



Revista de  
**Derecho**  
Público

**EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN LA VIGILANCIA Y  
CONTROL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS  
UNA MIRADA A TRAVÉS DE LA SITUACIÓN DEL SECTOR SOLIDARIO**

**GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ**

**ANDRÉS GÓMEZ REY**

Artículo de reflexión

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Público N.º 32

Enero - Junio de 2014. ISSN 1909-7778

## **El principio de imparcialidad en la vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios. Una mirada a través de la situación del sector solidario**

### **Resumen**

El presente escrito tiene como objetivo mostrar la tensión que existe entre el principio de imparcialidad y el control integral que realiza el Estado sobre algunas actividades especiales. Para lograrlo será expuesto el caso de las empresas del sector solidario que prestan servicios públicos domiciliarios, las cuales deberán rendir cuentas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD) tanto por las acciones que realicen en pro de su objeto social como por aquellas netamente contractuales o administrativas. La estrategia metodológica utilizada en esta investigación parte del estudio de las fuentes del derecho —norma *ius fundamental*, ley, doctrina, jurisprudencia y, en general, el ordenamiento jurídico relacionado—, para posteriormente, de manera empírica, obtener consecuencias desconocidas a partir de preceptos normativos conocidos.

Lo anterior para concluir que, aunque las normas y decisiones judiciales sobre la prohibición de control concurrente en el sector solidario deben ser acatadas, estas se limitaron a emitir juicios de regla, sin lugar a ponderación de principios. Es decir, no se estudió la conveniencia de la norma, sino simplemente su contenido, lo cual nos lleva a insistir que es sumamente perjudicial para el sector de servicios públicos que sea la SSPD quien asuma la vigilancia y el control integral de estos.

**Palabras clave:** Servicios públicos domiciliarios, prestadores, sector solidario, vigilancia y control.

## **The principle of impartiality in the surveillance and control of the domestic public utilities. The social-support sector**

### **Abstract**

The present article exhibits the tension that exists between the principle of impartiality and the integral control that realizes the State over special activities. In order to achieve this, it will be exposed the case of the companies of the social-support sector providing domestic public utilities, companies that must give account to the Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, both for the actions realized in favor of its corporate purposes, and also for those administrative and contractual.

The methodological strategy used on this research, begins from the study of the Law sources —constitutional law, law, doctrine, jurisprudence, and overall the related law system— to, consequently, in an empirical manner, obtain unknown consequences, based on known normative precepts.

In the end, we can conclude that though the regulations and legal decisions regarding present control prohibition must be complied, such were limited to issue regulations' comparisons, ruling out principles praising. Meaning, it was not the convenience of the regulation that was studied, but rather, its content, which leads us to insist on how extremely detrimental it is for the public utility sector that the Home Public Utility Superintendence (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios) takes over supervision and integral control of the summoned.

**Key Words:** At home public services, providers, social-support sector, surveillance and control.

## **O princípio de imparcialidade na vigilância e controle dos serviços públicos domiciliários. Um olhar através da situação do setor solidário**

### **Resumo**

O presente escrito tem como objetivo mostrar a tensão que existe entre o princípio de imparcialidade e o controle integral que realiza o Estado sobre algumas atividades especiais. Para alcançá-lo será exposto o caso das empresas do setor solidário que prestam serviços públicos domiciliários, as quais deverão prestar contas à Superintendência de Serviços Públicos Domiciliários (SSPD) tanto pelas ações que realizem em prol de seu objeto social como por aquelas netamente contratuais ou administrativas.

A estratégia metodológica utilizada nesta pesquisa parte do estudo das fontes do direito —norma *iusfundamental*, lei, doutrina, jurisprudência e, em geral, o ordenamento jurídico relacionado—, para posteriormente, de maneira empírica, obter consequências desconhecidas a partir de preceitos normativos conhecidos.

O anterior para concluir que, embora as normas e decisões judiciais sobre a proibição de controle concorrente no setor solidário devam ser acatadas, estas se limitaram a emitir juízos de regra, sem lugar a ponderação de princípios. Ou seja, não foi estudada a conveniência da norma, senão simplesmente seu conteúdo, o qual nos leva a insistir que é sumamente prejudicial para o setor de serviços públicos que seja a SSPD quem assuma a vigilância e o controle integral destes.

**Palavras-chave:** Serviços públicos domiciliários, prestadores, setor solidário, vigilância e controle.

## **SUMARIO**

Introducción – I. DE LA IMPARCIALIDAD JURÍDICA – II. GENERALIDADES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – III. DE LA INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – *A. En el aspecto objetivo* – *B. En el aspecto subjetivo* – IV. DE LA CONVENIENCIA DE ASUMIR LA VIGILANCIA Y EL CONTROL INTEGRAL EN EL SECTOR SOLIDARIO – V. A MANERA DE CONCLUSIÓN – Bibliografía.

# El principio de imparcialidad en la vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios

## Una mirada a través de la situación del sector solidario\*

Gloria Amparo Rodríguez\*\*

Andrés Gómez Rey\*\*\*

### Introducción

La imparcialidad es un vocablo que refleja diversas realidades,<sup>1</sup> por ende no posee un con-

tenido único y específico, ya que depende del contexto en el cual se presente. No obstante, al ser entendido como un elemento del debido proceso (Henoa Pérez, 2009), el cual es a su vez un derecho fundamental consagrado en la Carta Política de 1991 (art. 29), se hace necesario, desde el punto de vista jurídico, un estudio que dé fe de su utilización en cada uno de los posibles ámbitos en los cuales se desenvuelve.

Es pues esta la intención del presente escrito: ver cómo el principio de imparcialidad se desenvuelve cuando la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD) asume la vigilancia y control integral de los organismos del sector solidario. Veámoslo:

La vigilancia y control de las personas que llevan a cabo la prestación de servicios públicos como el acueducto, el alcantarillado, el aseo, la energía eléctrica y la distribución de gas combustible<sup>2</sup> se encuentra en cabeza de la SSPD con

---

\* Cómo citar este artículo: Gómez Rey, A. y Rodríguez, G. A. (Junio, 2014). El principio de imparcialidad en la vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios. Una mirada a través de la situación del sector solidario. *Revista de Derecho Público*, 32.

\*\* Abogada, especialista en Derecho Ambiental, Negociación, Conciliación y Arbitraje y Derecho Médico y Sanitario de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo con énfasis en Gestión Ambiental de la Universidad Nacional de Colombia y doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Catedrática de la asignatura Ética y Medio Ambiente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actualmente se desempeña como profesora principal de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, donde además es directora de la especialización y de la línea de investigación en Derecho Ambiental. Cuenta con diferentes publicaciones sobre temas ambientales y étnicos y ha sido editora académica de otras obras. Correo: gloria.rodriguez@urosario.edu.co; <http://gloriamparodriguez.blogspot.com>

\*\*\* Abogado de la Universidad de la Sabana, especialista en Derecho Ambiental y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor de cátedra de pregrado y postgrado en la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Ha sido asesor de entidades como la Defensoría del Pueblo, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, algunas Corporaciones Autónomas Regionales, entre otras. De igual manera, acompaña a empresas privadas en temas ambientales, especialmente en procedimientos sancionatorios. Cuenta con diversas publicaciones sobre derecho ambiental y derecho de los servicios públicos domiciliarios. Correo: agomezrey@icloud.com.

1 Desde el punto de vista clásico puede decirse que es un término "análogo".

2 Y actividades complementarias.

fundamento en los artículos 189 numerales 22, 211, 365 y 370 de la Constitución Política de Colombia, y por cuanto la Ley 142 de 1994<sup>3</sup> así lo dispone. No obstante, el parágrafo 1° del artículo 79 de la citada norma reza: “En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya...”, lo cual ha generado un límite en dichas funciones de vigilancia y control. Aunque la norma no expresa claramente que la SSPD esté impedida para examinar actos y contratos, ya que esta expresión semántica se refiere a que no podrá solicitarlos previamente para su aprobación, la entidad ha interpretado, a través de su Oficina Asesora Jurídica, que no es competente para pronunciarse al respecto.<sup>4</sup>

Lo anterior quiere decir que en virtud de la disposición traída a colación, la SSPD encuentra por fuera de sus funciones el examen de actos y contratos de los prestadores de servicios públicos, así como el examen de los inconvenientes administrativos que presentan dichas formas

organizacionales;<sup>5</sup> lo cual se conoce como el aspecto subjetivo de la prestación.<sup>6</sup>

Más aún, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 del Decreto 2150 de 1995,<sup>7</sup> en el sector solidario no podrá existir control concurrente respecto de los organismos cooperativos.<sup>8</sup> Es decir, cuando quienes integren el sector solidario lleven a cabo la prestación de servicios públicos domiciliarios, estos no podrán ser vigilados por dos entes; solo por uno de ellos.<sup>9</sup>

En este sentido se planteó un conflicto de competencias entre la entidad que tradicionalmente realizaba la vigilancia y control del aspecto subjetivo de las organizaciones del sector solidario —Superintendencia de Economía Solidaria

3 Al igual que la Ley 689 de 2001, el Decreto 990 de 2002 y otros.

4 A manera de ejemplo véase el Concepto 142 de 2005 de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que establece: <<el caso... se refiere a un contrato de comodato en donde la empresa entregó un vehículo compactador a un tercero y este a su vez, lo entregó en arrendamiento. Este negocio jurídico (contrato de comodato) hace parte del giro normal de la empresa prestadora y en consecuencia esta Superintendencia no tiene competencia para pronunciarse sobre el mismo, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo 1° del artículo 79, cuyo texto establece: “En ningún caso el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya (...).” Los únicos contratos respecto de los cuales tiene competencia esta Superintendencia para vigilar y controlar su cumplimiento son los de condiciones uniformes que se suscriben con los usuarios para la prestación de los diferentes servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994, artículo 79, numeral 2)>>.

5 Las competencias funcionales de la SSPD recaen de manera directa sobre los prestadores inmersos en el ámbito de aplicación del artículo 1 de la Ley 142 de 1994.

6 Contrario sensu, el aspecto objetivo hace referencia a las actividades que se presentan en desarrollo del objeto social de la forma organizativa, como lo es —para el caso en concreto— la prestación de los servicios públicos domiciliarios y la relación entre las empresas y los usuarios.

7 De conformidad con lo establecido en el artículo 147 del Decreto 2150 de 1995, “[l]as facultades de control y vigilancia por parte del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas no podrán ejercerse respecto de entidades y organismos cooperativos sujetos al control y vigilancia de otras superintendencias.”

8 Es decir, en las cooperativas de trabajo asociado, las precooperativas de trabajo asociado y las administraciones públicas cooperativas cuando presten servicios públicos domiciliarios.

9 Véase: a) artículo 34 de la Ley 454 de 1998, modificado por el artículo 98 de la Ley 795 de 2003 que reza: “El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de la Economía Solidaria la inspección, vigilancia y control de las cooperativas y de las organizaciones de la Economía Solidaria que determine mediante acto general, que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado”; b) Decreto 1369 de 1998, el cual expresa que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tendrá a su cargo el control y vigilancia del objeto social y de la actividad cooperativa de las instituciones de economía solidaria que desarrollen en forma principal o especializada la prestación de servicios públicos domiciliarios.

ria— y la que vigila y controla el aspecto objetivo —Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios—.

En efecto, en el año 2010 al ocurrir esto, se propuso un conflicto negativo de competencias ante el Consejo de Estado, quien en Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante fallo del 8 de julio del 2010, con ponencia del consejero Augusto Hernández Becerra manifestó que, no obstante la existencia del parágrafo 1° del artículo 79 de la Ley 142 de 1994,

ello no es óbice para que la SSPP pueda cumplir con el deber de supervisar la completa actividad de dichas entidades de conformidad con el artículo 370 superior y 75 y 76 de la Ley 142 de 1994 y el Decreto 990 de 2002. La prohibición de dar permiso previo a la suscripción de actos y contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos, no significa que la SSPP carezca de atribuciones y responsabilidades para vigilar estas manifestaciones de la actividad de las empresas bajo su control. Por consiguiente, no existe contradicción entre la no necesidad de permiso para realizar los actos o contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Dicha vigilancia comprende la ejecución de actos o contratos, pues no por otros medios las empresas de servicios públicos domiciliarios cumplen su objeto social,

decisión que tiene naturaleza vinculante, definitiva y carece de recursos.

Como consecuencia de dicho acto judicial, la SSPP debe asumir las funciones de vigilancia y control tanto del aspecto subjetivo como del aspecto objetivo de las personas jurídicas que

conformen el sector solidario y deseen prestar servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, teniendo en cuenta que dichas acciones las deberá adelantar en pro de los principios constitucionales, el presente escrito tiene, pues, la intención de observar la conveniencia de adjudicar a una sola entidad la vigilancia y control integral, a la luz del principio de imparcialidad.

Para lograrlo, la presente revisión del tema ha sido dividida en cuatro partes: la primera de ellas aborda el principio de imparcialidad desde la teoría del derecho, la segunda menciona brevemente algunas apreciaciones sobre los servicios públicos domiciliarios —a manera de contextualización—, la tercera describe la vigilancia y el control en los servicios públicos domiciliarios y, la cuarta, analiza la conveniencia o no del control integral, para terminar con la recopilación de lo observado en las conclusiones y con una serie de propuestas.

La estrategia metodológica utilizada en esta investigación parte del estudio de las fuentes del derecho —norma *ius fundamental*, ley, doctrina, jurisprudencia y en general, el ordenamiento jurídico relacionado—, para posteriormente, de manera empírica, obtener consecuencias desconocidas a partir de preceptos normativos conocidos.

En consecuencia, se trata de un “documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema

específico, recurriendo a fuentes originales”, el cual, según la tipología de Colciencias (2010), es considerado como un artículo de reflexión.

Esperamos pues, sean valiosas las páginas venideras.

## I. DE LA IMPARCIALIDAD JURÍDICA

La condición de ser humano implica la tendencia a observar la realidad del mundo desde el punto de vista personal, la inclinación a generar apreciaciones cercanas a nuestra forma de ser y, por ende, aprobamos en mayor medida lo similar a nosotros.

Desde el punto de vista práctico, la imparcialidad suele medirse de manera positiva, ora es identificada como acción —parcialidad— ora como omisión —imparcialidad—; de esta manera se relaciona la valoración con un sujeto y su posición ideológica. Por esta razón, jurídicamente se entiende mejor la imparcialidad en contraposición a su significación positiva.

En consecuencia, la disciplina jurídica ha considerado la imparcialidad como valor irrenunciable, en tanto se solicita de todo operador jurídico estar alejado de prejuicios, tener objetividad en sus decisiones, omitir percepciones y relaciones particulares y personales con las partes y únicamente tener en cuenta lo ocurrido.

En palabras de nuestra Corte Constitucional, comprende dos aspectos: “La imparcialidad objetiva exige que los asuntos sometidos al juzga-

dor le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto. Hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad.” Por su parte, “la imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer” (C.Const. C-762/ 2009).

De ahí la dificultad con el principio, ya que:

a) Tiene que ver con el método de hacer justicia y no con el fin, por cuanto debe presentarse al momento de emitir el juicio en que se soporta razonablemente alguna de las posiciones discutidas —requisito de tiempo—.

b) Se debe abolir la valoración o juicio que pueda emitir el sujeto —requisito de contenido—.

Entonces, se le exige “a quien” posea la competencia para decidir, que conozca las causas y los hechos, pero que olvide las particularidades de quienes estén en ellos involucrados; es decir, que cuente con un gran conocimiento de los hechos y las causas, pero omita las apreciaciones subjetivas o personales (atención selectiva).

Es por esta razón que la diosa Temis tiene los ojos vendados, simbolizando que no debe tener en cuenta, ver u observar concepciones personales al momento de impartir objetivamente justicia. Caso contrario, si se valoraran condiciones especiales del sujeto al momento de tomar

decisiones, estaríamos en presencia de la equidad como principio que mengua o atempera la justicia, más no de justicia en estricto sentido.

De la reflexión planteada, tal y como lo propone Trujillo (2007, p. 12.), resulta evidente la conexión entre imparcialidad y justicia. Sin llegar a una equivalencia de significados, cabe sostener que la imparcialidad es *conditio sine qua non* de la justicia, en el sentido que resulta difícil pensar en un resultado justo que no sea imparcial. Por otra parte, resulta obvio que una de las formas que puede revestir la injusticia es la parcialidad.

Es decir, no tener acercamiento al sujeto evita el conocimiento de condiciones subjetivas, personales y otras que pueden afectar el juicio al momento de tomar una determinada decisión.

Sin embargo, “la imparcialidad “pura”, si fuera posible, resultaría tan difícil y utópica como lo es la justicia absoluta” (Trujillo, 2007, p. 13.), razón por la cual se ha tratado a través de la razón especulativa y la razón práctica<sup>10</sup> o el juicio universal<sup>11</sup> para su concreción.

De conformidad con esto, las partes en un proceso consideran al operador jurídico legítimo cuando es imparcial y cuando profiere una decisión bajo los preceptos contenidos en la ley. Pero para lograrlo se requiere independencia del investigador o juzgador. Esto implica que los demás poderes o funciones estatales no

se inmiscuyan en el juicio del operador, lo cual propone una referencia necesaria a Dworkin (1999), quien manifiesta que la autoridad del juez radica en defender los derechos de los ciudadanos de acuerdo con el principio de legalidad y el ordenamiento jurídico vigente. Como consecuencia de lo anterior existe la figura de la recusación, mediante la cual se permite a las partes reclamar que el operador jurídico que tiene facultades para decidir sea alejado del conocimiento de un asunto, por sospechar que su decisión estará parcializada.

La imparcialidad, entonces, requiere tanto de un sujeto independiente y alejado de las causas personales de las partes, como de las garantías procesales universales.

En Colombia, particularmente la Corte Constitucional ha manifestado que la imparcialidad es un principio-valor que compone el debido proceso como derecho fundamental,<sup>12</sup> mediante el cual toma vida el principio de igualdad material y formal de los ciudadanos ante la ley. En la sentencia C-1641/2000, dicho tribunal expone un elemento definitorio de la actividad judicial y administrativa:

las garantías constitucionales de la independencia e imparcialidad (C. P. art. 209), constituyen presupuestos esenciales para preservar el debido proceso en todas las actuaciones públicas, lo que salvaguarda la confianza en el Estado Social de Derecho, a través de la garantía ciudadana de que las decisiones legislativas,

10 La primera se ajusta y se somete a lo conocido, y mediante la segunda se permite elegir entre una diversa gama de posibilidades que garantizará “lo correcto” o “lo justo”.

11 Que se reduce a la ley y se verifica en su aplicación o utilización.

12 Véanse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional: C-1641/2000, C-365/2000, C-676/2001 y C-073/2006).

administrativas o judiciales gozarán de credibilidad social y legitimidad democrática.

## II. GENERALIDADES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Los servicios públicos domiciliarios, según la Constitución Política (C. P.) son un fin del Estado, ya que contribuyen a mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio colombiano (arts. 1, 2, 334 y 365). Por esta razón, el tribunal constitucional de cierre ha dicho que la eficiencia, la oportunidad y el mayor cubrimiento de estos, son los medios más adecuados que tiene el Estado para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de todas las personas y dar solución a las necesidades básicas insatisfechas, de tal suerte que muchos de los factores que regulan legalmente su prestación deben tener como consideración fundamental el interés social que ellos revisten (C. Const., T-055/2011).

En este orden de ideas, el establecimiento de principios y reglas a su alrededor es de vital importancia, pues debe propender siempre porque su recibo por parte de la población sea eficiente y efectivo, es decir, que contribuya a: “(i) la calidad y la eficiencia del servicio público y su aptitud para satisfacer las necesidades básicas de los usuarios (art. 367 Superior); (ii) la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas... (art. 366 Superior), y (iii) la ampliación permanente de la cobertura hasta que llegue a cobijar a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 Superior)” (C. Const., sentencia C-739/08).

De forma particular y en un sentido restrictivo o legalista podemos decir que los servicios públicos domiciliarios “son aquellos cuyas prestaciones o facilidades son disfrutadas desde su domicilio por los usuarios” (C. Const., T-578/1992), como es el caso del acueducto, el alcantarillado, el aseo, la energía eléctrica y el gas.

Estas actividades podrán ser llevadas a cabo tanto por los particulares, de acuerdo con unas especiales reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, como por el Estado, prefiriendo a los primeros, ya que en virtud del principio de libertad de empresa, el Estado (municipio) solo podrá asumir su prestación directa en caso de que no exista algún interesado de derecho privado en realizar dichas actividades, previo agotamiento del procedimiento descrito en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994, y en pro de su función de aseguramiento.

Respecto a este tema, Matías (2013, p. 19) muestra la polémica que actualmente existe alrededor de los servicios públicos domiciliarios, particularmente sobre las empresas prestadoras, su naturaleza jurídica, propiedad, regulación y control, y sobre los principios que deben orientar su prestación. Adicionalmente, trae a colación dos tendencias o políticas públicas a través de las cuales se han diseñado los esquemas de los servicios públicos domiciliarios en diferentes países. Por un lado, se encuentra la gestión pública como instrumento del Estado para intervenir en el mercado y de esta manera garantizar la eficiente prestación de los servicios, preferiblemente a través de empresas de

derecho público y, por el otro, la gestión privada mediante la cual será “el mercado” el regulador de la prestación.

A partir de la Constitución Política de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano adoptó una mixtura entre las dos tendencias, pues permite la prestación de los servicios públicos domiciliarios por parte de los particulares pero establece una serie de reglas que estos deberán observar con el objetivo de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado. En este sentido, si bien la prestación de dichos servicios se puede llevar a cabo por personas jurídicas tanto de derecho público como de derecho privado, será el Estado el encargado de ejercer su vigilancia y control.

### III. DE LA INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 689 de 2001,<sup>13</sup> que modifica el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, “las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos”. En otras palabras, la SSPD ejerce las funciones de vigilancia y control de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios con el fin que estas cumplan con las leyes 142 y 143 de 1994, las que las complementan o modifican,

así como los decretos reglamentarios y las resoluciones de las comisiones de regulación.

A propósito, entonces, se entiende que la función de inspección hace referencia a la emisión de alertas e indicadores para la valoración de la situación del sector de los servicios. A su vez, la vigilancia comprende dos acciones para verificar el cumplimiento del marco normativo: a) la solicitud de información por parte de la SSPD a los prestadores de servicios públicos domiciliarios con el fin de generar alertas operativas, financieras, técnicas, jurídicas, administrativas y comerciales; y b) el seguimiento a los prestadores para que den cumplimiento a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

En cambio, por control se entiende la toma de medidas coercitivas que tienden a generar un especial reproche al prestador que incumple con los parámetros normativos. Entre ellas se encuentran las acciones sancionatorias administrativas,<sup>14</sup> la toma de posesión, la ejecución de órdenes, entre otras.

Veamos entonces la forma en la cual se traduce la vigilancia y el control.

#### A. En el aspecto objetivo

El aspecto objetivo, como se mencionó en la introducción, hace referencia a las acciones realizadas por los prestadores de servicios públicos en función de su objeto social. Es decir, “a las actividades que realicen las personas presta-

13 Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994.

14 Las cuales podrán terminar en la imposición de multas y otras sanciones descritas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

doras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley” (L. 142/1994, art. 1).

En este sentido, las acciones de vigilancia y control que realizará la SSPD estarán sujetas a la ejecución de un silogismo en el cual la ley o marco jurídico de los servicios públicos domiciliarios es la premisa mayor y el comportamiento de los prestadores la premisa menor.

Así pues, el comportamiento de la persona en tanto prestadora será el paradigma de comparación. Por tanto, la SSPD conocerá los hechos generados por el prestador de los servicios públicos domiciliarios, y de acuerdo con esto emitirá, de manera imparcial, decisiones dentro de sus funciones de vigilancia y control. Lógicamente, sin tener en cuenta las particularidades personales de la situación.

A manera de ejemplo: supongamos<sup>15</sup> la existencia de un prestador rural que no posee instrumentos de medición idóneos<sup>16</sup> para la determi-

15 La expresión “supongamos” hace referencia a la solicitud de los autores de entender el precepto normativo en sentido estricto, ya que las interpretaciones varían teniendo en cuenta que sobre este punto existen algunas excepciones temporales y permanentes contempladas en las resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA 151 de 2001, 364 de 2006 y otras. Es decir, de entender que en el ejemplo propuesto (que se continuará a través del presente escrito) es técnicamente posible la instalación de los medidores, configurando así la obligación de ponerlos en funcionamiento.

16 Sobre el particular, la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se ha pronunciado mediante el Concepto 484 de 2005, indicando que la medición es tanto un derecho como un deber de los usuarios y los prestadores, ya que así será cobrado el servicio de acuerdo con el consumo.

nación del consumo, comportamiento que presuntamente violentaría lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 302 de 2000, modificado por el artículo 4 del Decreto 229 de 2002 por medio del cual se establece la obligatoriedad de que cada acometida (de ser técnicamente posible) cuente con un instrumento que permita la medición del consumo. Por ende, la SSPD deberá tomar las acciones de vigilancia respectivas para que el prestador cumpla con la obligación dispuesta en la ley y demás normas vigentes, y en caso de renuencia adelantará las acciones de control necesarias.

A este tipo de situaciones se limitan las funciones de la entidad, esto es, a conocer los hechos generados por el comportamiento de los prestadores y a compararlos con lo que las normas aplicables dispongan. Así pues, hará cumplir disposiciones sobre calidad de agua, continuidad en el servicio, utilización de metodologías tarifarias, entre innumerables temas adicionales.

## ***B. En el aspecto subjetivo***

El aspecto subjetivo hace referencia a las acciones realizadas por los prestadores de servicios públicos para mantener el giro ordinario de sus actividades, como los actos, los contratos y todo aquello que constituye la parte administrativa de su gestión.

Aunque se dijo en la introducción, debemos recordar que el párrafo del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, reza “En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se

someta a aprobación previa suya”, lo cual extrae de la vigilancia y control que realiza la SSPD la revisión de actos y contratos.

Esta situación ha sido confirmada por la SSPD en Concepto 44 de 2002, así:

si se permitiera que el Superintendente aprobara... los actos y decisiones que son adoptadas por las empresas dentro de la total autonomía administrativa con que cuentan, y luego dentro de la órbita de sus funciones entraría a ejercer control, vigilancia e inspección sobre los actos en los cuales ya ha impartido su aprobación y concurso. Por lo demás, aparte de proceder por fuera de sus atribuciones, la Superintendencia al desplegar este tipo de acciones entraría a coadministrar las empresas por ella vigiladas. En otras palabras, esta Superintendencia no está facultada para controlar la legalidad de los actos de las entidades prestadoras de servicios públicos —tarea encomendada a los Tribunales de la República— razón por la cual de manera reiterada se ha abstenido de hacer cualquier pronunciamiento a este respecto por ausencia de competencia (artículo 6 Superior).

Así pues, la regla general será que la vigilancia y control de estos aspectos —llamados también administrativos o subjetivos— estará a cargo de entidades especializadas, como bien lo pueden ser: los jueces de la República, las superintendencias de Sociedades e Industria y Comercio, las gobernaciones<sup>17</sup> y otras.

Estos organismos especializados en la vigilancia y control del aspecto subjetivo verificarán, entre

otros aspectos administrativos, el pago de tasas de contribución, control de legalidad —reconocimiento, posesión de cuerpos directivos, reformas estatutarias—, etc. En otras palabras, estarán conociendo y vigilando las particularidades de los prestadores. Digamos, la imposibilidad de los suscriptores para adquirir los instrumentos de medición del consumo (así sea otorgado el subsidio<sup>18</sup>), derivado de la capacidad de pago por ingreso per cápita y otras cuestiones especiales y diferenciadoras.

La razón que ha justificado esta división recae precisamente en la aplicación del principio de imparcialidad, mediante el cual la vigilancia integral en cabeza de una sola persona (que inspecciona, conoce, diagnostica, hace recomendaciones y sanciona), se traduciría en acciones “de juez y parte”.

No obstante lo anterior, en varias oportunidades el Consejo de Estado ha señalado que, con el fin de evitar fraccionamientos, decisiones contradictorias o duplicidad en el ejercicio de las atribuciones propias de las diferentes superintendencias, así como impedir que entre estas se presenten casos de vigilancia concurrente frente a determinados aspectos de los sujetos sometidos a su control, es plenamente válida la asignación o delegación integral de funciones “a una u otra superintendencia en relación con determinadas sociedades o personas o con los diferentes aspectos de la prestación de los ser-

17 Las gobernaciones tienen funciones de vigilancia y control del aspecto subjetivo en los términos del Decreto 1529 de 1990.

18 De acuerdo con el artículo 15 del Decreto 302 de 2000, modificado por el Decreto 229 de 2002, es deber de la persona prestadora otorgar financiamiento no menor a 26 meses a los usuarios y/o suscriptores de los estratos 1, 2 y 3 con el fin de cubrir los costos del medidor, su instalación y obra civil.

vicios públicos cuya función de vigilancia corresponde al Presidente de la República” (2001, R.: C-746), siempre que la misma se efectúe de manera expresa, clara y precisa, de tal forma que permita el deslinde de las funciones que a cada una corresponde.

Para el caso específico de los servicios públicos domiciliarios, recordemos que el artículo 147 del Decreto 2150 de 1995 establece que para los organismos del sector solidario no podrá existir control concurrente, lo cual implica que la tradicional división entre los encargados de vigilar y controlar el aspecto subjetivo y el objetivo fue abolida y reemplazada por el control integral en cabeza de una sola entidad, es decir, de la SSPD, situación confirmada posteriormente por el Consejo de Estado.<sup>19</sup>

Las razones que justificaron dicha decisión normativa proceden de:

- El tamaño de las organizaciones del sector solidario: teniendo en cuenta que la mayoría de prestadores con grandes capitales, infraestructura y gerencia técnica requieren de complejas acciones, han quedado en cabeza de un ente especializado como la Superintendencia de Sociedades o la Superintendencia de Economía Solidaria. Sin embargo, como las organizaciones del sector solidario presuntamente no poseen dicha complejidad, se vio conveniente unificar su control en una

sola cabeza para el caso de los servicios públicos, olvidando que la complejidad no deriva del tamaño sino de la temática tratada, que prácticamente es la misma.

- “La búsqueda de la eliminación de toda regulación, trámite o requisito que dificulte el ejercicio de las libertades ciudadanas” (D. 2150/1995). En este sentido, ha entendido el legislador —sin motivación adicional— que la unificación de la vigilancia y control elimina trámites administrativos que “complican” el desarrollo de libertades civiles.

#### **IV. DE LA CONVENIENCIA DE ASUMIR LA VIGILANCIA Y EL CONTROL INTEGRAL EN EL SECTOR SOLIDARIO**

Teniendo en cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado resolvió el conflicto de competencias entre la Superintendencia de Economía Solidaria y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ordenando a esta última asumir la vigilancia y control integral —objetivo y subjetivo— de los organismos del sector solidario, esta tendrá que adaptar su tradicional comportamiento para dar cumplimiento a lo allí ordenado. Sin embargo, deberá hacerlo respetando el principio de imparcialidad antes mencionado. Retomemos el ejemplo visto: un prestador que no puede cumplir con su obligación de contar con instrumentos idóneos de medición. Ante este hecho, la SSPD deberá tomar las acciones de vigilancia y control derivadas del incumplimiento —aspecto objetivo—.

19 Debemos recordar que las decisiones del Consejo de Estado radican de manera primaria en el examen de comparación entre la ley y el actuar de la administración pública, más no en establecer la conveniencia de la aplicación de la ley. Se trata, entonces, de un examen del derecho positivo y no de aspectos de Estado de las normas.

Empero, desde el aspecto subjetivo, se pudo comprobar que el ingreso *per cápita* de los suscriptores es inferior al costo de los medidores —aun si existe plan de financiación—. Adicionalmente, plantea el prestador que al no poseer un sistema eficiente de potabilización de las aguas, dados sus altos costos, el agua que distribuye contiene sólidos suspendidos, los cuales podrían afectar los instrumentos de medición en caso de ser instalados.

Teniendo en cuenta que una sola entidad, en este caso la SSPD, está realizando la vigilancia y control, conocerá los aspectos particulares que podrán “viciar” o “parcializar” su juicio al momento de tomar una decisión. Como las razones que justifican la inexistencia de la medición<sup>20</sup> son razonables —aspecto subjetivo— no se adelantarán acciones de control —del aspecto objetivo—, eliminando así el ejercicio de vigilancia. En otras palabras, no habrá imparcialidad en las acciones que realiza la entidad.

## V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Siendo momento de realizar una recopilación *in genere* de lo visto, se puede concluir con dos afirmaciones:

1. No hay lugar a discusión que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es la entidad competente para realizar la vigilancia y control integral de las organizaciones del sector solidario.

2. Cuando una sola entidad asume la vigilancia y el control tanto del aspecto objetivo como del aspecto subjetivo, puede hacer nugatorias las acciones típicas de sus funciones, por cuanto tendrá tal conocimiento de su objeto vigilado que tendrá en cuenta situaciones particulares y especiales al tomar decisiones.

De lo anterior se desprende, sin lugar a dudas, que aunque las normas y decisiones judiciales deben ser acatadas, estas se limitaron a emitir juicios de regla, sin lugar a ponderación de principios. Es decir, no se estudió la conveniencia de la norma, sino simplemente su contenido, lo cual nos lleva a insistir en que es sumamente perjudicial para el sector de servicios públicos que sea la SSPD quien asuma la vigilancia y el control integral de estos. Por tal razón, debemos proponer que se adelanten las acciones pertinentes con el fin de modificar el marco jurídico que prohíbe el control concurrente.

No obstante, mientras esto ocurre, la entidad deberá asumir las funciones que se desataron en el conflicto de competencias. Por ende, cabe preguntarse: ¿cómo asumir estas funciones en pro y cuidado del principio de imparcialidad? La respuesta no es otra que separando en su interior la vigilancia y control del aspecto subjetivo y el objetivo.

Teniendo en cuenta que las organizaciones del sector solidario pueden prestar todos los servicios públicos domiciliarios, será importante, con el fin de garantizar el principio de imparcialidad y el eficaz ejercicio de los dos aspectos que ahora comprende la vigilancia y el control integral, crear

<sup>20</sup> Suponiendo que es técnicamente posible.

una dependencia ajena e independiente de las superintendencias delegadas, la cual deberá estar vinculada al mayor nivel jerárquico posible y ser transversal al trabajo de las delegadas.

Por último, deberá estudiarse el diseño e implementación de la regulación requerida para adaptar los manuales de funciones y herramientas de la SSPD, de modo que pueda asumir las nuevas competencias.

### Referencias

- Congreso de la República de Colombia. (11 de julio de 1994). *Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2752>
- Congreso de la República de Colombia. (4 de agosto de 1998). *Ley 454 de 1998. Por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones*. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley\\_0454\\_1998.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley_0454_1998.html)
- Congreso de la República de Colombia. (28 de agosto de 2001). *Ley 689 de 2001. Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994*. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2001/ley\\_0689\\_2001.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2001/ley_0689_2001.html)
- Congreso de la República de Colombia. (14 de enero de 2003). *Ley 795 de 2003. Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2003/ley\\_0795\\_2003.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2003/ley_0795_2003.html)
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Exp. 11001-03-06-000-2010-00070-00. (C. P.: Augusto Hernández Becerra, julio 8 de 2010).
- Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad.: C-746. (C. P.: Alberto Arango Mantilla, septiembre 25 de 2001).
- Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero, noviembre 3 de 1992).
- Corte Constitucional. Sentencia C-1641 de 2000 (M. P.: Arturo Ferrer Carrasco, noviembre 29 de 2000).
- Corte Constitucional. Sentencia C-365 de 2000 (M. P.: J. Pabón).
- Corte Constitucional. Sentencia C-676 de 2001 (M. P.: Jaime Chávez Rincón, junio 28 de 2001).

- Corte Constitucional. Sentencia C-073 de 2006 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil, febrero 8 de 2006).
- Corte Constitucional. Sentencia C-739 de 2008 (M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, julio 23 de 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia C-762 de 2009 (M. P.: Juan Carlos Henao Pérez, octubre 29 de 2009). Recuperado de: <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2009/c-762-09.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T-055/2011 (M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio, febrero 4 de 2011).
- Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación –Colciencias. (2010). Documento Guía. Servicio permanente de indexación de revistas de ciencia, tecnología e innovación colombianas. Bogotá: Colciencias.
- Departamento Nacional de Planeación. (21 de mayo de 2002). *Decreto 990 de 2002. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/2002/decreto\\_0990\\_2002.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/2002/decreto_0990_2002.html)
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Matías, S. R. (enero-junio de 2013). La teoría general del servicio público y las telecomunicaciones. *Diálogos de Saberes*, (38), 43-62.
- Recuperado de: <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Matias.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia. (5 de diciembre de 1995). *Decreto 2150 de 1995. Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*.
- Presidencia de la República. (21 de julio de 1998). *Decreto 1369 de 1998. Por el cual se reglamenta el literal f) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995*. Recuperado de: [http://190.147.213.68:8080/homepage/ALEGIS\\_INTER/LEYES\\_Y\\_DECRETOS/1998/DECRETO\\_1369\\_DE\\_1998.pdf](http://190.147.213.68:8080/homepage/ALEGIS_INTER/LEYES_Y_DECRETOS/1998/DECRETO_1369_DE_1998.pdf)
- Presidencia de la República. (5 de febrero de 2000). *Decreto 302 de 2000. Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado*.
- Presidencia de la República. (1 de febrero de 2002). *Decreto 302 de 2005. Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 302 del 25 de febrero de 2000*.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (1996). *Actualidad jurídica en servicios públicos*. Tomo I.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (2002). Concepto 44 de la Oficina Asesora Jurídica.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (2005). Concepto 142 de la Oficina Asesora Jurídica.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (2005). Concepto 484 de la Oficina Asesora Jurídica.

Trujillo, I. (2007). *Imparcialidad*. Serie Estudios Jurídicos n.º 119. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2510/2.pdf>