero si se decide que el Estado entre a competir a través de sus empresas con los particulares, debe dotársele de instrumentos que permitan concurrir en condiciones de igualdad con los otros agentes del mercado. Si se proporcionan al Estado ventajas o desventajas significativas para su gestión empresarial, la competencia no será posible o, al menos, no será entre iguales.

El hecho de que el Estado compita con los particulares y que, tanto en el manejo de sus bienes y recursos como en lo relativo a sus actos y contratos, se sujete a reglas propias del derecho común, no significa que deje de ser Estado. Más bien significa que las personas que actúan en nombre del Estado deben asimilar sus responsabilidades patrimoniales a las que tienen los administradores y mandatarios que actúan en nombre de otros en el sector privado. Es impropio afirmar que las responsabilidades de los agentes estatales al asimilarse a las de los particulares han dejado de existir. Por el contrario, se reafirman en condiciones de administradores de bienes ajenos para el caso de “bienes estatales”.

Frente a lo que sucede con la responsabilidad por la gestión patrimonial de los agentes basada en el derecho civil y comercial, debemos señalar que se diferencia con lo que ocurre con las responsabilidades disciplinarias, penales y las derivadas del ejercicio de la policía administrativa, toda vez que los agentes estatales y los particulares que ejercen funciones públicas deben asimilar, a la luz del derecho público, sus responsabilidades, pues el objeto de tutela es el mismo para todos los proveedores de servicios, que en este caso deben mirarse bajo la óptica del interés público o social.

Cuando el control se ejerce con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones sociales a las que están obligados los operadores y cuando lo que se tutela son derechos de los usuarios que están en condiciones de desventaja frente al operador, el criterio en materia de responsabilidad debe derivar del derecho público, independientemente de la naturaleza jurídica que adopte el prestador.

Lo importante en este aspecto es someter a los operadores públicos y privados en el sector de los servicios públicos a un régimen asimilable, para que no existan desventajas injustificadas en este campo, ni para los administradores estatales cuando se asume la competencia, ni para los proveedores privados.

### ***3.5.2. El control reservado al Estado***

Si bien, Colombia se ha inscrito en el proceso de apertura y liberalización de los servicios públicos, que eliminó la existencia de monopolios estatales y que ha permitido su prestación por parte del propio estado en gestión directa e indirecta, por las comunidades organizadas y por los particulares, las funciones de regulación, control y vigilancia en la prestación de los servicios se han reservado constitucionalmente al Estado. Este hecho impide que el Estado renuncie o delegue el ejercicio de la función de control y la entregue libremente a los particulares.

### **3.5.3. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**

Es un organismo de carácter técnico. Creado por la Constitución de 1.991 para que, por delegación del Presidente de la República, ejerza el control, la inspección y la vigilancia de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

En cumplimiento de la Misión y Visión, realiza:

Informa, da conceptos y publica las evaluaciones de gestión realizadas a los prestadores y proporciona la información pertinente a quien la solicite. Da conceptos a las Comisiones de Regulación y Ministerios que así lo requieran en relación con los servicios públicos domiciliarios.

Certifica que la estratificación ha sido correcta, cuando se trate de otorgar subsidios con los recursos nacionales y a exigencia de la nación, para ello se basa en los resultados de las estratificaciones enviadas por los municipios y distritos del país, en sus áreas urbana, centros poblados y rural.

Establece los sistemas de información y contabilidad que deben aplicar los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Define la información que las empresas deben proporcionar sin costo al público y señala los valores que deben pagar las personas por la información especial que pidan a las empresas de servicios públicos, sino hay acuerdo entre el solicitante y la empresa.

Atiende los recursos de apelación que en subsidio interpongan suscriptores y usuarios, una vez se haya resuelto el recurso de reposición ante el prestador del servicio. Resuelve las apelaciones contra lo decidido por los Personeros Municipales, por impugnaciones contra la elección de vocales de control. Resuelve en segunda instancia los recursos de reposición que interpongan los usuarios, en materia de estratificación.

Proporciona la orientación y el apoyo técnico necesarios para la promoción de la participación de la comunidad en las tareas de vigilancia y control. Apoya las tareas de los Comités de Desarrollo y Control Social y proporciona los instrumentos básicos de información y capacitación para los vocales de control.

Vigila y controla que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios cumplan con la Ley 142 de 1994, con sus normas reglamentarias y las que expidan las Comisiones de Regulación. Que se cumplan los contratos de condiciones uniformes celebrados entre las empresas de servicios públicos y los usuarios. Que los subsidios se destinen a las personas de menores ingresos. Que las Empresas de Servicios Públicos cumplan con los indicadores de gestión señalados por las Comisiones de Regulación. Que las obras, equipos y procedimientos cumplan con los requisitos técnicos señalados por los Ministerios.

Inspecciona e investiga las irregularidades que se presenten en las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, solicita documentos y practica las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus demás funciones.

Sanciona a las entidades encargadas de prestar servicios públicos domiciliarios cuando no cumplen las normas a que están obligadas. Las sanciones que la Superintendencia puede imponer son: Amonestación. Multas hasta por 2000 salarios mínimos mensuales. Suspender actividades y cierre de los inmuebles que se utilicen para desarrollar las actividades objeto de la sanción. Separar a los administradores o empleados y prohibirles trabajar en empresas similares hasta por 10 años. Solicitar a las autoridades decretar la caducidad de los contratos celebrados por la entidad o la cancelación de licencias. Prohibir la prestación de servicios públicos domiciliarios hasta por 10 años. Ordenar la separación de los gerentes y/o los miembros de las juntas directivas. Tomar Posesión de las empresas de servicios públicos para administrarlas o liquidarlas.

#### **3.5.4. La función administrativa de la SSPD**

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley<sup>21</sup>.

En este orden de ideas, la actuación de los funcionarios que conforman la Administración Pública se encuentra supeditada a la Constitución Política, a las Leyes y los reglamentos correspondientes. Así las cosas, la naturaleza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios cumple una función administrativa amparada en la figura de la delegación y como tal debe coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado so pena de incurrir en faltas disciplinarias.

Para comprender estos términos realizaremos un examen sencillo de los elementos que configuran la función administrativa.

La desconcentración de funciones es el otorgamiento de funciones a un agente local para que las ejerza a nombre de quien las asigna. Si bien descentralización y desconcentración implican traslado de competencias administrativas, en la descentralización ese traslado se produce de una persona jurídica a otra, en cambio en la desconcentración el traslado se da desde un órgano central a unidades administrativas que le están subordinadas y que carecen de personería jurídica.

---

<sup>21</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Art. 209

Entonces, la desconcentración de funciones opera dentro del sistema de la "centralización administrativa" y entre órganos de la misma persona jurídica. Ese traslado es de alguna o algunas de las funciones del órgano que se desconcentra, no de todas y opera de un organismo del Estado a otro que le está subordinado, es decir, se surte dentro de un sistema jerarquizado.

Por otro lado, la Carta Política consagra en el artículo 211 la figura de la delegación, de la siguiente forma:

"La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, (...) Igualmente fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente".

En este sentido, la delegación de funciones administrativas es una forma de organizar la estructura institucional para el ejercicio de la función administrativa, junto con la descentralización y la desconcentración. Estas figuras tienen semejanzas, pues implican una cierta transferencia de funciones de un órgano a otro, pero presentan diferencias importantes, ya que la delegación y la desconcentración suponen que el titular original de las atribuciones mantiene el control y la dirección política y administrativa sobre el desarrollo de esas funciones, mientras que en la descentralización no existe ese control jerárquico, debido a la autonomía propia de la entidad descentralizada en el ejercicio de la correspondiente atribución.

La diferencia básica entre la desconcentración y la delegación es que la primera supone que la transferencia de funciones del órgano superior opera directamente por mandato del ordenamiento, mientras que la delegación, si bien presupone una autorización legal, no opera directamente por mandato de la ley, ya que implica la existencia de un acto de delegación, puesto que la transferencia se realiza por

parte del órgano superior. Por ello, mientras que en la desconcentración de funciones, el órgano superior no puede reasumir la función, ya que ésta fue desconcentrada por mandato legal, en cambio, en la delegación, el órgano superior siempre puede reasumir la función, como lo señala el artículo 211 superior. Son elementos constitutivos de la delegación los siguientes: (i) la transferencia de funciones de un órgano a otro; (ii) que la transferencia de funciones se realice por el órgano titular de la función; (iii) que dicha transferencia cuente con una previa autorización legal; (iv) y que el órgano que confiera la delegación pueda siempre y en cualquier momento reasumir la competencia.

Finalmente, en la desconcentración el traslado de las funciones se da de un modo inmediato por la decisión de hacerlo del órgano que se desconcentra, en la delegación se requiere de una autorización legal para efectuarlo y, además, de la decisión del superior de realizarlo. Así que hay delegación cuando el superior, con autorización legal expresa traslada a alguien que le está subordinado, alguna de las funciones que le son propias.

Los requisitos de esta figura jurídica son:

- Autorización legal para delegar;
- Acto del superior delegando la competencia y señalando la extensión de la delegación;
- El delegatario de la función debe poseer competencia para recibir la delegación, competencia que le debe haber sido asignada por la ley;
- El traslado de la responsabilidad que pasa del delegante al delegatario sobre los actos que se realicen en razón de la delegación;
- La facultad de revocar el acto delegado que conserva el delegante. Al ejercerla reasume la responsabilidad por el acto;
- La capacidad de "avocación" de quien delega y que consiste en la facultad de reasumir la competencia que había delegado.

## **3.6. OTROS ÓRGANOS DE CONTROL**

### **3.6.1. *Ministerio de Minas y Energía***

El Ministerio de Minas y Energía es una entidad pública de carácter nacional del nivel superior ejecutivo central, cuya responsabilidad es la de administrar los recursos naturales no renovables del país asegurando su mejor y mayor utilización; la orientación en el uso y regulación de los mismos, garantizando su abastecimiento y velando por la protección de los recursos naturales del medio ambiente con el fin de garantizar su conservación y restauración y el desarrollo sostenible, de conformidad con los criterios de evaluación, seguimiento y manejo ambiental señalados por la autoridad ambiental competente.

El Ministerio de Minas y Energía se crea a raíz de la Segunda Guerra Mundial (1939), momentos en los cuales surgieron problemas de orden económico que repercutieron directamente en el progreso de Colombia, ante esta situación el Gobierno Nacional diseñó un plan para la defensa y el fomento de las industrias existentes; el aprovechamiento de los recursos naturales y el desarrollo de otras fuentes de producción, fue así como mediante Decreto 968 de 1940 se crea el Ministerio de Minas y Petróleos y se modifica la organización del Ministerio de la Economía Nacional.

En la reforma administrativa de 1968, se le fijó al Ministerio el manejo de las fuentes de energía de origen primario, tales como el petróleo, gas natural, carbón y minerales radioactivos, los cuales conforman un alto componente del consumo energético. Lo relativo a la generación, transmisión y comercialización de electricidad quedó asignado al Ministerio de Obras Públicas. Lo cual impedía la formulación de programas integrados en materia de evaluación, desarrollo y máximo aprovechamiento de la totalidad de nuestros recursos energéticos. Fue necesario que la programación global y la coordinación de los diversos estamentos que configuran el sector la ejerciera un solo organismo a nivel

nacional, dotado de la debida estructura institucional y suficiente capacidad operativa. Las funciones del Ministerio de Minas y Energía están establecidas en el Decreto 70 de 2001 en su artículo 3º, dentro de dicho Decreto también se modificó la estructura administrativa del Ministerio quedando integrado, entre otras, por la Unidad de Planeación Minero Energética, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, Ecogas y Ecopetrol.

### **3.6.2. Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)**

La Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo de carácter técnico, cuya actividad está orientada a fortalecer los procesos de desarrollo empresarial y los niveles de satisfacción del consumidor colombiano.

Dentro del esquema que plantea la Constitución Política de Colombia y el contexto económico, la Superintendencia cuenta en su estructura con las siguientes áreas misionales, hacia las cuales se orienta su labor:

1. La Delegatura de Promoción de la Competencia, área encargada de vigilar el cumplimiento de las normas que garanticen la libertad de competencia en los mercados.
2. La Delegatura de Propiedad Industrial cumple la tarea de conceder los derechos de uso de los signos distintivos y las nuevas creaciones; y promover la transferencia de información tecnológica.
3. La Delegatura de Protección del Consumidor, área destinada a vigilar el cumplimiento de las normas que enmarcan la defensa de los derechos de los consumidores y fomentar el mejoramiento de la calidad de bienes y servicios.

### **3.6.3. Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)**

La Comisión de Regulación de Energía y Gas tiene como misión regular los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible de manera técnica, independiente y transparente, promoviendo el desarrollo sostenido de estos sectores, regulando los monopolios, incentivando la competencia donde sea

posible y atendiendo oportunamente las necesidades de los usuarios y las empresas de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley.

La ley 143 y 142 de 1994 asignó a la CREG, en relación con los sectores eléctrico y gas combustible, las funciones de regulación orientadas a crear las condiciones que garanticen una oferta energética, liberar el mercado hacia la libre competencia, definir metodologías para cálculos tarifarios a usuarios regulados y finales, bajo criterios económicos, sociales, ambientales y de competencia.

También, las de expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad, establecer los criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas, establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible.

Forman parte de este entorno por parte del sector eléctrico los generadores, distribuidores, y comercializadores de energía y, por parte del sector gas, los productores, transportadores y comercializadores. Igualmente, participan a nivel institucional para el apoyo de la regulación, entidades como el Ministerio de Minas y Energía, la Superintendencia de Servicios Públicos creada mediante la Ley 142 de 1994 para el control y vigilancia de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, la Unidad de Planeamiento Minero Energética, el Departamento Nacional de Planeación, el Centro Nacional de Despacho, el Consejo Nacional de Operación, la Financiera Eléctrica Nacional y la Comisión misma que en el ejercicio de sus funciones genera actos administrativos orientados a la regulación de los sectores de energía y gas.

Ley 142 de 1994, Art. 69.- Organización y naturaleza.- Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y

patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes comisiones de regulación:

(...) 69.2.- Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad<sup>22</sup>.

#### **3.6.4. Unidad de Planeación Minero Energética (UPME).**

La Unidad de Planeación Minero Energética UPME es una Unidad Administrativa Especial del orden Nacional, de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Minas y Energía, regida por la Ley 143 de 1994 y por el Decreto número 255 de enero 28 de 2004.

La Unidad de Planeación Minero-Energética, UPME, tendrá por objetivo planear en forma integral, indicativa, permanente y coordinada con las entidades del sector minero energético, tanto entidades públicas como privadas, el desarrollo y aprovechamiento de los recursos energéticos y mineros, producir y divulgar la información minero energética requerida<sup>23</sup>.

La entidad ha sufrido grandes transformaciones y ello se puede consultar en la siguiente normatividad constitucional:

- Ley 143 de 1994. Establece las Funciones de la Unidad. El Decreto 29 de 1995, establece la Planta de Personal de la Unidad.

---

<sup>22</sup> En el Artículo 73 de la Ley 142 de 1994 se encuentra un extenso catálogo de funciones y facultades generales asignadas a la CREG para ejercer la regulación en materia de Energía y Gas.

<sup>23</sup> En el artículo 5º del Decreto 255 de 2004 se encuentran las funciones de la entidad.

- Decreto 1683 de 1997. Fusiona la Unidad Administrativa Especial de Información Minero Energética, del Ministerio de Minas y Energía a la Unidad Administrativa Especial de Planeación Minero Energética.
- Ley 489 de 1998. En su artículo 38 cambia la Estructura y organización de la Administración Pública, pasando a las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales con personería jurídica al Sector Descentralizado por Servicios.
- Decreto 255 del 28 de enero de 2004. Establece la Planta de Personal de la Unidad de Planeación Minero Energética y tiene efectos fiscales, a partir del 1 de Enero de 1998. Además, establece la Estructura Interna de la Planta de Personal de la Unidad de Planeación Minero Energética y se determinan las funciones de sus dependencias.

### **3.6.5. Empresa Colombiana de Gas (ECOGAS)**

Con el fin de asegurar a largo plazo la atención de la demanda del sector energético, se concibió en Colombia el más ambicioso proyecto de servicios públicos de los últimos tiempos, constituido por el Programa Gas para el Cambio y el Plan para la Masificación del Consumo de Gas Natural, que habrían de revolucionar las costumbres energéticas y tendrían un gran impacto en la vida del país.

Es así como el 20 de agosto de 1997, mediante la Ley 401, se creó la Empresa Colombiana de Gas, Ecogas, como una entidad descentralizada del orden nacional, con carácter de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, sujeta a la regulación, vigilancia y control de la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Como empresa industrial y comercial del Estado, Ecogas inició labores con estructura operativa propia a partir del 1º. De enero de 1998, con la

responsabilidad de operar y mantener 1.100 kilómetros de gasoductos troncales propios y 900 kilómetros de gasoductos a través de contratos de construcción, operación, mantenimiento y transferencia (BOMT).

La Ley 401 de 1997 ordenó escindir del patrimonio de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, los activos y derechos vinculados a la actividad de transporte de gas natural, así como los derechos derivados de los contratos relativos a dicha actividad, para la conformación del patrimonio inicial de Ecogas.

Para tal efecto y en virtud del Decreto 2829 de 1997, el Gobierno Nacional determinó los activos a entregar, los contratos por ceder y las relaciones jurídicas entre Ecopetrol y Ecogas, derivadas de los contratos BOMT y las demás a que hubiera lugar

El año 2007 trajo para Ecogas grandes cambios derivados del proceso de enajenación de activos y cesión de derechos y contratos de Ecogas, proceso que culminó exitosamente el 02 de Marzo del 2007, fecha a partir de la cual la Transportadora de Gas del Interior S.A. ESP (TGI) asumió las responsabilidades y derechos que hasta ese día tenía a su cargo Ecogas como agente transportador de gas natural.

TGI recibió los activos, derechos y contratos enajenados y cedidos por Ecogas para su inicio de actividades como nueva empresa transportadora de gas natural con una infraestructura en condiciones óptimas, alcanzadas a través del direccionamiento y gestión gerencial desarrollado con los principios de eficiencia, eficacia, economía y equidad que permiten esperar la continuidad del reconocimiento como una de las empresas más rentables y de mayor proyección en el sector energético colombiano e internacional.

Las favorables condiciones del negocio entregado a TGI son resultado de las estrategias empresariales puestas en práctica por Ecogás a partir de Oct-02, las cuales se fundamentaron en lo indicado a continuación:

- a. Gestión con autonomía administrativa independiente de agentes externos.
- b. Desarrollo de una cultura organizacional pertinente a las circunstancias de la organización que llevó a institucionalizar un alto sentido de pertenencia del recurso humano.
- c. Optimización en el manejo de recursos de inversión y gasto.
- d. Formulación de un programa de expansión del sistema de transporte hasta el año 2027, que optimiza la infraestructura disponible en respuesta a la demanda futura esperada.
- e. Determinación de políticas comerciales consecuentes con principios de neutralidad frente al mercado y eficiencia empresarial.
- f. Participación con otros agentes en programas de incremento de demanda que llevaron a comprometer el cien por ciento (100%) de la capacidad de transporte disponible en los puntos de entrada de los campos de producción.

## 4. HALLAZGOS Y CONFRONTACIONES FRENTE AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN PLANTEADO

### 4.1. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS<sup>24</sup>

En sede de análisis de las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tenemos que el procedimiento para la imposición de sanciones adelantado por este ente se desarrolla de la siguiente manera.

La Superintendencia cuenta con tres (3) Direcciones de Investigación dependiendo del sector que se trate. Así, tenemos una Dirección de Investigaciones para Energía y Gas, otra para Telecomunicaciones y otra para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, cada una con la función de adelantar investigaciones por infracción al régimen de servicios públicos, con observancia del debido proceso dentro de una actuación administrativa que comporta tres etapas a saber: Averiguación Preliminar, Investigación y Decisión.

- a. **La Averiguación Preliminar** comprende desde la recepción de la queja o solicitud de actuación administrativa hasta la apertura de investigación y formulación de pliego de cargos.
- b. **La Etapa de Investigación** comprende la notificación de la apertura de investigación y formulación del pliego de cargos y el período probatorio. Los actos administrativos de apertura de investigación y formulación de pliegos de cargos, así como el decreto de pruebas que se expiden en el desarrollo de la investigación se comunican al investigado en los términos

---

<sup>24</sup> Cfr. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Concepto-SSPD-OJ-2004-001

del artículo 107 de la Ley 142 de 1994. La práctica de pruebas es con sujeción al Código de Procedimiento Civil. (Ley 142 de 1994, artículo 108).

- c. **La Etapa de Decisión** comprende desde la adopción de la decisión, que puede ser sancionando o archivando el caso y el recurso de reposición contra la decisión. La decisión se adopta mediante Resolución que es notificada personalmente al investigado y contra la cual procede el recurso de reposición según el Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, podemos observar que el procedimiento interno para la imposición de sanciones por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se apoya en el Código Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Civil lo cual nos refleja desde ya los compendios legales sobre los cuales se pueden respaldar los mecanismos legales para controvertir las mismas.

#### **4.1.1. Fundamentos Legales**

Como observamos en su momento, los fundamentos legales para la imposición de sanciones por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se derivan de la Ley 142 de 1994, específicamente en su artículo 81 numeral 2º el cual contempla:

**Artículo 81. Sanciones.** La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:

(...) 81.2. Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al factor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se

prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución.

#### **4.1.2. Dosimetría Sancionatoria**

La Ley 142 de 1994 le otorgó en el artículo 81 a la Superintendencia la competencia de sancionar a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, fijando como criterios únicos la naturaleza y la gravedad de la falta. Se observa que la ley no dosifica las sanciones imponibles para cada falta, sino que faculta al funcionario competente para evaluar en cada caso particular la naturaleza de la falta y la gravedad de la misma.

Corresponde, entonces, al sancionador determinar cuál es la sanción adecuada y proporcional de conformidad con las circunstancias probadas en la investigación. En otras palabras, lo que se deduce de la norma en cita es la libertad del sancionador para evaluar la naturaleza y gravedad de la falta, como factores de graduación de la sanción.

En tales condiciones se tiene que la ley no contiene una dosificación de las sanciones acorde con los tipos de faltas, sino que confiere al funcionario competente una facultad amplísima para valorar el impacto de la conducta sobre la prestación del servicio. No obstante, el sancionador debe hacer una valoración racional con base en los dos criterios<sup>25</sup> arriba señalados.

---

<sup>25</sup> SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Concepto 89 de 2001.

Ahora bien, ello infiere un vacío normativo que dentro de un juicio de valor lleva a la conclusión que al no existir una dosificación expresa en materia de procedimientos sancionatorios contra las ESP dejar dicha acción a la libertad del sancionador implicaría desconocer los objetivos de las mismas, su función social pues en el caso de adelantar en la averiguación preliminar la solicitud de actuación administrativa pone en riesgo la prestación del servicio prestado, incluso tratándose de un servicio público como el dirigido a la distribución de gas combustible por redes.

#### **4.1.3. Características de los Actos Sancionatorios de la SSPD**

Las resoluciones, que en efecto son los actos decisorios adoptados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios son típicos actos administrativos que tienen la virtualidad de crear, modificar o extinguir situaciones de carácter general o particular, de las materias propias del respectivo organismo<sup>26</sup>.

Con ello, encontramos que la teoría del acto administrativo nos deferirá en su momento aquellos mecanismos de controversia que darán a las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes las herramientas necesarias para configurar su defensa contra los actos sancionatorios.

#### **4.2. MECANISMOS DE CONTROVERSIA DE LOS ACTOS SANCIONATORIOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Tal como se comentó en líneas anteriores, los mecanismos de controversia de los actos sancionatorios de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pueden encontrar soporte en el Código Contencioso Administrativo, en la Teoría

---

<sup>26</sup> SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *“El Acto Administrativo”*. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá. 2004.

del Acto Administrativo y dentro del proceso administrativo sancionatorio se contempla normas del Código de Procedimiento Civil. Con ello, describiremos algunos aspectos relevantes dentro de los mecanismos hallados.

#### **4.2.1. Revocatoria Directa**

Cuando haya un acto administrativo que viole una norma superior o cuando esté causando un agravio injustificado o cuando no está conforme con el orden público o social o cuando atente contra éste, la administración debe revocar el acto administrativo, bien por solicitud de parte o de oficio<sup>27</sup>.

Dentro de las características de este mecanismo, para efectos de la presente investigación haremos alusión a la petición de parte y a la causal referida a la protección del interés público o social.

En este orden de ideas, cuando el citado artículo habla de la petición de parte, establece un límite en el tiempo para la solicitud de revocatoria directa. Si un acto administrativo fue expedido y no se interpuso ningún recurso, el acto administrativo queda en firme. Pero, si luego de estar en firme, considera que el acto es ilegal o causa un perjuicio injustificado, tiene la posibilidad de acudir ante la administración y pedir la revocatoria directa, invocando las causales contenidas en el art. 69 C.C.A.

En lo relativo a la causal 2ª enunciada “*Cuando no estén conformes con el interés público social, o atente contra él*”, es clave para las Empresa de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes tener presente que su función como prestadora de un servicio público va dirigida a alcanzar unos determinados fines. Como en todas las organizaciones, las empresas deben alcanzar esos objetivos mediante la administración de sus recursos disponibles, tales como el humano, el

---

<sup>27</sup> CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Art. 69.

capital, las instalaciones, etc. Pero en el caso de las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes, tenemos que estas cumplen una finalidad social que se encamina a satisfacer las necesidades esenciales un nivel de población que no goza de dicho servicio público. Con ello, la imposición de una sanción sin estar dosificada afecta el normal funcionamiento de la Empresa y consecuentemente afecta la prestación del servicio prestado.

Así las cosas, utilizar el mecanismo de la revocatoria directa a solicitud de la parte afectada (Empresa de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes) cuando el acto administrativo no es conforme con el interés público o **social** brindaría una herramienta de defensa legal y administrativa que fundamentará la protección de la misma.

#### **4.2.2. Acción de Simple Nulidad**

La finalidad de la acción de nulidad del acto administrativo demandado es la tutela del orden jurídico, a fin de aquel quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho. Esta acción se encuentra consagrada en interés general para que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de inferior categoría, y por ello puede ser ejercida en todo el tiempo por cualquier persona.

De conformidad con lo previsto en el artículo 84 del C.C.A., subrogado por el artículo 14 del D.E. 2304 de 1989, *“toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de su representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”*.

La acción de nulidad se ejerce en interés y con el fin de defender el principio de legalidad, lo que constituye un propósito de interés eminentemente general y no particular. Es una acción pública, razón por la cual puede ser ejercida por cualquier persona. No existe término de caducidad, salvo las excepciones previstas en la ley. Los efectos de la sentencia se retrotraen a la expedición misma del acto anulado por la jurisdicción competente. Procede contra actos generales e individuales, siempre y cuando sólo se persiga el fin de interés general de respeto a la legalidad. No obstante, según jurisprudencia del Consejo de estado, la acción de nulidad sólo procede contra actos individuales cuando así lo ha previsto expresamente una ley.

En este punto vale la pena señalar que con ocasión de la jurisprudencia consultada, este mecanismo legal administrativo será empalmado con el recurso de apelación y su procedencia en el campo de las sanciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

#### **4.2.3. La Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

*“La persona que ha sido lesionada por un acto de la administración, puede solicitar en defensa de su interés particular y concreto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, además de la nulidad del mismo por ser contrario a las normas superiores, que se le restablezca en su derecho conculcado, desconocido o menoscabado por aquel. Por consiguiente, la referida acción sólo puede ser ejercida por la persona cuyo derecho ha sido violado o vulnerado en virtud del acto administrativo”<sup>28</sup>.*

Frente a lo señalado por el Consejo de Estado, vale la pena indicar que ello se acerca a los objetivos de nuestra investigación, toda vez que la actuación referida

---

<sup>28</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 17 de abril de 1997. C.P. Hernando Herrera Vergara

a las sanciones adelantadas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es evidentemente son actos contrarios a las normas superiores en el sentido que avienen al ordenamiento constitucional cuando establecen sanciones pecuniarias y/o multas motivadas por actuaciones ajenas a la prestación del servicio, dejando de lado los postulados constitucionales representados en la finalidad social que representan los servicios públicos.

La acción de nulidad y restablecimiento del Derecho se ejerce no sólo para garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino que también con ella se pretende la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo. Esta acción sólo puede ser ejercida por quien demuestre un interés específico, es decir, el afectado por el acto. Para su ejercicio se requiere el agotamiento previo de la vía gubernativa a través de los recursos procedentes ante la misma administración.

Esta conclusión recogida en la sentencia citada destaca una característica esencial para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cual es el agotamiento previo de la vía gubernativa a través de los recursos establecidos legalmente.

Tratándose de la vía gubernativa tenemos que la función administrativa se pronuncia a través de actos administrativos que pueden ser de contenido general o de contenido particular o concreto. Para el caso en estudio nos interesa el acto particular o concreto que vincula a la administración pública.

Las decisiones de la administración (actos administrativos) pueden ser objeto de controversia y el procedimiento utilizado se denomina vía gubernativa. Esto no es otra cosa que la oportunidad que tiene el particular que se siente afectado de controvertir las decisiones de la administración y para ésta, de corregir sus propios errores.

Si bien es cierto, la vía gubernativa es un procedimiento ante la administración pública, hay unos aspectos generales que se deben tener en cuenta:

- No procede contra actos de carácter general, de trámite, preparatorios, de ejecución, excepto cuando lo consagre una norma expresa.
- El procedimiento de la vía gubernativa pone fin a una actuación administrativa. El procedimiento inicia a partir del momento en que se expide y notifica la decisión.
- El agotamiento de la vía gubernativa es un requisito de procedibilidad para acudir a la vía jurisdiccional o vía de acción cuando se trate de actos particulares. Este requisito se excepciona cuando la administración no da la oportunidad de interponer los recursos.

Como vemos, esta herramienta es un requisito de procedibilidad previo al momento de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y tiene relevancia pues es importante anotar que en algunos casos las decisiones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios agotan la vía gubernativa en la resolución del recurso de reposición, lo cual demuestra que ejercer la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho es un referente fundamental para las ESP de Distribución de Gas Combustible por redes pues permite una segunda instancia en las actuaciones administrativas anteriormente referidas.

#### **4.2.4. Jurisprudencia<sup>29</sup>**

Al referirnos a la Jurisprudencia, hacemos alusión a aquellos pronunciamientos que fallan con acciones adelantadas contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y hacemos énfasis en los cargos que fueron sustentados en su momento.

---

<sup>29</sup> Aquí, el uso del término jurisprudencia, se equipara al término “sentencia” de Tribunales y Cortes. Ver Anexo 2.

Así tenemos que en primer lugar las pretensiones de las respectivas demandas se dirigen principalmente a solicitar que se declare la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios impuso a la ESP la sanción pecuniaria.

Igualmente se solicita la declaratoria de nulidad de las resoluciones que sirvieron como recursos interpuestos ante la resolución inicial, dentro de los que se encuentran el de reposición y el de queja.<sup>30</sup>

También encontramos que se solicita que a título de restablecimiento de derecho se ordene a la Superintendencia cancelar cualquier tipo de registro, anotación o proceso que hubiere hecho o iniciado por la sanción impuesta mediante los actos administrativos demandados. De igual forma se solicita dicha cancelación frente a otros órganos de control y regulación.

Así mismo, vemos como se solicita la adopción de un criterio objetivo y racional en las medidas sancionatorias pues como vimos anteriormente se dejan a la libertad del sancionador sin establecer una dosimetría que señale sanciones específicas para casos específicos.<sup>31</sup>

Luego de que los respectivos juzgados y tribunales explican la conducta procesal de la demandada (SSPD) realizan el examen de los cargos presentados por la parte demandante y en este punto encontramos que la jurisprudencia encontrada se dirige a la misma actuación que deriva la imposición de la sanción, esto es, aquel conforme con el artículo 79 numeral 25 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, que indica que la Superintendencia puede sancionar a las empresas que no respondan oportuna y adecuadamente las quejas de los usuarios.

---

<sup>30</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera. Sub-Sección "A". Sentencia 1º de Febrero de 2007. M.P. William Giraldo Giraldo.

<sup>31</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera. Sub-Sección "A". Sentencia 10 de Noviembre de 2005. M.P. Susana Buitrago Valencia.

Aún así, tenemos que dentro del examen de los cargos estos se fundamentan, entre otros en ***Ausencia de proporcionalidad en la sanción*** y ***ausencia de dosimetría punitiva*** explicados de la siguiente forma.

La ausencia de proporcionalidad en la sanción considera que el principio de proporcionalidad constituye un postulado que racionaliza la actividad sancionatoria de la Administración, evitando que la autoridad desborde su actuación represiva y la encause dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio, como la alternativa última de entre las que menos gravosa resulten para el administrado.

Por otro lado tenemos que la ausencia de dosimetría punitiva hace alusión a que si bien el artículo 81 numeral 2 de la Ley 142 de 1994, prevé el monto de la sanción, como la facultad que le asiste a la autoridad administrativa para graduar la sanción se deben tener en cuenta factores como el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y el factor de reincidencia. Frente a lo anterior vale la pena señalar que en sede del análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, las actuaciones sancionadas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios obedece a la figura del silencio administrativo positivo y sus efectos, no hallándose otras causas que sirvan de apoyo para la dosificación de las sanciones pecuniarias y que no tengan que ver con la prestación del servicio.

Igualmente tenemos el cargo presentado por la parte demandante referido a la falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para la imposición de sanciones. Dicho cargo se sustenta en la sanción impuesta por la Superintendencia se encuentra por fuera de los límites de su competencia, constituyéndose en una onerosa multa que no posee justificación alguna. Alega que las sanciones de la Superintendencia se han constituido en un ingreso más para el Gobierno Nación con pleno desconocimiento de los fines para los cuales

fue creada, cual es la protección de los derechos de los usuarios, no una fuente de ingresos.

Así mismo, que no figura en la actuación administrativa prueba alguna de algún perjuicio directo e inmediato causado a los usuarios de los servicios públicos demandados y en tales condiciones no tiene la SSPD competencia para imponer sanciones, sumado a que no existe norma alguna que determine la forma de dosificar la sanción, la cual se hace de manera caprichosa y en bloque, calificando una responsabilidad objetiva la cual se encuentra proscrita en nuestra legislación.

Luego de las consideraciones de los respectivos tribunales, soportados en la Ley 142 de 1998 y otros reglamentarios, terminan resolviendo la negación de las pretensiones de la demanda y confirmando las actuaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.<sup>32</sup>

#### **4.2.5. Recurso de Apelación**

Especial atención merece este recurso, pues de acuerdo con el numeral 2º del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo “(...) *No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica*”.

Pues bien dentro del examen de los cargos que realizamos en el análisis de Jurisprudencia en la respectiva etapa de nuestra investigación, encontramos que en materia de Servicios Públicos Domiciliarios al referirse a un régimen jurídico especial también comprende un procedimiento administrativo especial, contenido

---

<sup>32</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera. Sub-Sección “A”. Sentencia de Noviembre 2 de 2006. M.P. Susana Buitrago Valencia y JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – Sección Primera. Sentencia del 31 de Mayo de 2007. Juez Luz Myriam Espejo.

éste en el acápite de **“Los recursos contra las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas”<sup>33</sup>**, el cual establece:

*“Salvo esta ley disponga otra cosa, contra las decisiones de los personeros, de los alcaldes, de los gobernadores, de los ministros, del Superintendente de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo cabe el recurso de reposición, que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación. Pero, cuando haya habido delegación de funciones, por funcionarios distintos al Presidente de la República, contra los actos de los delegados cabra el recurso de apelación”.*

Ahora bien, dentro del análisis de la demanda que nos esgrimió el cargo aludido, encontramos que en la parte resolutive<sup>34</sup> de la misma decidió declarar la nulidad del artículo que negaba la procedencia del recurso de apelación, toda vez que núcleo del cargo consistió en la presunta violación del debido proceso al actor por negarse en el acto sancionatorio acusado el derecho a la doble instancia que estima le asiste de conformidad con lo preceptuado en el artículo 113 de la Ley 142 de 1994. Así las cosas, podemos decir que dicha actuación desconoce el derecho de audiencia y de defensa al negar el recurso de apelación y ello nos sirve como fundamento para solicitar la nulidad del acto administrativo<sup>35</sup> y con ello lograr el decaimiento del acto, lo que es en sí una de las formas de pérdida de eficacia, toda vez que se ha considerado por la doctrina<sup>36</sup> que los actos administrativos pierden su eficacia por circunstancias posteriores a su expedición e independientemente de la voluntad de la administración.

Finalmente ello permitiría a las ESP de Distribución de Gas Combustible por redes esbozar un sustento jurídico que permitiera su legítima defensa frente a las

---

<sup>33</sup> LEY 142 DE 1994. Art. 113.

<sup>34</sup> JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ. Sección Primera. Sentencia del 24 de Agosto de 2007. Juez Mario Alberto Valderrama. Demandante ETB; Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

<sup>35</sup> Retomando en este punto la Acción de Simple Nulidad

<sup>36</sup> SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Op. Cit. Pág. 101

actuaciones sancionatorias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pues aludir frente a ello el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa permitiría anular el acto administrativo respectivo, que como vimos es la característica de los actos sancionatorios de la superintendencia, y logrando cumplir con los fines sociales buscados con la prestación del servicio público referido. Además se atendería al planteamiento de dicha acción mediante el cual se busca la protección del interés general, esto es, la protección de las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes.

Este recurso es importante toda vez que en sede de Jurisprudencia<sup>37</sup>, existe una confrontación en materia de interpretación de dos normas jurídicas, el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 que establece un procedimiento administrativo especial; y el artículo 12 de la Ley 489 de 1998. Dicha confrontación se termina con la aplicación del artículo 5º de la Ley 157 de 1887, el cual establece: *“Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar ó armonizar disposiciones legales oscuras ó incongruentes”*.

#### **4.2.6. Recurso de Queja**

El artículo 50 del Código Contencioso Administrativo establece que por regla general contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederá el recurso de queja cuando se rechace el recurso de apelación.

La norma en cita señala igualmente que el recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso. De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la decisión; una vez la administración recibe el

---

<sup>37</sup> Véase Anexos A, B y C.

escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.

Ahora bien, este recurso es de naturaleza facultativa para el administrado y tiene como finalidad que le sea concedido el recurso de apelación rechazado por el inferior. A este propósito anota el profesor Miguel González Rodríguez<sup>38</sup>: “Debe presentarse ante el órgano a quien habría podido corresponder la decisión del recurso denegado, quien resolverá, primero, la cuestión de pertinencia del recurso en el plano meramente formal y, luego de resuelto este punto, si el pronunciamiento fuere favorable, entrará a decidir la cuestión de fondo” por lo demás hay que señalar que el Código Contencioso Administrativo, dispone que podrá interponerse ante el superior del funcionario que tomó la decisión, lo que quiere decir que si el particular lo presenta ante el a-quo, este deberá remitirlo de manera inmediata al superior. En esto hay que coincidir con el profesor Carlos Betancur Jaramillo<sup>39</sup> cuando dice que: “ (...) *nada obsta para que se formule ante el funcionario que dictó la decisión, el que enviará dicha solicitud a su superior; con la advertencia de que en una u otra hipótesis, deberá interponerse el recurso dentro de los cinco días siguientes a la notificación del acto.*”

En síntesis de lo anterior podemos decir que frente a la negativa y/o rechazo de conceder el recurso de apelación, es necesario tener presente por parte de las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por Redes que sólo frente a ello es posible la procedencia de el recurso en análisis. En este sentido, contemplamos un elemento de carácter más procedimental que formal puesto que se deriva de una actuación procedimental y en poco afecta el acto administrativo expresado en la sanción impuesta a las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por Redes.

---

<sup>38</sup> GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. 1999.

<sup>39</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora. Colombia. 2002.

## 5. CONCLUSIONES

De conformidad con los hallazgos y confrontaciones frente al problema de investigación planteado en la parte introductoria de la presente investigación, es pertinente realizar las siguientes conclusiones.

- En primer lugar vale la pena resaltar que las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes gozan de amparo constitucional, expresado en que los servicios públicos son inherentes a la finalidad Social del Estado; y si bien es cierto que a éste se le atribuye la obligación de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, también lo es que la función administrativa de fijar las políticas generales de administración y control de los servicios públicos domiciliarios se encamina a cumplir con los postulados de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, entendiendo éstos no solo como una facultad simplemente sancionadora sino también protector de las empresas prestadoras de servicios públicos.

Así las cosas, concluimos que aún cuando la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejerce las funciones de control, inspección y vigilancia por delegación directa del Presidente de la República, no puede dejar de lado los postulados constitucionales que determinan la finalidad social de los servicios públicos, incluido el de distribución de gas combustible.

En síntesis, es pertinente señalar que imponer sanciones por vía de delegación de funciones y no permitir la procedencia de recursos encontrándose un procedimiento administrativo especial para dicha actuación es un trámite que desconoce la función administrativa, de un lado; y de otro la *lex specialis* desarrollada para tal fin y manifestada en la Ley 142 de 1994.

- En segundo lugar fue determinante para nuestra investigación determinar la naturaleza jurídica de las decisiones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y con base en ello comenzar a establecer los mecanismos de controversia de dichas actuaciones. Con ello, establecimos que las Resoluciones que terminan con el procedimiento para imponer sanciones en la etapa decisoria, son **actos administrativos** y en ese sentido eran procedentes algunos recursos contenidos en el Código Contencioso Administrativo como la Acción de Simple Nulidad, la Revocatoria Directa, la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y el Recurso de Apelación sobre los cuales se hicieron un detallado e importante análisis.
- En tercer lugar es necesario hacer referencia al agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad para las Empresas de Servicios Públicos Domiciliario de Gas Combustible por Redes y/o sus representantes, esto es, la interposición de recursos en forma legal y oportuna antes de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Como lo advertíamos en su momento, identificar las características de los actos sancionatorios de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios nos permitió determinar la importancia de la dogmática Contencioso Administrativa en el tema debatido.
- También es importante indicar que dichos mecanismos legales y administrativos para la defensa de las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes no son procedentes en todos casos, pero la conclusión que se deriva del anterior postulado es que los mecanismos no resultan insuficientes sino que no se sustentan en debida forma. En este orden de ideas, vale la pena acudir a la Jurisprudencia examinada para darnos cuenta que cuando se niega un recurso de apelación contra una sanción emanada desconociendo postulados legales e incluso constitucionales de la figura de la delegación en la función administrativa, tenemos que dicha actuación es en esencia el desconocimiento pleno del derecho de audiencia y de defensa, lo que desembocaría en la pérdida de eficacia del acto administrativo en sede de la Acción de Simple Nulidad.

- En cuarto lugar consideramos fundamental los aportes de la Jurisprudencia y ello conforme a los elementos desarrollados en sede de análisis de los diferentes cargos, lo cual nos llevó a identificar una serie de acciones y recursos que posteriormente fueron examinados para poder extractar detalles importantes que sirvieron de base para configurar muchos apartes de ésta investigación, entre los cuales destacamos la “ausencia de proporcionalidad de la sanción”, y “ausencia de dosimetría punitiva”.
- Recogiendo lo anterior, destacamos que la dosificación de la sanción es un elemento fundamental para la protección de las Empresas de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes toda vez que permitiría adecuar las conductas de las mismas a sanciones proporcionales. La conclusión anterior tiene trascendencia en el sentido que ante la ausencia de dicha dosimetría y/o sanción otorga al órgano de control una libertad que desconoce los planteamientos y criterios simplemente enunciados en el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994 pero que no tienen ningún tipo de desarrollo y/o reglamentación, llegando al evento de desconocer la función social de los servicios públicos y su relación directa con la comunidad.
- La conclusión final que arroja este trabajo monográfico se simplifica en la enunciación de los mecanismos recogidos y su explicación normativa.

En este orden de ideas, comenzamos indicando que en el caso de la revocación directa del acto administrativo de carácter sancionatorio, esta se realiza a solicitud de parte (Empresa de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes) y para su procedencia no se debe haber agotado la vía gubernativa.

En segundo lugar, frente a la acción de simple nulidad y según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, además de los casos previstos en la ley, la acción de nulidad procede contra actos particulares y concretos cuando la situación de carácter individual a que éste se refiere, comporte un especial interés

para la comunidad (usuarios del servicio público de distribución de gas combustible por redes) de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario (prestación del servicio referido), de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección en el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de ciudadanos. No tiene por lo general término de caducidad, por lo que puede utilizarse en cualquier tiempo, la sentencia tiene efectos “erga omnes, si la decisión es anulatoria.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho se caracteriza porque su ejercicio está condicionado a la existencia de un interés, por lo que podrá ejercerla quien considere que su derecho ha sido lesionado y es necesario para ello la intervención de abogado: así mismo debe ser presentada en un término de 4 meses, o de 2 años cuando se trata de acción indemnizatoria. En relación con los efectos de la sentencia, tiene efectos interpartes y respecto de terceros interesados.

Finalmente, cuando se trata del recurso de apelación, este debe interponerse frente al acto administrativo sancionatorio, pero debe tenerse en cuenta que procede cuando haya delegación indirecta, es decir, cuando no se deriva por expresa orden constitucional. Debe tenerse en cuenta también que al utilizarse se continúa con el trámite de la vía gubernativa y en tal evento no procede la revocación directa. La importancia de interponerlo, es que su denegación obsta para atacar por Acción de Nulidad el acto administrativo sancionatorio y lograr la anulación del mismo por desconocer el derecho de defensa frente a una Empresa de Servicios Públicos de Distribución de Gas Combustible por redes que propende por brindar un servicio de interés social y comunitario.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA José G. y BELTRÁN Francisco. *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª Edición. Madrid. Librería Española y Extranjera Príncipe. 1926. Pág. 71 y 73.
- AMOROCHO CORTÉS, Enrique. *Apuntes sobre Energía y Recursos Energéticos*. Universidad de Bucaramanga. 2000.
- ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto. “*Servicios Públicos Domiciliarios, proveedores y régimen de controles*”. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- BEDOYA GIRALDO, Hubed. *Existencia Jurídica de la Regulación*. Artículo de la Revista Letras Jurídicas. Medellín. 2001.
- CASTRO CASTRO, Jaime. “*Los servicios públicos domiciliarios como finalidad social del Estado*”. Revista “Economía Colombiana”. Contraloría General de la República. Bogotá. 2001.
- CUERVO, Luis Mauricio. *Et al. Economía Política de los servicios Públicos. Una visión alternativa*. Cinep. Centro de Investigación y Educación Popular. Bogotá. 1998.
- KALMANOVITZ, Salomón. “*Las instituciones colombianas en el siglo XX*”. Libros de Cambio. Alfaomega. Bogotá. 2001.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo. “*Los servicios públicos domiciliarios en la Constitución*”. El Navegante Editorial. Bogotá. 1996.

- SÁNCHEZ GARCÍA, Carlos Andrés y VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. *Regulación de los servicios públicos: redefinición constitucional del Estado colombiano. Un estudio crítico constitucional de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios*. Universidad de los Andes. Legis. Bogotá. 2001.
- CORONADO, Harold. *Evolución del servicio de gas domiciliario durante la última década*. Artículo de Revista. Documentos CEDE (Bogotá). 2005.
- CORREA RENDÓN, Luz Eugenia. *La función normativa de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios*. Universidad de Antioquia. 2003.
- MATÍAS CAMARGO, Sergio Roberto. *Los servicios públicos domiciliarios en Colombia*. 2001.
- MONTAÑA PLATA, Alberto. *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. 2005.
- MORENO, Luis Ferney. *Servicios Públicos Domiciliarios: Perspectivas del Derecho Económico*. Universidad Externado de Colombia. 2001.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo. *El derecho de los servicios públicos*. Bogotá. 1999.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. Centro Editorial Universidad del Rosario. 2005
- SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *“El Acto Administrativo”*. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá. 2004.
- SANCHEZ LUQUE, Guillermo. *Servicios Públicos Domiciliarios: Régimen Básico*. Colombia. 2002.
- SANZ TOBÓN, Martha Sofía. *Empresas Oficiales de Servicios Públicos*. Jurisprudencia y Doctrina. Legis. 2007.

- SERNA QUINTERO, José Raúl. *La función normativa de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios*. Revista “Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia. Medellín. 2003.
- VILLAR BORDA, Luis. *Régimen de las Entidades Territoriales*. Universidad Externado de Colombia. 2000.
- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Concepto-SSPD-OJ-2004-001.
- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Concepto 89 de 2001.

### **Jurisprudencia**

#### **Corte Constitucional**

- Sentencia C – 473 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C – 116 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C – 599 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C – 272 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

#### **Consejo de Estado**

- Sentencia del 17 de abril de 1997. C.P. Hernando Herrera Vergara

## **Tribunales Administrativos**

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera. Sub-Sección "A". Sentencia 1º de Febrero de 2007. M.P. William Giraldo Giraldo.
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera. Sub-Sección "A". Sentencia 10 de Noviembre de 2005. M.P. Susana Buitrago Valencia.
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera. Sub-Sección "A". Sentencia de Noviembre 2 de 2006. M.P. Susana Buitrago Valencia y

## **Juzgados Administrativos**

- JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – Sección Primera. Sentencia del 31 de Mayo de 2007. Juez Luz Myriam Espejo.
- JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ. Sección Primera. Sentencia del 24 de Agosto de 2007. Juez Mario Alberto Valderrama. Demandante ETB; Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- **Internet**
  - o [www.creg.gov.co](http://www.creg.gov.co)
  - o [www.superservicios.gov.co](http://www.superservicios.gov.co)
  - o [www.banrep.gov.co](http://www.banrep.gov.co)

## **ANEXOS**

ANEXO A. Marco Legal de los Servicios Públicos Domiciliarios

ANEXO B. Relatorías Jurisprudencia

## **ANEXO A.**

### **MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

#### **a. LEYES BÁSICAS DE TODOS LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

- Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.
- Ley 87 de 1993. Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones.
- Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.
- Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal
- Ley 286 de 1996. Por la cual se modifican parcialmente la Ley 142 de 1994 y la Ley 143 de 1994.
- Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones
- Ley 505 de 1999. Por medio de la cual se fijan términos y competencias para la realización, adopción y aplicación de la estratificación a que se

refieren las Leyes 142 y 177 de 1994, 188 de 1995 y 383 de 1997 y los Decretos Presidenciales 1538 y 2034 de 1996.

- Ley 510 de 1999. Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se concede unas facultades
- Ley 550 de 1999. Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley
- Ley 632 de 2000. Por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142, 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996
- Ley 689 de 2001. Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994.

#### **b. DECRETOS BÁSICOS DE TODOS LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

- Decreto 2811 de 1974. Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente
- Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones
- Decreto 1524 de 1994. Por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios, y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 1429 de 1995. Por el cual se reglamenta el Capítulo I del Título V de la Ley 142 de 1994, en relación con el Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios.
- Decreto 1489 de 1998. Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 181 de la Ley 142 de 1994.
- Decreto 2668 de 1999. Por el cual se reglamentan los artículos 11 en los numerales 11.1, 11.6 y 146 de la Ley 142 de 1994.

- Decreto 556 de 2000. Por el cual se reglamenta el artículo 121 de la Ley 142 de 1994
- Decreto 990 de 2002. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

### **c. RÉGIMEN BÁSICO DEL SECTOR DE ENERGÍA Y GAS COMBUSTIBLE**

- Ley 401 de 1997. Por la cual se crea la Empresa Colombiana de Gas, Ecogas, el Viceministerio de Hidrocarburos y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 2253 de 1994. Por el cual se delegan unas funciones (en la CREG)
- Decreto 1342 de 1997. Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 86 de la Ley 143 de 1994.
- Decreto 847 de 2004. Por el cual se reglamentan las Leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995, 286 de 1996 y 632 de 2000, en relación con la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones de solidaridad y de los subsidios en materia de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física.

**ANEXO B.**  
**RELATORÍAS JURISPRUDENCIA**

**1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A, Bogotá D.C, primero (1º) de febrero de dos mil siete (2007).**

Magistrado Ponente : Dr. William Giraldo Giraldo  
Expediente : No.11001-23-24-00-2004-01125-01  
Demandante : Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.  
Demandado : Superintendencia de Servicios Públicos  
Asunto : Fallo Nulidad y Restablecimiento del Derecho

**Consideraciones**

**Violación al derecho al debido proceso y defensa al no conceder el recurso de apelación.**

Considera la parte actora que el derecho al debido proceso y defensa fue vulnerado por la Superintendencia de Servicios Públicos al no conceder el recurso de apelación en contra de la decisión sancionatoria contenida en la Resolución 3105, del 4 de abril de 2004, con lo cual desconoció el procedimiento administrativo especial consagrado en el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, que establece expresamente el recurso de apelación en contra de las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas. Precisa que no se debe entender que el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 subrogó el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, pues ésta última contiene un proceso administrativo especial de aplicación preferente.

## **Análisis de la Sala**

El fenómeno jurídico de la descentralización equivale a un traslado de asuntos que serían de conocimiento de la autoridad central, a las autoridades territoriales, o de la administración central a otras autoridades a quienes se confía el desempeño de labores especializadas, de tal suerte, que la decisión administrativa en los dos casos, no se adopta por la autoridad central, sino por un ente territorial, o por la entidad prestadora del servicio, o encargada del ejercicio de funciones administrativas.

El acto de delegación se constituye en un mecanismo válido y eficaz para hacer efectivos los principios consagrados en la Constitución Política, tendientes al cumplimiento y agilización de la función administrativa, en aras del interés general. Con este propósito, el artículo 209 superior señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

En el sub-lite las normas con base en las cuales ejerció la competencia sancionatoria el Director General Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios son el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, según los cuales la superintendencia, en lo pertinente, podrá imponer sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetos, en los términos de los artículos 81 de la Ley 142 de 1994 y 143 del mismo año.

Esa potestad sancionatoria parte del artículo 370 de la C.P., según el cual el control, inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, correspondiente al Presidente de la República, la ejerce por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Este precepto constitucional es desarrollado por el artículo 75 de la Ley 142 de 1994, de conformidad con el cual esa función presidencial se cumplirá por parte del superintendente y sus delegados, funcionarios estos últimos cuyas atribuciones están detalladas en el artículo 20 del Decreto 990 de 2002, “por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”, norma que en el numeral 39 estipula que los delegados ejercerán las demás funciones que les sean asignadas por el superintendente, de acuerdo con la naturaleza de la dependencia.

Tal asignación, que implica un reparto de funciones, fue hecha por el Superintendente mediante el artículo 2º de la Resolución No.7605, del 23 de mayo de 2002.

De manera que el Director Territorial Centro al expedir el acto sancionatorio que se controvierte ejerció una potestad sancionatoria para la que lo habilitó la ley, y concretizó un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad: la Resolución 7605 de 2002.

Ahora bien, de conformidad con el inciso tercero del artículo 211 de la Constitución Política corresponde a la ley determinar los recursos que proceden contra los actos de los delegatarios, función desarrollada por la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y se dictan otras disposiciones.

El artículo 12 de la cita ley, establece que “... los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas”.

Entonces al ser el Director Territorial Centro delegatario de funciones, los actos que emita solo son susceptibles de los recursos que procederían contra las decisiones del delegante: el Superintendente, quien al no tener superior jerárquico,

contra los actos administrativos que profiera solo cabe el recurso de reposición, situación que se extiende a los actos del delegatario.

La anterior norma subroga el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 que señala los recursos que proceden contra la decisión que ponen fin a las actuaciones administrativas que se surten de conformidad con los procedimientos administrativos para producir actos unilaterales.

Y aunque la Ley 142 de 1994 consagra el régimen especial de los servicios públicos, también lo es que en materia de delegación se debe dar aplicación a la Ley 489 de 1998, tal como procedió la Superintendencia de Servicios Públicos, pues, en primer lugar, dicho régimen no gobierna la delegación de funciones, y en segundo lugar, mediante la Ley 489 de 1998, no se está regulando sobre servicios públicos. La segunda normativa no está invadiendo un campo propio de una regulación especial, como es la de la Ley 142 de 1994.

En consecuencia al no concederse el recurso de apelación interpuesto por la demandante no se afectó el derecho al debido proceso y defensa, y por tanto, el cargo no prospera.

**2. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A, Bogotá D.C, Diez (10) de noviembre de dos mil cinco (2005).**

Magistrado Ponente	:	Dra. Susana Buitrago Valencia
Expediente	:	N° 2003-1131
Demandante	:	Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.
Demandado	:	Superintendencia de Servicios Públicos
Asunto	:	Fallo Nulidad y Restablecimiento del Derecho

### **Problema Jurídico**

Consiste en establecer la procedencia de decretar la nulidad de las Resoluciones acusadas: Nos. 005012 del 16 de julio de 2001, por medio de la cual se impuso una sanción a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA. E.S.P., consistente en una multa equivalente 492 S.M.M.L., la No. 002545 del 15 de febrero de 2002, que resolvió el recurso de reposición propuesto en contra de la Resolución inicial y la No. 003018 del 2 de julio de 2003, que resolvió el recurso de apelación, ambas decisiones confirmaron la sanción impuesta a la demandante y fueron expedidas por la Intendencia de Control Social y el Superintendente Delegado para Telecomunicaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, respectivamente.

### **Consideraciones**

#### **De la Ausencia de Dosimetría Punitiva.**

La Sala estima que la cuantía de la multa impuesta no resulta desproporcionada si se tienen en cuenta las deficiencias encontradas en la Entidad demandada en relación con su obligación de una eficiente prestación del servicio público de telefonía básica conmutada, las cuales inciden prioritariamente en atender oportuna y eficazmente de las peticiones, quejas y reclamos de los usuarios, las falla en el servicio y la no revisión de la facturación cuando ésta presenta desviaciones significativas, entre otras, lo que ocasiona insatisfacción y afectación entre los usuarios de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., al no obtener una pronta resolución a sus inquietudes.

### **3. Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá. Sección Primera. Bogotá D.C, Veinticuatro (24) de agosto de dos mil siete (2007).**

Juez : Dr. Mario Alberto Valderrama  
Expediente : **25000-23-24-000-2005-00621-01**  
Demandante : Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá  
Demandado : Superintendencia de Servicios Públicos  
Asunto : Fallo Nulidad y Restablecimiento del Derecho

## Consideraciones

### **Violación del debido proceso y del derecho de defensa al no conceder el recuso de apelación.**

El núcleo del cargo consiste en la presunta violación del debido proceso al Actor por negarse en el acto sancionatorio acusado el derecho a la doble instancia que estima le asiste de conformidad con lo preceptuado en el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, cuyo texto es el siguiente:

#### ***“Artículo 113. Recurso contra las Decisiones que ponen fin a las actuaciones Administrativas.***

*Salvo esta ley disponga otra cosa, contra las decisiones de los personeros, de los alcaldes, de los gobernadores, de los ministros, del Superintendente de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo cabe el recurso de reposición, que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación.*

*Pero, cuando haya habido delegación de funciones, por funcionarios distintos al Presidente de la República, contra los actos de los delegados cabra el recurso de apelación.*

*Durante el trámite de los recursos pueden completarse las pruebas que no se hubiese alcanzado a practicar.” (Subraya fuera de texto)*

A su vez, el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 establece:

***“Régimen de los actos del delegatario.*** *Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.*

*La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier*

*tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código contencioso Administrativo.*

*Parágrafo. En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal.*

Sobre la aplicación del artículo 113 de la Ley 142 de 1994 o del artículo 12 de la Ley 489 de 1998 respecto de los recursos que proceden en vía gubernativa cuando la Superintendencia sanciona a una empresa que no responde en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios las dos Subsecciones de la Sección Primera del honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca han fijado posiciones que difieren sustancialmente. Para la Subsección "A" el artículo 12 de la Ley 489 de 1982, subrogó el citado artículo 113 y, por consiguiente, en las delegaciones efectuadas por el Superintendente en cabeza de sus colaboradores no procede el recurso de apelación. Mientras que para la Subsección "B" la norma aplicable en casos como el que aquí se decide es el referido artículo 113

Expuesta la situación actual del problema jurídico, el Despacho acoge el criterio de que el Capítulo II del Título VII de la Ley 142 de 1994 contiene un procedimiento administrativo especial al cual debe someterse la Superintendencia de Servicios Públicos y, cuyos vacíos deben llenarse con las disposiciones contenidas en la parte primera del Código Contencioso Administrativo, atendiendo lo establecido en el artículo 1º del citado Código, o, en su defecto, en disposiciones que regulen materia similar.

Ahora bien, como quiera que el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 expresamente dispone que *"cuando haya habido delegación de funciones, por funcionarios distintos al Presidente de la República, contra los actos de los delegados cabrá el recurso de apelación"*, debe verificarse si la delegación proviene del Presidente de la República o si ella proviene del Superintendente de Servicios Públicos

Domiciliarios, para así definir la procedencia o no del recurso de apelación en actuaciones administrativas originadas en cumplimiento de la citada Ley 142 de 1994.

En este orden de ideas, el Despacho observa que el numeral 4 del artículo 7 del Decreto No. 990 del 21 de mayo de 2002, por el cual se modificó la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, estableció dentro de las funciones del Superintendente la de *“Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios”*.

Verificado que esta función por disposición legal esta asignada directamente al Superintendente, se encuentra que este funcionario delegó la atribución en los directores territoriales de la Superintendencia, mediante la Resolución No. SSPD 7605 de mayo 23 de 2002, vigente para la fecha del expedición de la Resolución 4477 de mayo 28 de 2003, acto demandado.

Por lo tanto, no debe acudir al artículo 12 de la Ley 489 de 1998, pues prevalece la especialidad del inciso segundo del artículo 113 de la Ley 142 sobre la generalidad de la Ley 489 conforme lo dispone el numeral 1° del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, más cuando dicha norma jurídica se constituye en una garantía fundamental del derecho de defensa del administrado en materia sancionatoria administrativa ya que ampara el derecho a la doble instancia consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política.

En el presente caso, se evidencia que la Resolución número 4477 del 28 de mayo de 2004 expedida por el Director Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio de la cual se le impuso la sanción a la demandante, acto administrativo acusado, fue expedida con fundamento en la delegación efectuada por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios por medio de la Resolución No. SSPD 7605 de mayo 23 de 2002 y no por delegación directa del Presidente de la República, luego en este caso procedía el

recurso de apelación contra el acto administrativo impugnado, el cual le compete desatar al Director General Territorial de la Entidad demandada por expresa atribución que se hace en el numeral del artículo 18 del decreto 990 de 2002, que dispone: **“Conocer en segunda instancia los recursos de apelación que surtan contra las decisiones proferidas por los Directores Territoriales en asuntos de su competencia”**.

Por lo tanto, este primer cargo está llamado a prosperar, pero sólo frente al artículo 6 de la Resolución No 4477 del 28 de mayo de 2003, por que se le violó el debido proceso al demandante al no habersele concedido el recurso de apelación, siendo este procedente.