

5.6. Régimen Jurídico de los Actos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios

Los actos de los prestadores de servicios públicos se someten al régimen único contenido en la Ley 142, que en materia comercial y de las actuaciones de los socios, remite a las reglas de derecho común pero que en relación con los usuarios y al derecho de petición asimila al régimen de derecho público para toda clase de operadores de los servicios públicos.

5.7. Reglas de Derecho Público en la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios

Si bien, entonces, la regla dominante en materia del régimen de actos, contratos y laboral es asimilable en términos generales al derecho común, no sucede lo mismo, cuando se trata de hablar de las relacio-

“Estima la Corte que el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 al disponer que el régimen de los servidores de las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, es el consagrado en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 relativo a los empleados públicos, y no al inciso 2o. de la misma disposición que se refiere a los trabajadores oficiales, resulta contrario a la Carta Política en el aparte acusado, por las siguientes razones: Con la remisión aludida se desconoce el principio constitucional de la igualdad de quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto éstas por regla general vinculan a las personas que laboran para ellas en calidad de trabajadores oficiales, como lo señala el actor, y de manera excepcional de conformidad con sus estatutos, a quienes desempeñen cargos de dirección y confianza se les otorga la categoría de empleados públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968. Es evidente que el Legislador tiene facultad para fijar el régimen que corresponda a quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, pudiendo señalarles la calidad de empleados públicos, pues la función encaminada a la prestación de los servicios públicos permite que estén sometidos al marco jurídico «que fije la ley». No resulta razonable ni idóneo sacrificar injustamente derechos constitucionales laborales propios de esta clase de servidores como son los derivados del derecho de asociación y de la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales. No comparte la Corporación el criterio según el cual el Legislador quiso otorgarles la categoría de empleados públicos a los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado que presten Servicios Públicos Domiciliarios. Lo expresado no significa que los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado que presten Servicios Públicos Domiciliarios, no puedan determinar cuáles de sus servidores se consideren empleados públicos, en relación con las actividades de dirección y confianza que desempeñen, de conformidad con el inciso 2o. del Decreto 3135 de 1968.”

nes empresa usuarios, pues varias normas, las que regulan propiamente la prestación del servicio establecen restricciones a los operadores en su gestión, en cuanto puedan afectar la prestación del servicio o en cuanto se definen los derechos y obligaciones de los usuarios de los servicios, las reglas más importantes en este punto son:

Las contenidas en el artículo 9º, que consagra en términos generales los derechos de los usuarios de los servicios públicos, y que expresamente deja vigentes, en cuanto no sean contrarios a los contenidos de la Ley 142, las reglas protectoras de los usuarios, contenidas en el Decreto 1842 de 1991, o estatuto de protección de los usuarios de servicios públicos.

Las reglas contenidas en el artículo 11. Donde se define el alcance de la función social de la propiedad que debe cumplirse con los bienes de las empresas prestadoras de los servicios públicos.

Las reglas contenidas en el artículo 133, que limita la libertad en materia contractual en el contrato de servicios públicos en condiciones uniformes y establece restricciones a la empresa en protección de los usuarios.

Los artículos 152 a 159 de la ley se ocupan de definir las reglas que en defensa del usuario en sede de la empresa, consagra la ley, se trata de peticiones, reclamos y recursos, fundamentalmente y que tratándose de reglas aparentemente aplicables exclusivamente a las entidades oficiales, ya la Corte Constitucional ha aclarado plenamente su aplicación a todos a los operadores en especial a los privados.

La regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, por mandato constitucional son tareas irrenunciables del Estado y regidas por el derecho público, la labor de los ministerios, las comisiones de regulación y de las superintendencias de servicios públicos, corresponden a la materialización de misión institucional del Estado y son esencialmente diferentes a la tarea del operador de servicios públicos, que tiene reducido su ámbito de acción al de la prestación del servicio, pero con sujeción plena a la orientación que a estas materias le determine el Estado.

No hay huida del derecho administrativo en Colombia, hay sí mutación de su objeto.

La teoría convencional o tradicional del servicio público en Colombia, se ha edificado bajo el concepto general de que lo que justificaba la existencia de poderes exorbitantes a favor del Estado era que se ocupaba en forma monopólica y esencial a la prestación de servicios públicos, con la apertura y la prestación de servicios públicos en forma generalizada, se ha llegado a sostener que hoy carecen de fundamento los poderes exorbitantes para el Estado y ha perdido razón de ser el derecho administrativo que había encontrado su escenario natural en el ámbito del estudio de los poderes excepcionales a favor del Estado. La realidad es otra diferente, pues lo que en realidad se ha presentado es una variación en el concepto de "lo público" lo que necesariamente apareja una mutación en el objeto de estudio del derecho administrativo.

La protección de los derechos humanos, el control a los abusos de poder por parte de los gobernantes y la universalidad en los servicios y la protección de los usuarios son las tareas que se ponen a la orden del día en una rama dinámica por naturaleza en el derecho como es el administrativo.

Es que la existencia del derecho administrativo no excluye la aplicación del derecho común a la administración, pues la razón de ser de esta rama del derecho no es que el Estado se someta a un derecho diferente al que se someten los particulares, sino que hoy su razón de ser está asociada a que algunas relaciones jurídicas por especializadas y sobre todo por que en ellas se involucra el concepto de "lo público" se deben exepcionar del derecho común y someterse a unas reglas de derecho de carácter especial.

Para el derecho administrativo, en nuestro caso colombiano, lo que en la actualidad se vive es un desplazamiento o mutación en el objeto de esta rama fundamental del derecho, y hoy, la preocupación fundamental no hace referencia al régimen jurídico de actos y contratos de la administración, sino, en el caso de los servicios públicos, a la protección especial que deben tener los usuarios y la necesaria universalización en la prestación de ellos, como función inherente al Estado y estas dos tareas siguen rigiéndose básicamente por normas excepcionales al derecho común en protección de los sectores menos desarrollados de la población.

6. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESTÁ CONSTITUIDO POR EL CONJUNTO DE REGLAS QUE EN PROTECCIÓN DE “LO PÚBLICO” EXCEPCIONAN EL DERECHO COMÚN

Si volvemos la mirada por las definiciones de derecho administrativo, nos encontraremos que el derecho administrativo no es otra cosa que el conjunto de principios y normas que en protección de lo público excepcionan el régimen común aplicable en las relaciones entre particulares, y leyes como la 142 y 143, no son nada diferente de esto, son reglas que de un lado establecen políticas y principios que buscan obtener el mejoramiento de la calidad de vida y la universalidad de los servicios y de otro establecen un régimen especial de protección de los usuarios.

Las leyes de servicios públicos en el caso colombiano no son leyes de privatizaciones, por el contrario son leyes que le permiten a las entidades estatales mantener su propiedad sobre las empresas, y lo que posibilitan las leyes es la liberalización en el sector de los servicios permitiendo la concurrencia en condiciones de igualdad a operadores públicos y privados. El contenido básico de la ley no es otro que el de cumplir el fin de mejorar la calidad de vida y la universalidad en los servicios y para ello debe superar los obstáculos que el régimen preexistente impide el desarrollo sectorial competitivo.

6.1. Reglas de Interpretación en la ley de Servicios Públicos Domiciliarios

Las leyes de servicios públicos son leyes administrativas de naturaleza muy especial, en las cuales no sólo se establece su contenido teológico, y se definen los alcances de la propia ley, sino que, su orientación está plenamente definida al cumplimiento de una política estatal que en desarrollo de lo establecido en los artículos 334, 336 y 365 a 370 de la carta son señalados en el artículo 2° de la ley.

Reglas especiales de interpretación. Las leyes de servicios públicos pretenden fijar unas reglas teleológicas de interpretación y para ello los artículos 2, 13, 30 y 186 de la ley ponen los hitos fundamentales de la siguiente forma:

El artículo 2° consagra los fines que debe tener en cuenta el Estado en la intervención en los servicios públicos, fines dirigidos al mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios, a la universalización en la presta-

ción mediante programas de ampliación de cobertura permanentes, a la atención en forma prioritaria a la prestación de servicios de acueducto y saneamiento básico, a la continua y eficiente prestación del servicio, a la garantía de la libre competencia y no utilización abusiva de posición dominante, al aprovechamiento de economías de escala, a la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas y finalmente al establecimiento de un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

El capítulo I, del Título I, de la ley de la que hace parte el citado artículo 2° determina los principios generales sobre los cuales se edifica la ley así:

- Define el ámbito de aplicación de la ley, el cual no sólo es el régimen de los denominados Servicios Públicos Domiciliarios, de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija, básica, pública, conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, sino que además lo amplía a las actividades que realizan las entidades prestadoras de los servicios, a las actividades complementarias que ellas realicen⁴⁷ y a otros servicios previstos expresamente en normas especiales de la Ley.
- Se determinan los fines y alcances de la intervención del Estado en la Economía en materia de servicios públicos.
- Se enuncian los instrumentos que para la intervención en los servicios públicos poseen las entidades con competencias regulatorias, de control y vigilancia sectorial.
- Se califican como servicios públicos esenciales todos los regulados en la Ley 142, para efectos de lo previsto en el artículo 56 de la Constitución Política, que garantiza el derecho a la huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.
- Se determinan claramente las funciones y competencias de la Nación y de las Entidades Territoriales en materia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- Se enuncian los derechos básicos de los usuarios.

47. El concepto de servicio complementario a uno domiciliario no es amplio e indeterminado sino que su alcance está determinado por el artículo 14 de la Ley 142.

- Se consagra el principio de la libertad de empresa en el sector de los servicios, lo que implica la eliminación de los monopolios.
- Se define el alcance de la función social de la propiedad por parte de las entidades prestadoras de servicios públicos.
- Se fijan deberes especiales para los usuarios del sector oficial.

El artículo 13 de la ley, establece como regla general de interpretación que: Los principios que contiene el capítulo I. o sea el referente a "Los principios generales", se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esa u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten. A diferencia de buena parte de la legislación colombiana la Ley 142 establece principios que llevan los vacíos de interpretación o posibles lagunas que podrían llegar a generarse.

En materia contractual el artículo 30 define una regla clara sobre interpretación así: las normas que la ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma en que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de posición dominante; tal como lo ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y la calidad en la prestación de los servicios.

6.2. Algunos aspectos de importancia en el contenido normativo en la Ley 142 de 1994.

Se establece un régimen de libertad en la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios y por lo tanto se suprimen los títulos habilitantes.

En adelante, en Colombia no se requieren títulos habilitantes para la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios y todo lo contrario, el artículo 10 de la ley consagra los principios de la libertad de empresa en el sector de los servicios, así establece la citada disposición: "artículo 10. Libertad de Empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la constitución y la ley", en el mismo sentido el artículo 22 de la misma ley, establece 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”.

En realidad la ley de Servicios Públicos Domiciliarios, salvo en el caso del otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios básicos de telecomunicaciones de larga Distancia, no exige título habilitante para la prestación de ninguna clase de servicios. Diferente es que para la prestación de algunos servicios como es el caso del acueducto, la generación de energía o telecomunicaciones, se haga utilización de recursos naturales bien sea la utilización del agua o del espectro radioeléctrico, en este caso para poder utilizar el bien debe obtenerse la correspondiente concesión; en el caso de aguas otorgada por las Corporaciones Autónomas Regionales, en los términos de la Ley 99 y en el caso de utilización del Espectro radioeléctrico, el competente para la expedición de la concesión, sea por licencia o por contrato es el ministerio de Comunicaciones en los términos del artículo 8 de la ley, y de las leyes 80 de 1993 y 72 de 1989, y en especial el Decreto-Ley 1900 de 1990.

Además, en todo caso, los operadores de Servicios Públicos Domiciliarios tienen derecho a establecer sus propias redes para la prestación del servicio, pero en su construcción deberán someterse a las normas de planeación, amoblamiento urbano y circulación y tránsito vigentes en el correspondiente municipio.

Una de las restricciones más importantes que establece la ley es la que hace referencia a la prestación de servicios básicos de telecomunicaciones de Larga distancia, pues no sólo el servicio no se clasifica como denominados domiciliarios, sino que además se requiere de un título habilitante, concesión mediante licencia, para su prestación, al efecto establece el artículo 74.3. literal d. En relación con las funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones “Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión”. Es claro que la Ley 142, por mandato del artículo 1º de la misma, es aplicable a servicios básicos de telefonía de larga distancia, pues la ley no es sólo aplicable a los servicios domiciliarios, como se desprende de su texto, también es claro que tanto por mandato constitucional como legal se garantiza la libertad en la prestación de los servicios, pero, ésta como todas las demás formas de libertad no es ilimitada y por lo tanto deben pagarse los derechos de concesión y

obtenerse la licencia para poder operar el servicio. Surge sí una discusión de fondo, y es la relativa a determinar qué sucede si la comisión no hace uso de la atribución que legalmente se le asigna de reglamentar las concesiones y determinar las tarifas correspondientes?

Se establece un régimen tarifario, además de suficiente, eficiente y solidario.

Otro tema central en relación con la intervención del Estado en los SPD, es el relativo a la determinación de las tarifas aplicables a los usuarios de los servicios, pues para poder lograr la participación de nuevos agentes económicos en el sector se requiere que las tarifas adquieran la connotación de precio, que recupera la inversión, posibilita la creación de fondos para la reposición de redes y la expansión de las mismas y garantiza una utilidad razonable; además, para garantizar la existencia de un escenario competitivo, se requiere establecer un régimen regulatorio y del control que impida a los operadores (públicos o privados) incurrir en prácticas restrictivas de la competencia.

La tarifa entonces debe ser suficiente, esto es, debe de permitir que los operadores puedan desarrollarse empresarialmente y para ello las tarifas deben ser costeables y retribuir el capital invertido, pero además deben ser eficientes, esto es no deben asociarse a las tarifas costos ineficientes en que incurra el productor del servicio, las comisiones de regulación al establecer las fórmulas tarifarias deberán eliminar toda posibilidad de que los operadores incurran en ineficiencias que le trasladen a los usuarios de los servicios.

Pero el elemento esencial caracterizador del derecho público en relación con el régimen tarifario, se expresa en la solidaridad de la tarifa, pues el Estado interviene a favor de los sectores más pobres de la población - identificados, como los estratos socioeconómicos 1 y 2-, a fin de garantizar que ellos tendrán acceso a los servicios, son varias las vías de intervención del Estado en este sentido:

Se ordena la creación de fondos de solidaridad y distribución de subsidios, para los estratos más bajos.

Se establece una política general de fondos sectoriales a fin de garantizar la expansión del sector.

Se fijan reglas especiales de financiación para atender la expansión de los servicios a los estratos socioeconómicos más bajos.

Se garantiza el derecho de interconexión a las redes.

La libertad de la propiedad de las redes para la prestación de servicios no es ilimitada, por lo tanto la ley la interviene y garantiza el derecho de interconexión a la misma a operadores del servicio, con el fin de lograr aprovechamiento que logran hacer los proyectos social y económicamente más rentables. Pero el operador que se interconecta con la red de otro, tiene a su cargo un conjunto de obligaciones de las cuales se resaltan como las de mayor importancia las siguientes:

El respeto y sometimiento a reglas técnicas, que obligan al nuevo operador a respetar las formas y puntos de acceso a las redes.

El nuevo operador debe garantizar al propietario de la red a la cual se interconecta que no resultará afectada la prestación de sus servicios a los usuarios finales y por lo tanto deberá garantizar continuidad en las condiciones de calidad y cantidad en la producción y suministro del bien objeto del servicio.

Los gastos en que sea necesario incurrir serán por cuenta del nuevo operador en cuanto no se enriquezca sin causa el propietario de las redes a las cuales se interconecta, y

El nuevo operador debe pagar por el uso de la red, es función de las comisiones de regulación, de conformidad con lo establecido en el artículo 73.22; “Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las Empresas de Servicios Públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer fórmulas tarifarias para cobrar el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta ley.”

Los Servicios Públicos Domiciliarios se constituyen en una especie, de un género más amplio, el de “los servicios públicos en general”, la connotación de domiciliarios que el legislador hace de estos servicios⁴⁸, hace referencia al hecho de tratarse de servicios esenciales que son traídos al domicilio, mediante un sistema de redes, las cuales están afectadas en

48. No todos los servicios que se reciben en el domicilio obtienen la calificación de domiciliarios por parte del legislador, es necesario que se trate de los denominados prestacionales o económicos y que el legislador considere que deben someterse a un régimen jurídico especial, que entre otras consecuencias jurídicas admiten la posibilidad de ser subsidiados.

forma directa a la prestación del servicio y aún en los casos de ser construidas por los particulares deben cumplir con la función social que le corresponde, en los términos del artículo 58 de la Constitución, pero además el régimen de las redes es típico de derecho público así:

La libertad para la construcción, modificación y el establecimiento de redes para la prestación de los servicios debe ejercerse dentro de las condiciones que establece la ley. -artículo 28 Ley 142-

Todos los prestadores de servicios públicos, tanto de naturaleza estatal como privada, tienen los mismos derechos y prerrogativas que la Ley 142 u otras anteriores confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos. -artículo 133 de la Ley 142 de 1994.-

Los operadores de servicios públicos deben facilitar el acceso e interconexión de otras empresas que presten servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos. -artículo 11.6. de la Ley 142-. Las Comisiones de Regulación pueden exigir a los operadores que tomen las medidas necesarias a fin de garantizar la interconexión con otros operadores.

Las Comisiones de Regulación pueden exigir a los operadores de servicios públicos que sus redes de servicios sean homologadas a fin de proteger a los usuarios, garantizar la calidad del servicio o proteger la competencia en los servicios.

En el caso de que un bien público o de uso público sea necesario en el establecimiento de la red para la prestación de un servicio público, como es el caso de la utilización de aguas o del espectro electromagnético, el bien puede ser entregado en concesión a los operadores, en los términos del artículo 39.1. de la Ley. En el caso de contratos de concesión es importante tomar en cuenta que en ellos se aplica a los bienes estatales la reversión en los términos del artículo 19 de la Ley 80.

Se orienta al Estado el cumplimiento de los deberes sociales.

A fin de garantizar la igualdad en la prestación del servicio, se impide a los operadores, públicos o privados, la posibilidad de subsidiar la

prestación de los servicios y además claramente se fija a todos los usuarios la obligación de pagarlos, la orientación social de la ley consiste en suprimir los subsidios indirectos, que favorecen la oferta de servicios y en su lugar, se establece un sistema de subsidios directos a la demanda o los usuarios de los mismos. Se busca que para garantizar la ampliación permanente de cobertura, para el operador de servicios sea transparente llegar a uno u otro usuario, pues todos pagan el valor de sus consumos y tanto los sobrecargos que se autoriza cobrar a los estratos más altos, como el subsidio a los estratos más bajos, son operaciones que se deben realizar a cargo del fondo de solidaridad y distribución de los subsidios que en cada municipio creen los concejos municipales.

La consolidación de fondos como el de comunicaciones y de solidaridad y distribución de ingresos de los municipios y de la nación, así como recurrir a otras formas alternativas de financiación previstas en la Ley, será lo que permita la expansión de redes a los sectores donde económicamente no es rentable llegar, pero que corresponde a la función social del Estado y de la propiedad particular actuar en garantía del desarrollo armónico e integral de la sociedad.

Se unifica en lo posible el régimen aplicable a los operadores.

Se constituyen en una revolución del derecho administrativo, ampliar su órbita de acción pues, no sólo se aplica a las entidades estatales, tal como inicialmente era la tendencia dominante, sino que, además, hoy se aplica en diversas modalidades a los particulares, los cuales, cuando prestan servicios públicos no sólo adquieren prerrogativas del derecho público, sino que, además, tienen las mismas restricciones. De idéntica manera los operadores públicos de servicios públicos a fin de poder competir y además para garantizar una eficiente prestación de los servicios, se someten en cuanto hace referencia a la producción del bien objeto del servicio fundamentalmente a reglas de derecho común.

Se establece un régimen mixto, contractual y reglamentario de protección de los usuarios.

Aunque aparentemente la Ley 142, somete las relaciones empresa - usuario exclusivamente a reglas de derecho común, y no al derecho público, al establecer que la relación se efectuará a través del contrato de servicios en condiciones uniformes, la realidad es que de muy diferentes disposiciones de la misma ley, podrá deducirse que el sistema adopta



lombia es de naturaleza mixta⁴⁹, pues la relación contractual no es completamente libre, ni está determinada exclusivamente por la autonomía de la libertad como sucede en los casos de la contratación privada, todo lo contrario, normas como la contenida en el artículo 9 en relación con la protección del usuario, el artículo 133 en materia de limitaciones a los posibles abusos de posición dominante o como las contenidas en los artículos 152 y siguientes sobre protección de los usuarios en sede de la empresa permiten deducir que existe un indiscutible componente de derecho público en las relaciones jurídicas entre las empresas y los usuarios de los servicios.

7. HITOS EN LA RELACIÓN SERVICIOS PÚBLICOS - DERECHO ADMINISTRATIVO

El tema de los servicios públicos, es y seguirá siendo durante muchos años entre nosotros, uno de los fundamentales que ocupan la tensión del derecho administrativo, pero la visión del tema ha tenido una variación fundamental, mientras antes, la preocupación fundamental giraba en torno a los poderes exorbitantes, que en las relaciones jurídicas debían tener los operadores públicos de los servicios, en el futuro la orientación será la de cómo garantizar la universalidad de los servicios y cómo garantizar que ellos se presten en forma eficiente a todos los administrados.

49. En sentencia C-263, con ponencia del H. Magistrado Antonio Barrea Carbonell, la H. Corte constitucional dijo:

"En la Ley 142 de 1992 las relaciones jurídicas entre los usuarios y las empresas prestatarias de los Servicios Públicos Domiciliarios, tienen fundamentalmente una base contractual. El contrato, «uniforme, consensual en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ellas para ofrecerlas a un número de usuarios no determinados», se rige por las disposiciones de dicha ley, por las condiciones especiales que se pactan con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalan las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código del Comercio y del Código Civil. Por lo tanto, dicha relación jurídica no sólo se gobierna por las estipulaciones contractuales y el derecho privado, sino por el derecho público, contenido en las normas de la Constitución y de la ley que establecen el régimen o estatuto jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios, las cuales son de orden público y de imperativo cumplimiento, porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios, y a impedir que las empresas de servicios públicos abusen de su posición dominante."

La protección del usuario es una de las preocupaciones básicas del derecho administrativo. Más que el derecho de la administración, el derecho administrativo del presente y del futuro, el del administrado que debe protegerse de los abusos de los actos de los gobernantes.

El concepto de lo público en derecho administrativo ha venido a reemplazar la idea de lo estatal y ha tomado al menos tres ámbitos adicionales no estatales por participación de los particulares así; particulares que prestan servicios públicos, particulares que cumplen funciones públicas y particulares que administran bienes del Estado, todos sometidos a reglas especiales del derecho público. Dentro de estos campos hoy es normal admitir que los particulares están investidos de potestades que antes sólo se reconocían a favor del Estado, pero así mismo, hoy esos particulares deben someterse a reglas de derecho público que antes sólo se sentía que podían vincular a las entidades estatales.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

El derecho administrativo y la administración pública no están llamados a desaparecer, lo que debe revisarse es el derecho y la administración tradicional; sus bases deben reemplazarse por las que en realidad eviten los abusos del gobernante, protejan las autonomías territoriales, garanticen la prestación de los servicios públicos básicos a los sectores más pobres de la población y lo más importante en Colombia, reconozcan en la comunidad el protagonista central de la administración, ratifiquen y protejan los derechos humanos y eliminen todo tipo de manifestación de corrupción en la gestión estatal.

Más importante que el régimen jurídico aplicable a los contratos y a las relaciones laborales administrativas, asuntos que perfectamente pueden o no pertenecer al ámbito del derecho administrativo, es que el Estado cumpla sus funciones constitucionales, procure el bienestar y el desarrollo de la comunidad, tareas a las que no puede renunciar, ya que en el fondo, ellas y sólo ellas justifican su existencia y la del derecho administrativo hoy y siempre.

ANEXO. NÚMERO 1.

Sentencias de la H. Corte Constitucional, en ejercicio de control de constitucionalidad de leyes relacionadas con los Servicios Públicos Domiciliarios.

C-284 de 1997

Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Artículo 182. La Corte se inhibe por falta de objeto actual de pronunciamiento, por la vigencia temporal de la norma vencida al momento del fallo.

Artículo 6. Exequible. El legislador puede establecer la forma general como los municipios pueden desarrollar su autonomía en el ámbito de los servicios públicos.

C-252 de 1997

Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Artículo 86 numeral 4º, Exequible. Extratificación socio-económica. Cosa juzgada relativa.

Artículo 87 numeral 3º, Exequible. Extratificación socio-económica. Cosa juzgada relativa.

Artículo 89 numeral 1º, Exequible. Extratificación socio-económica. Cosa juzgada relativa.

Artículo 99 numeral 7º, Exequible. Extratificación socio-económica. Cosa juzgada relativa.

Artículo 101, Exequible. Extratificación socio-económica. Cosa juzgada relativa.

Artículo 102, Exequible. Extratificación socio-económica. Cosa juzgada relativa.

Artículo 103, Exequible. Extratificación socio-económica. Cosa juzgada relativa.

Artículo 104, Exequible. Extratificación socio-económica. Cosa juzgada relativa.

Artículo 99 numeral 6. Estarse a lo resuelto en la sentencia C-566 de 1995 que lo declaró exequible.

Artículo 101 numerales 10 a 13. Inhibitorio por ausencia de cargos en la demanda.

C-242 de 1997

Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

Artículo 19.14. Inexequible. Tribunal de arbitramento obligatorio para resolver los conflictos originados en el contrato de sociedad.

C-066 de 1997

Ponente: Fabio Morón Díaz.

Artículo 24 parcial. Declarado exequible C-419 de 1995, referido al régimen tributario.

Artículo 27.3. Exequible. La administración debe ser ajena a los intereses partidistas.

Artículo 27.7. Exequible. El régimen de los aportes de entidades estatales en las empresas de servicios públicos se somete al derecho privado.

Artículo 30. Exequible. Principios de interpretación.

Artículo 31. Exequible. Concordancia con el estatuto general de la Contratación Pública.

Artículo 32. Parcial Exequible. Régimen de los actos de las empresas de servicios públicos.

Artículo 35. Parcial. Procedimientos contractuales en casos especiales determinados por las Comisiones de Regulación.

Artículo 37. Desestimación de la personalidad interpuesta en los casos de incompatibilidades o inhabilidades.

Artículo 38. Parcial. Primera Parte. Efectos de la nulidad sobre actos y contratos relacionados con servicios públicos.

Artículo 38. Parcial. Segunda Parte. Inhibitorio.

Artículo 39. Parágrafo. Parcial. Exequible. Excepciones en el régimen de la Contratación.

C-253 de 1996

Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Artículo 41. Parcial inexequible. En relación con el régimen laboral de las empresas industriales y comerciales del Estado, que resultan de la aplicación del artículo 17 de la Ley 142.

C-263 de 1996

Ponente: Doctor Antonio Barrera Carbonell.

Artículos 154 a 159. Exequibles. Defensa de los usuarios en sede de la empresa. Competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos.

C-318 de 1996

Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Artículo 41 total. Exequible. Régimen Laboral de las Empresas de Servicios públicos.

C-483 de 1996

Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Artículo 17. Parágrafo 1. Parcial exequible. Régimen de la Transformación empresarial. Empresas industriales y comerciales del Estado.

Artículo 41. Cosa juzgada.

C-599 de 1996

Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Artículo 63.5 Inexequible.

Artículo 82. Inexequible.

Competencias sancionatorias de los personeros sobre las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

C-374 de 1995

Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

1. Artículo 27.4 Inexequible. Contratación del control fiscal por parte de la empresa.

C-375 de 1995

Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Artículo 27.4. Cosa juzgada frente a la posibilidad de contratar por parte de la misma empresa.

Artículo 27.4 Exequible frente a la posibilidad de contratar la vigilancia en el Control Fiscal, por parte de la Contraloría.

C-419 de 1995

Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

1. Artículo 24. Exequible. Régimen tributario.

C-566 de 1995

Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Artículo 89.8 Exequible. Régimen de subsidios.

Artículo 99.6 Exequible. Régimen de subsidios.

C-585 de 1995

Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Artículo 27.6 Exequible. Miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos.

ANEXO NÚMERO 2.

Sentencias originadas en la H. Corte Constitucional en ejercicio de la facultad de revisión de tutelas en casos de discusión sobre derechos fundamentales asociados a la prestación de Servicios Públicos Domiciliarios.

T-614 de 1995

Demandado: Gases del Caribe S.A.

Ponente: Fabio Morón Díaz.

- La acción de tutela contra particulares que prestan servicios públicos.
- El derecho de petición ante particulares que prestan servicios públicos.
- Obligación de prestar Servicios Públicos Domiciliarios cuando las condiciones -entre ellas las técnicas- no lo hacen posible.

Estractos:

En reiterada jurisprudencia, esta Corte se ha pronunciado en favor de la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares encargados de la prestación de un servicio público. La Sala considera que es suficiente, en esta oportunidad, reiterar los conceptos vertidos en la sentencia No C-231 de 1994, mediante la cual, con ponencia del Honorable Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, la Corporación se pronunció sobre la constitucionalidad de los numerales 1o., 2o. y 9o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991. Acerca del punto que ahora interesa destacar, se expuso:

«La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la llamada justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público -como de hecho lo autoriza el artículo 365 superior- o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial. Al respecto, ha señalado esta Corporación:

“El particular es destinatario de la acción de tutela porque, al lado del poder público se encuentran conductas desplegadas por los administrados desde una condición de superioridad frente a los demás o actividades que afectan grave y directamente el interés colectivo generando la necesidad de una medida de defensa eficaz y ágil. Las situaciones que el constituyente estima

como generadoras de la mencionada necesidad son: La prestación de un servicio público" (...).

"Es de mérito anotar que el particular puede ser autoridad pública, como por ejemplo cuando está encargado de un servicio público y ejecuta, en virtud de lo anterior, acto de poder o de autoridad, sin embargo, el mismo artículo 86 constitucional determinó someterlo a una consideración diferente" (...).

"El servicio público de interés general prestado por un particular -como en el caso de servicio de correos-, hace que éste adquiera el carácter de autoridad, pues existe un ejercicio del poder público y la característica fundamental del servicio público, como se mencionó anteriormente, es que tiene un régimen especial en atención al servicio" (C.P. art. 365)'. (negritas fuera de texto original).

Más adelante, la Corte enfatizó:

"Ahora bien, si, como se determinó, la acción de tutela procede para proteger los derechos fundamentales de las personas, entonces no resulta lógico realizar una diferenciación respecto de cuáles derechos pueden ser amparados y cuáles no. Valga reiterar que esta Corporación ya ha determinado que el mecanismo consagrado en el artículo 86 constitucional, es aplicable a todos los derechos fundamentales, esto es, los que se encuentran consagrados en la Constitución, los que determinen los tratados internacionales (Art. 94 C.P.), y los que reconozca la Corte Constitucional al realizar la correspondiente revisión de los fallos de tutela, teniendo en consideración la naturaleza del derecho y el caso en concreto (Art. 2o. decreto 2591 de 1991). Siendo ello así, entonces la acción de tutela contra particulares es viable cuando se intente proteger, dentro de las tres situaciones fácticas que contempla la norma constitucional, cualquier derecho constitucional fundamental, sin discriminación alguna".

En relación con los particulares encargados de la prestación de un servicio público, la Corte explicó:

"Con todo, esta Corporación considera que, respecto de los numerales 1o. y 2o. del artículo 42 del decreto 2591, la acción de tutela debe proceder contra cualquier particular que preste un servicio público. Lo anterior porque, como se ha establecido, el servicio público de interés general prestado por un particular hace que éste asuma una posición de primacía material, con relevancia jurídica, que hace que ese particular, al trascender el plano de la justicia conmutativa que enmarca una relación de igualdad entre todos los seres de un mismo género, pueda, por medio de sus actos, cometer «abusos de poder» que atenten contra algún derecho fundamental de una o varias personas. Por ello ese «particular» debe ser sujeto de las acciones pertinen-

tes, dentro de las cuales se encuentra la acción de tutela, que determinan la responsabilidad de quienes, se repite, han vulnerado o amenazado un derecho constitucional fundamental de cualquier persona".

2. De acuerdo con los anteriores argumentos es claro que la acción de tutela resulta procedente tratándose del derecho de petición que, como ya lo ha establecido esta Corte en diversos pronunciamientos, comprende la posibilidad de dirigirse, por motivos de interés particular o general, a las autoridades públicas y, en eventos como el examinado, a los particulares, quienes están en la obligación de brindar una respuesta que además de oportuna debe ser sustancial, es decir, que verdaderamente resuelva o desate la inquietud formulada sin limitarse a los aspectos que sean apenas tangenciales a la cuestión planteada.

3. El derecho de petición puede ser ejercitado en forma verbal o escrita y en el evento que ahora ocupa la atención de la Corte la empresa demandada aduce que en múltiples oportunidades, ante solicitudes de carácter verbal ha dado, de manera igualmente verbal, las explicaciones referentes a la no extensión del servicio público de gas domiciliario al barrio La Sierrita de la ciudad de Barranquilla.

Los peticionarios de la acción de tutela, por su parte, manifiestan que el 15 de marzo de 1995 elevaron una petición escrita que la empresa no atendió, pues la respuesta requerida no se produjo. Aunque en el expediente no reposa prueba que permita establecer la efectiva presentación de la petición, Gases del Caribe S.A., envió a los peticionarios una comunicación escrita, fechada el 18 de agosto del año en curso, en la que les hace saber que el cubrimiento total de una ciudad con un servicio público es un objetivo de largo plazo que exige la disposición de recursos y la planificación de la inversión. Señala así mismo la empresa, que no basta la simple utilización de la red instalada para llevar el servicio a más usuarios porque las presiones mínimas que se requieren resultan desbordadas al adicionarles consumos mayores, por lo cual, es indispensable proceder al ensanchamiento de la red. Según la empresa, estas dificultades técnicas limitan la extensión del servicio pero, en este momento se estudia la posibilidad de involucrar al barrio La Sierrita en la programación «para el mediano futuro».

La respuesta tardía vulnera el derecho de petición, empero, es preciso puntualizar que no sólo las respuestas positivas satisfacen las exigencias de ese derecho; mediante la resolución negativa, debidamente fundamentada, también se cumple con la obligación de pronta resolución, en los términos del artículo 23 de la Constitución.

El anterior criterio es aplicable al caso sub lite. Tanto en las respuestas verbales que la empresa dice haber dado, como en la respuesta escrita, se

advierte, respecto a la inquietud de los peticionarios una posición negativa, fundada en motivos técnicos y económicos. La Sala estima que el derecho de petición no implica la adopción de una decisión necesariamente favorable y que en esas condiciones, no es posible, mediante la acción de tutela disponer la ampliación de la cobertura del servicio, porque ello desconoce los presupuestos y requisitos de naturaleza económica, técnica y de diverso orden que al presente impiden la atención a los actores.

No ignora la Sala que la disposición de un servicio como el reclamado repercute positivamente en la calidad de vida, y tampoco desconoce que no es idéntica la situación de quienes disfrutan el servicio y la de quienes carecen de él, sin embargo, no toda diferenciación constituye una discriminación y en casos como el examinado, la diferencia no se apoya en criterios caprichosos o arbitrarios sino que encuentra sustento en las dificultades, de diversa índole, que la satisfacción de una solicitud de prestación de Servicios Públicos Domiciliarios acarrea. La atención demandada, por depender de variados factores, no puede prestarse inmediatamente".

Sentencia T-413 de 1995

Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

Demandado: el Presidente y el Tesorero de la junta administradora del acueducto de «La Cuchilla» perímetro rural de San Agustín -Huila-

- La acción de tutela contra particulares que prestan servicios públicos.
- La tutela como medio en la protección de derechos fundamentales afectados por la prestación de servicios públicos como el acueducto.
- Acción de tutela contra la comunidad que presta un servicio público.
- Preferencia de la utilización del agua en el uso doméstico sobre cualquier otro uso.
- A quien se da la orden del restablecimiento del servicio público.

Derecho fundamental a la vida

El fallo que se revisa invoca la sentencia T-578/92⁵⁰. Es necesario aclarar que en aquel caso la tutela no prosperó porque la instauró una persona jurídica (concretamente una urbanizadora) que le solicitaba a una asociación de usua-

50. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.



rios de un acueducto rural que se conectara el acueducto a los 78 predios de la urbanización de acuerdo con un contrato que celebraron entre ellos. La Corte consideró que a la persona jurídica no se le violó ningún derecho fundamental, entre otras cosas porque el lugar aún estaba deshabitado y porque resolver sobre el incumplimiento del contrato compete a la jurisdicción civil. Se trataba, pues, de un caso MUY DIFERENTE al del usuario del acueducto de La Cuchilla a quien se le restringe la recepción del agua porque su uso se distrae en menesteres diferentes al doméstico. Hecha la anterior aclaración, vale la pena resaltar que en la Sentencia T-578/92 se dijo precisamente lo siguiente:

«En principio, el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el Servicio Público Domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art. 11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela.»

Se hizo, pues, por el *ad-quem* una lectura sesgada de la sentencia de la Corte.

De los Servicios Públicos Domiciliarios

El artículo 367 de la Constitución establece

"La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

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

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas".

La ya citada sentencia T-578/92, explica así la anterior disposición:

"Se consagra en esta disposición una categoría especial de servicios públicos, los llamados «domiciliarios», que son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas.

Son características relevantes para la determinación del Servicio Público Domiciliario las siguientes, a partir de una criterio finalista:

a). El Servicio Público Domiciliario -de conformidad con el artículo 365 de la Constitución-, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios.

b) El Servicio Público Domiciliario tiene un «punto terminal» que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiéndose por usuario «la persona que usa ciertos servicios, es decir, quien disfruta el uso de cierta cosa».

c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir, en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna.

"Igualmente no es derecho constitucional fundamental cuando el suministro de agua esté destinado a la explotación agropecuaria, casos en los que se trata del establecimiento de una servidumbre de acueducto de carácter privado cuya consagración es eminentemente legal y no constitucional".

De la lectura se colige que el derecho al agua, para el uso de las personas, en cuanto contribuye a la salud, a la salubridad pública, y, en últimas, a la vida, Sí es un derecho fundamental y que, por el contrario, NO lo es cuando se destina a la explotación agropecuaria o a un terreno deshabitado. Dentro de este criterio, la decisión del a-quo fue acertada, y no lo fue la del ad-quem.

6. ¿A quién se le da la orden?

Está demostrado dentro del proceso que el agua transportada por el acueducto regional «La Cuchilla» se destina además para una fábrica de ladrillo y para 8 lagos de un mismo predio y esto no es razonable porque restringe el agua que los usuarios requieren para su uso diario, para gozar de un ambiente sano, para su salud. Lo razonable es atender primero las necesidades domésticas de las familias que son socias o usuarias del acueducto regional y, si hay un excedente de agua, entonces sí, de manera reglamentada, se puede aprovechar excepcionalmente para otros usos. Esta Sala Séptima, en la Sentencia T-232/93, no solamente tuteló el derecho a la vida sino que ubicó en lugar secundario el uso industrial del agua y preferenció el uso para el consumo humano.

"Frente a la segunda circunstancia, para la Corte Constitucional sí existe mérito para tutelar el derecho a la vida por cuanto el núcleo esencial de la amenaza, que es la inmediatez del daño, se percibe claramente en el caso concreto. En efecto, mediante inspección judicial, la Corte Constitucional pudo comprobar directa y plenamente el agotamiento de la fuente Toma de San Patricio, entre otras razones, obedece al uso distinto al consumo humano.

Así pues, esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional considera que frente a la falta de suministro de agua a las personas que habitan en el municipio de Funza, de la llamada Toma de San Patricio, se configura una amenaza del derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución.

"A pesar de existir expresa prohibición a través de las resoluciones de la C.A.R. sobre la utilización de las aguas del río Subachoque y de la Toma de San Patricio para la industria, esta Sala de Revisión considera que debe procederse de una manera efectiva en aras de proteger la vida".

Para proteger diariamente el derecho al consumo humano del agua, cumplirá un papel muy importante el fontanero.

Ocurre que el artículo 23 del Decreto 2591/91 dice en uno de sus apartes:

"Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción".

En el presente caso se ha restringido el uso doméstico del agua, al solicitante de la tutela y a los usuarios, porque los responsables de la junta administradora del acueducto de "La cuchilla" permitieron que al agua se le diera uso diferente al consumo doméstico, es por ello que la tutela se dirige, en principio, al Presidente de la junta, como representante legal. Sin embargo, hay algo más, la sentencia de primera instancia dio una orden práctica:

"Ordenar al señor fontanero del acueducto para que cancele el servicio del agua en estos casos, en un término perentorio de 48 horas..."

Podría pensarse que el fontanero no es parte en esta acción de tutela y que la determinación del a-quo sería asimilable a una orden policiva.

La Corte considera que esto es posible en la tutela, porque el artículo 86 C.P. habla de que «La protección consistirá en una orden», sin distinguir la característica de la orden, lo importante es la protección INMEDIATA de los derechos constitucionales fundamentales.

Tratándose del agua, su vigilancia está generalmente bajo el cuidado de fontaneros⁵¹ y su manejo ha sido objeto de usos y costumbres sabios y ancestrales, muy ligados a la cotidianidad. En la sentencia T-523/94 se recordó:

51. Además, en cuanto a los fontaneros, existe dentro de este oficio un aspecto histórico recogido aún en las definiciones del diccionario de la lengua española.

FONTANERO: operario que encaña, distribuye y conduce las aguas para sus diversos usos

«Antiguamente, antes de la independencia de la Nueva Granada, agua y leña eran propiedad de los municipios. Pertenecían a la célula municipal, a los ejidos. Precisamente agua y leña conformaban LOS PROPIOS de la municipalidad.

En los poblados pequeños realmente no se palpaba el problema porque la mayoría de las casas tenían su «solar» con pequeñas «manas». Y, no faltaba a la orilla de los caminos el «chorro de agua», sin que a nadie se le ocurriera pensar siquiera que el agua para el uso doméstico pudiera pertenecer a persona alguna. Esta realidad se mantuvo hasta mediados del presente siglo. Podrían existir problemas en cuanto a regadío y por eso en las escrituras públicas se insistía con frecuencia en la propiedad de las «tomas de agua» o «nacimientos de agua», de ahí las servidumbres de agua, pero fundamentalmente se referían a la propiedad inmobiliaria rural y al aprovechamiento del agua para fines agrícolas. Sobre agua potable no había discusión.»

El fontanero es en muchos de nuestros municipios un empleado público, pero también es a veces asalariado al servicio de las juntas administradoras de acueductos regionales. El fontanero es en realidad, la persona que permanentemente está controlando la circulación del agua, esta circunstancia le da una importancia que está ligada a algunos de los deberes de la persona y del ciudadano, señalados en el artículo 95 de la Carta:

- Respetar los derechos ajenos,
- Impedir que no se abuse de los propios,
- Obrar conforme al principio de solidaridad social,
- Velar por la conservación de un ambiente sano.

El fontanero es al mismo tiempo OPERARIO (en su relación laboral con una entidad pública o con una entidad privada) y OPERADOR de un servicio público.

Por lo tanto, la efectividad de la orden que se dará en esta acción de tutela depende en un alto grado de la actividad del fontanero, como operador de un servicio público.

REAL FONTANERO: tiene que ver con real de agua.

REAL DE AGUA: Medida antigua de aforo, correspondiente al líquido que corría por un caño cuya boca era del diámetro de un real de plata. En Madrid se fijó el gasto en tres pulgadas cúbicas por segundo, o en cien cubos al día, que se considera en el canal del Lozoya equivalente a treinta y dos hectolitros».

Significa lo anterior que el fontanero en primer término debe cumplir la orden que se le da en esta tutela como operador del servicio público: debe dar preferencia a la circulación del agua para el uso doméstico, orden que, ya en su condición de operario de la junta, no puede ser contradicha por la junta administradora del acueducto de «La Cuchilla». A dicha junta, corresponderá regular la distribución del agua que sobre después de cubrirse las necesidades humanas. Se deja en claro que la orden que se da en esta tutela obedece al presupuesto de que existe escasez de agua para uso doméstico de los usuarios del citado acueducto de «La cuchilla», se hace esta afirmación porque en el expediente hay prueba para llegar a tal conclusión.

Sentencia T-032 de 1996

Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Demandado: El Presidente de la Junta de Acción Comunal de la Vereda de Quebradahonda en el municipio de Machetá

Prestación de servicios públicos de telefonía por la comunidad.

- El derecho fundamental a la comunicación no puede reducirse al derecho de disponer del servicio de telefonía que sólo constituye una de las modalidades de comunicación.

Estractos

Alcance constitucional del derecho a la comunicación

*“Uno de los motivos alegados por el peticionario para intentar la acción de tutela consistió en que, a su juicio, le estaba siendo violado el derecho a la **comunicación**, que considera fundamental, en cuanto, por la actitud y conducta del demandado, se le impedía obtener la línea telefónica por él solicitada.*

La invocación de un derecho ante los jueces de tutela debe llevar a que estos, como lo hizo el de primera instancia en el presente caso, diluciden en primer término si en realidad tiene el carácter de fundamental y seguidamente establezcan si, consideradas las circunstancias concretas, ha sido violado o amenazado.

Como también lo sugiere una de las providencias materia de examen, la Corte juzga necesario distinguir entre el derecho a la comunicación en su sentido genérico y el que tiene una persona o entidad a que en el lugar de vivienda, trabajo o descanso, o en la sede en que se desarrollan actividades comerciales, industriales, educativas o de otra índole se cuente con la conexión del servicio telefónico.

Para la Corte es evidente que la carencia del específico instrumento de comunicación de que se trata, aunque puede afectar los intereses del individuo y generarle dificultades prácticas de mayor o menor intensidad -depende de sus necesidades y circunstancias-, no representa **per se** una vulneración de derechos fundamentales. Para que estos resultasen afectados por una privación del teléfono se requeriría la concurrencia de otros factores y motivos circunstanciales, como sería el caso, por ejemplo, de que la persona fuera discriminada al serle negado el servicio, pese a cumplir los requisitos pertinentes, por su raza, su religión o su filiación política, ya que ello implicaría una abierta ruptura del principio constitucional de la igualdad; o el de alguien que, justamente por no disponer de otros medios, quedara absolutamente excluido de toda posibilidad de comunicación.

Considera la Corte que el derecho a la comunicación tiene un sentido mucho más amplio, pues su núcleo esencial no consiste en el acceso a determinado medio o sistema sino en la libre opción de establecer contacto con otras personas, en el curso de un proceso que incorpora la mutua emisión de mensajes, su recepción, procesamiento mental y respuesta, bien que ello se haga mediante el uso directo del lenguaje, la escritura o los símbolos, o por aplicación de la tecnología.

La Constitución Política no destina un artículo específico a la garantía del aludido derecho, pero éste sale a flote, como propio e inalienable de toda persona, cuando se integran sistemáticamente varios principios y preceptos constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos 5 (primacía de los derechos inalienables de la persona), 12 (prohibición de la desaparición forzada y de tratos inhumanos o degradantes), 15 (inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada), 16 (libre desarrollo de la personalidad), 20 (libertad de expresión y derecho a emitir y recibir información), 23 (derecho de petición), 28 (libertad personal), 37 (libertad de reunión), 40 (derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político), 73 (protección de la actividad periodística), 74 (derecho de acceso a los documentos públicos) y 75 (igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético), garantías todas éstas que carecerían de efectividad si no se asegurara que la persona goza de un derecho fundamental a comunicarse.

Aunque ello no fuera así, la ausencia de nominación, definición o referencia expresa de un derecho en los textos positivos no puede asumirse como criterio de verdad para negar que exista. Tal es el sentido del artículo 94 de la Constitución Política, según el cual la enunciación de los derechos y garantías tanto en su propio articulado como en el de los convenios internacionales vigentes, «no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos».

Dentro de ese criterio, que excluye toda concepción literal y taxativa de los derechos -como corresponde a un sistema jurídico que prohija el respecto a la dignidad humana-, no cabe duda de que la naturaleza racional y sociable del hombre, no menos que su excepcional aptitud para la expresión verbal y escrita, hacen indispensable, para su desarrollo individual y para la convivencia a la cual tiende de manera espontánea, la posibilidad de establecer comunicación con sus congéneres.

En el caso presente no se afectó el núcleo esencial del derecho a la comunicación, pues aun en el supuesto de que el recaudo de cuotas para la extensión del cable telefónico hasta el lugar de su vivienda hubiera implicado excluir al demandante del servicio solicitado -no aconteció así, según lo que obra en el expediente-, nada indica que por ello quedara absolutamente incomunicado. No se le prohibió acceder a otros medios y ni siquiera se le negó sino que le fue razonablemente condicionada la conexión del teléfono.

Por no ser pertinente para resolver en el presente asunto, se abstiene la Corte de profundizar en la variada gama de temas que suscita el Derecho Constitucional de las comunicaciones, pero advierte que él tiene firme arraigo en la preceptiva de la Carta Política en vigor, como quiera que mediante ella se superó el restringido concepto de la libertad de prensa, que se plas-maba en el artículo 42 de la Constitución de 1886, y se amplió considerablemente el radio de las garantías que exige el desarrollo tecnológico y la complejidad de las relaciones intrasubjetivas del presente.

Participación de la comunidad en la extensión y prestación de los servicios públicos

En el contexto de la democracia participativa, resulta esencial la incorporación de los particulares y de la comunidad a la gestión de los asuntos de interés colectivo, en cuanto no se trate del ejercicio de competencias definidas por la normatividad como privativas de ciertos órganos o funcionarios.

Por ello el artículo 2º de la Constitución destaca como fines esenciales del Estado el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, y el de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Especial importancia tiene este criterio en lo que se relaciona con la extensión y prestación de los servicios públicos. Aunque el deber primordial de asegurar su eficiente cobertura en todo el territorio corresponde al Estado, el artículo 365 de la Carta establece que podrán ser prestados por aquel, directa o indirectamente, o por particulares, siempre, claro está, bajo la regulación, el control y la vigilancia estatales.

Si la Constitución da lugar a que los particulares y las comunidades asuman este tipo de tareas, en el marco de las condiciones que fije la ley, a la vez que garantiza la libre iniciativa privada dentro de los límites del bien común (Artículo 333 C.P.), a la luz de su preceptiva las personas tienen todas las posibilidades de vincularse, individual o colectivamente, a la gestión que desarrollan los entes oficiales que coordinan o prestan los servicios públicos, para contribuir, con sus actividades, al logro de fines tales como la ampliación, eficiencia y desarrollo de aquellos.

Por ello, mientras se ajusten a las normas legales en vigor y su función repercute en el beneficio general, las organizaciones comunitarias constituyen elementos de gran importancia para el logro de los objetivos constitucionales, en especial el relativo a la garantía de un orden político, económico y social justo dentro de un sistema democrático y participativo (C.P., Preámbulo).

Ninguna disposición de la Carta excluye que, en ese orden de ideas, puedan celebrarse convenios o acuerdos entre las entidades públicas y dichas organizaciones para buscar, merced a la integración y coordinación de esfuerzos, objetivos concretos de servicio público en diversas materias y en todas las áreas del territorio nacional.

Las gestiones que en esa virtud cumplen los particulares, mientras se sujeten a la ley y tengan por objeto un verdadero y transparente ejercicio que cuide ante todo el beneficio de la comunidad, son formas plausibles de cristalizar el principio constitucional de la **solidaridad** (Artículo 1º C.P.), al cual se ha referido esta misma Sala de la Corte en los siguientes términos:

"La **solidaridad**, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa «adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros», tiene aplicación en el campo jurídico dentro de la teoría de las obligaciones, en la cual asume las conocidas formas activa y pasiva, y también en materia de responsabilidad.

Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un **deber** -impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social- consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.

Pero fundamentalmente se trata de un **principio** que inspira la conducta de los individuos para fundar la convivencia en la cooperación y no en el egoísmo.

Según el artículo 1º de la Carta, la solidaridad entre los integrantes de la organización política que ella estructura constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho. Al tenor del artículo 95, numeral 2, uno de los

deberes de la persona y del ciudadano radica en «obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas»

La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste el único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Fallo T-550 del 2 de diciembre de 1994).

Ahora bien, como ya se dijo, la contribución comunitaria puede implicar, según la Carta Política, que las organizaciones correspondientes asuman, bajo el control, la vigilancia y la regulación del Estado, la prestación de los servicios públicos, pero no necesariamente deben hacerlo. Su aporte puede ser muy valioso en variados aspectos tales como la mayor cobertura del servicio, la infraestructura indispensable para su conexión, la intermediación entre la entidad que lo presta y los usuarios, o la orientación de recursos humanos y económicos hacia los propósitos de interés común".

Sentencia T-257 de 1996

Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell

Demandado: El Alcalde de Villavicencio y el representante legal de la entidad Bioagrícola del Llano S.A., sociedad de economía mixta del orden municipal.

- El servicio público domiciliario de recolección de basuras y el medio ambiente.
- La prestación de servicios públicos y la vulneración de derechos fundamentales.
- Ubicación de los rellenos sanitarios y el derecho a la vida y la salud.

Estractos

" 1. La protección de la vida, la salud y el ambiente a través de la acción de tutela.

Dentro de la noción del Estado Social de Derecho, la misión de "defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo", no constituye el único fin al cual debe apuntar la actividad del Estado en beneficio de la comunidad política, como ocurría con la superada concepción del simple Estado de Derecho,

sino que su compromiso es mucho más intenso en contenido y extenso en propuestas, soluciones y realizaciones, porque debe responder a los grandes retos que suponen, "el bienestar general y el mejoramiento de su calidad de vida" de las personas (C.P. art. 366). Es indudable, que la conservación y protección del ambiente, en cuanto tienden a asegurar la salud y la vida y la disponibilidad y oferta constante de elementos ambientales a las generaciones presentes y futuras, constituyen un cometido esencial del Estado, como se desprende del sistema normativo del ambiente que institucionaliza en varias de sus disposiciones la Constitución (arts. 8, 49, 63, 66, 67, 72, 79, 80, 81, 88, entre otros).

Reiteradamente ha dicho la Corte que aun cuando el derecho a gozar de un ambiente sano se protege a través de la acción popular, es posible impetrar la acción de tutela en los casos en que la violación o amenaza de vulneración de aquel, implica la transgresión o la inminencia de la violación de un derecho constitucional fundamental con respecto a una o varias personas determinadas. Por consiguiente, si con la acción o la omisión de las autoridades públicas, o de los particulares, encargados de la prestación de un servicio público o que pongan en estado de subordinación o indefensión a las personas o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, se vulneran o amenazan los derechos a la vida o a la salud u otros derechos fundamentales, es procedente la acción de tutela. Es así como, aun cuando el numeral 3 del art. 6 del decreto 2591 de 1991, considera improcedente la tutela para proteger derechos colectivos, permite su ejercicio cuando se requiera amparar «derechos amenazados o violados en situaciones que comprometen derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable».

Sobre la procedencia de la tutela, cuando se trata de proteger no sólo el ambiente sino los derechos fundamentales dijo esta Sala lo siguiente⁵²:

"Con todo, cuando la violación del derecho a un ambiente sano implica o conlleva simultáneamente un ataque directo y concreto a un derecho fundamental, se convierte la acción de tutela en el instrumento de protección de todos los derechos amenazados, por virtud de la mayor jerarquía que ostentan los derechos fundamentales dentro de la órbita constitucional".

"Esa conexidad por razón de la identidad del ataque a los derechos colectivo y fundamental genera, pues, una unidad en su defensa, que obedece tanto a un principio de economía procesal como de prevalencia de la tutela sobre las acciones populares, que de otra manera debería aplicarse inde-

52. Sentencia T-254/93 M.P. Antonio Barrera Carbonell.



pendientemente como figuras autónomas que son".

2. Procedencia de la tutela para proteger los derechos del peticionario a la vida, la salud y a gozar de un ambiente sano

2.1. Según criterios de los especialistas, la disposición de las basuras constituye un problema ambiental que afecta principalmente las zonas periurbanas donde son amontonadas, esterilizando los suelos y constituyéndose en focos de contaminación del aire, de las aguas y en general de la biosfera⁵³.

La contaminación por basuras afecta de manera grave el ambiente, porque produce no sólo la alteración del aire, de las aguas y en general de los ecosistemas, sino del entorno físico y del paisaje. Dicha forma de contaminación, no sólo puede afectar el derecho constitucional de gozar de un ambiente sano, sino que puede conllevar la vulneración o amenaza de violación de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud. De esta manera, el manejo y disposición adecuados de las basuras constituyen un deber a cargo de las autoridades o empresas de servicios públicos encargadas de la prestación del servicio de aseo. En tal virtud, resulta inconcebible que por razón de sus acciones u omisiones, las autoridades municipales influyan de cualquier modo en la presencia de focos infecciosos o de situaciones que perviertan el bienestar de las personas, como ocurre, tanto con la deficiente recolección de las basuras, como en la inadecuada disposición y operación de los basureros o rellenos sanitarios.

2.2. El juez de primera instancia recaudó una serie de pruebas de las cuales se infiere que la sociedad demandada no consiguió la licencia ambiental ni cumplió otras exigencias de ley para obtener la autorización que le permitiera adelantar las obras del relleno sanitario para la ciudad de Villavicencio (Concepto de Corporinoquía, fl. 316). Y bien se sabe, porque así lo determina la Ley 99 de 1993 que «la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje requerirán de una Licencia Ambiental», que debe ser otorgada por las autoridades competentes -ministerio del Medio Ambiente, Corporaciones Autónomas Regionales, o las municipales en determinados casos (arts. 49 y 51). El otorgamiento de dicha licencia, impone al beneficiario de ella la obligación de cumplir con determinadas obligaciones y requisitos «en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los

53. Ecología para Todos, Alfonso Pérez Preciado, Banco de la República, 1980, p. 173.

efectos ambientales de la obra o actividad autorizada" (art. 50).

Coincide el criterio de esta Sala con el de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que al no haberse cumplido por la empresa promotora y ejecutora del relleno sanitario de Villavicencio con la totalidad de las exigencias sanitarias y de protección del medio ambiente, no es posible el otorgamiento de la licencia ambiental y, por lo tanto, no es viable la ejecución de las actividades relativas a dicho relleno.

La ausencia de los estudios técnicos que se echan de menos en el caso sub-lite, permiten concluir que la ejecución de la obra en tales condiciones, ponía y pone en peligro la vida y la salud no sólo del peticionario sino de quienes habitan en los alrededores de la pretendida obra y constituirá de seguro, un foco de contaminación del ambiente del sector.

Claros mandatos constitucionales obligan a encuadrar la actividad del Estado dentro de ciertos comportamientos, de manera que se permita, de un lado, prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y, de otro, alcanzar las finalidades sociales, que dentro del Estado de Derecho corresponden al mejoramiento de la calidad de vida y el bienestar general de la población (C.P. arts. 80, inc. 2 y 366).

*Sobre el particular tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte, en los siguientes términos:*⁵⁴

"El Estado, como se ha dicho, tiene la obligación social de brindarle a la comunidad el saneamiento ambiental, considerado como un servicio público a términos del artículo 49 de la Constitución Nacional, y para todas las personas es un derecho irrenunciable el de gozar de un ambiente sano, tal es el mandato del artículo 79; pero en materia de ambientación y aprovechamiento de estos recursos humanos la Constitución en su artículo 80 le impuso la obligación al Estado de planificar en forma adecuada y razonable el aprovechamiento de los recursos para garantizar su desarrollo y vida útil al servicio de la humanidad".

54. Sentencia T-092 de 1993, Gaceta de la Corte Constitucional, T.2, segunda parte, p. 400.