

Una aproximación al estudio de la **constitución económica** colombiana y los servicios públicos domiciliarios*

One approach to the Colombian Economic Constitution Study and Public Residential Services

*Andrea Alarcón Peña***

Fecha de recepción: 16 de febrero de 2013

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2013

Resumen

El presente artículo se divide en cuatro secciones. En la primera de ellas se describen los antecedentes constitucionales y legales del Título XII de la Constitución Política colombiana, para ello se analizan las particularidades que la Carta de 1886 consignaba (respecto de libertades y derechos de contenido económico) y aquellas que posteriormente fueron consignadas. La segunda parte analiza las particularidades del sistema económico colombiano haciendo una breve sinopsis del modelo de **estado** colombiano.

La tercera y cuarta parte describen, de manera general, las particularidades que registran constitucionalmente los servicios públicos domiciliarios y su importancia y relevancia para alcanzar los objetivos del Estado.

* Este artículo es resultado del proyecto de Investigación titulado: "De las prácticas restrictivas de la competencia y los actos de competencia desleal en los servicios públicos domiciliarios en Colombia: el sector de gas natural" perteneciente a la línea de Investigación en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

** Abogada de la Universidad Santo Tomás; Especialista en Derecho comercial y negocios de la Universidad **Santa Tomas** (USTA), **Magister** en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, Candidata a Doctora en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia – España. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. andresalarconp@gmail.com

Palabras claves

Mercado, estado social de derecho, Constitución, servicios públicos domiciliarios, igualdad, libertad, competencia y monopolio.

Abstract

This article is divided into four sections. In the first of which describes the legal and constitutional history of Title XII of the Colombian constitution, this will analyze the particular consigned the Charter of 1886 (regarding freedoms and economic rights) and those that were subsequently recorded. The second part analyzes the characteristics of the economic system with a brief synopsis Colombian model Colombian state.

The third and fourth parts describe, in general, the particular constitutionally recognized public services and its importance and relevance to the objectives of the State.

Keywords

Market, Social State, Constitution, Public Services, Equality, Freedom, Trust, Competition.

Clasificación del artículo

Artículo de investigación científica.

1. Antecedentes del Título XII de la Carta Fundamental Colombiana

Los constituyentes del año 1886 consideraron que los temas económicos no eran relevantes por sí mismos para ser incorporados en el texto constitucional. Estimaban que estos debían ser desarrollados y regulados legal y reglamentariamente. Sin embargo, dentro de las

garantías de contenido económico consideraron pertinente incluir el derecho a la propiedad privada (base de cualquier sistema de mercado) y la libertad de trabajo (artículo 39)¹. No fue hasta el año 1910 (Acto Legislativo No. 3) cuando se incluyeron los monopolios como arbitrios rentísticos del Estado.

Posteriormente, en el año 1936, se produjo un fuerte remezón en el ordenamiento económico colombiano. Al producirse la reforma del año en mención, los constituyentes -por propuesta presentada en el año 1934 por el ministro de **Gobierno** Darío Echandía²- le atribuyeron al Estado la función y facultad para intervenir en la producción, distribución y consumo de la riqueza: postulados que se traducían en la consagración de deberes sociales a cargo del Estado y la función social de la propiedad. Así:

“Todos estos elementos lo convierten necesariamente en una entidad interventora, con responsabilidades económicas y sociales, encargada de proveer servicios como la educación, las asistencia pública y la salud y en proteger el trabajo, el derecho de huelga y la asociación sindical” (Marulanda, Perry, **Benítez**, Cuevas, Garzón, & Guerrero, Régimen Económico. Libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del **estado**. Informe de Ponencia. Comisión Quinta - Subcomisión Primera, 1991)

Esta propuesta de reforma tuvo como motivación la necesidad de poner límites a la excesiva concentración de capitales monopolísticos y al aprovechamiento absoluto que los propietarios hacían del derecho a la propiedad en claro desmedro de los derechos de los trabajadores y de la competencia económica. Esta reforma modificó sustancialmente el papel del Estado que a partir de su aprobación se convirtió en sujeto activo de la economía y el mercado, promoviendo el aprovechamiento racional de los recursos disponibles.

1 A su vez, la **constitución** de 1886 consagraba el monopolio de las armas y los licores.

2 Esta propuesta tuvo su fuente en el inciso 5 del artículo 44 de la Constitución de la República de España y se convirtió, una vez aprobado por el Congreso de la República de Colombia, en el artículo 32 de la **constitución** de 1886.

Ulteriormente, mediante reforma del año 1968, el constituyente reconoció un espacio propio a la libertad económica al contemplar la libertad de empresa y la iniciativa privada como garantías económicas de rango constitucional. Esta posibilidad ampliaba el marco para la actuación de los agentes económicos que contaban con todas las garantías para emprender libremente actividades económicas orientadas a la producción e intercambio de bienes y servicios. A partir de todo este trasegar constitucional económico, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991³ diseñó el Título XII de la Constitución Política.

La Comisión Quinta Constitucional reconoció, en sus informes de ponencia⁴, los avances alcanzados por la **carta** de 1886 pero señaló la necesidad de eliminar las barreras a la libre iniciativa económica (no a las barreras económicas ni burocráticas) salvo aquellas que por razón de la salubridad y seguridad públicas, interés social, medio y ambiente y patrimonio cultural de la nación sean necesarias (establece entonces una limitación a esta garantía dada por la prevalencia del interés general sobre el particular). A su vez, reconoce el derecho colectivo a la libre competencia económica como un elemento que califica la libertad económica. (Marulanda, Perry, **Benitez**, Cuevas, Garzón, & Guerrero, Régimen Económico. Libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del **estado**. Informe de Ponencia. Comisión Quinta - Subcomisión Primera, 1991).

- 3 La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fue convocada por el pueblo e inició sesiones el día 4 de febrero de 1991 y clausuró sesiones el 4 de julio de 1991, fecha en la que fue promulgada la Constitución Política de Colombia. Esta **constitución** consigna las más diversas posiciones ideológicas, económicas, políticas, culturales y sociales producto de la multiplicidad de actores (70 constituyentes delegatarios) que participaron en el proceso de construcción.
- 4 El primero de ellos presentado el 6 de abril de 1991 por la Subcomisión Primera de la Comisión Quinta ponía en consideración de la Plenaria la propuesta de los artículos 31 y 32 que regulaban la libertad económica y la intervención del Estado en la Economía. El segundo de ellos se presentó el 20 de mayo del mismo año y ponía en consideración de la plenaria de la ANC los artículos mencionados con algunas modificaciones al primero relacionadas con monopolio de licores. No obstante, se presentaron cerca de 70 propuestas para integrar el articulado del Título XII.

Los ponentes consideraron, además, la protección de tres garantías esenciales para el **eficientes** y adecuado funcionamiento de un sistema de mercado: propiedad privada, libre empresa y libertad de competencia. Reconocieron en forma especial la salvaguarda especial que precisa la libre competencia al considerar que vulneraciones o afectaciones que sobre ella se ejecuten se traducen en daños a los consumidores y al conjunto de la colectividad⁵. Las garantías mencionadas pretenden, en **sentir** del constituyente, impedir el agravamiento de la inequidad en la distribución del poder económico y social.

Sumado a lo anterior, el constituyente hizo énfasis especial en la intervención del Estado en la economía al considerar que a través de **ésta** se satisfacían varios objetivos que el informe de ponencia consignó en cuatro categorías, así:

- a. Objetivos de tipo general: desarrollo integral, mejoramiento de la calidad de vida, justicia social, equidad, preservación de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado;
- b. Objetivos específicos: desarrollo armónico de las regiones (en armonía con los principios de descentralización y desconcentración), empleo, satisfacción de las necesidades básicas (ligado al principio de calidad de vida y dignidad humana);
- c. Objetivos intermedios: productividad y competitividad; y,
- d. Medios y políticas económicas específicas: concertación, planificación y racionalización, aprovechamiento racional de los

5 Aunque el informe de ponencia presentado el 20 de mayo de 1991 reconoce en forma expresa la imposibilidad de condiciones de mercado perfectamente competitivo en todas las esferas de la economía al mencionar la existencia de monopolios naturales, señalando en forma expresa los servicios públicos. A partir de este postulado, se afirma la necesidad de dotar al Estado de instrumentos y mecanismos idóneos para garantizar el correcto funcionamiento del mercado y la protección de los derechos de los agentes económicos.

recursos naturales, ingresos y salarios, estabilidad económica, política antiinflacionaria, internacionalización. (Marulanda, Perry, Benitez, Cuevas, Garzón, & Guerrero, 1991)

Estos objetivos se ligan con la intención del constituyente al redactar la totalidad del texto constitucional y precisan de forma especial la función que **al Estado le corresponde en** relación con el devenir de la economía y las condiciones del mercado. A partir de estos postulados, el Estado asume un papel activo y dinámico en el desarrollo del sistema de mercado al armonizarlo con los objetivos del Estado Social de Derecho.

Una vez identificados los antecedentes del título XII de la Constitución Colombiana, es preciso abordar su estudio a partir de las particularidades del modelo de Estado plasmado en la Constitución de 1991.

2. Sistema constitucional económico

El artículo **1** de la Constitución Política define a Colombia como un Estado Social de Derecho, modificando así el modelo plasmado en la **constitución** de 1886: *Estado de derecho*; ese concepto social no constituye un calificativo trivial, por el contrario “lo primero que debe ser advertido es que el término ‘social’ ahora agregado a la clásica forma del Estado de derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado,” (Sentencia T- 406/92) el Estado Social de Derecho supera a su antecesor por cuanto en el actual, la realización de la igualdad material constituye un factor y principio determinante que persigue la realización de la justicia social y el principio de la dignidad humana.

El denominado Estado de Derecho emergió como una reacción al régimen absolutista propio de los siglos **XVI y XVIII** y surgió como un intento reivindicatorio de los valores de la ideología del

individualismo liberal triunfantes a partir de las revoluciones inglesa, francesa y americana. Pretendiendo garantizar los denominados derechos naturales de los individuos: *la vida, la libertad, la igualdad formal y la propiedad*; desproviéndolos entonces de la condición de simples concesiones o prerrogativas reconocidas por el soberano de turno que podía, sin miramiento alguno, desconocerlas a liberalidad.

Aunque suponía grandes avances frente a la situación anterior, el modelo resultaba ineficiente debido a la incapacidad reflejada por el Estado para dar respuesta a la grave problemática social. Ante esta realidad, el reconocido estadista alemán Herman Heller formula la idea del Estado Social:

“...se enfrenta con el problema concreto de la crisis de la democracia y del Estado de **derecho**, el que, en su criterio, es preciso salvar no solo de la dictadura fascista sino también de la degeneración a que le ha conducido el positivismo jurídico y los intereses de los sectores dominantes. Estos lo habían convertido en una idea sin contenido o incapaz de enfrentar la irracionalidad del sistema capitalista generador de un nuevo feudalismo económico encubierto. La solución no está en renunciar al Estado de Derecho sino en darle un *contenido económico y social*, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución: solo el Estado Social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica...” (García Pelayo, 1982, págs. 16 - 17)

Ante este planteamiento, y similares provenientes de otros sectores, los Estados se vieron avocados a incorporar amplios catálogos de derechos fundamentales en sus ordenamientos constitucionales, con el fin de proteger y realizar en forma efectiva el principio de dignidad humana⁶, pero la consagración de los mismos

6 El principio de dignidad humana constituye el principio fundante del ordenamiento jurídico y soporta todo el sistema de derechos y garantías plasmados en la Constitución; por medio de él se considera que el ser humano es un fin en sí mismo y no un medio para alcanzar los fines de los demás—incluso los del Estado—. La Corte Constitucional Colombiana lo ha entendido en una triple dimensión: como un principio constitucional, como un derecho fundamental autónomo y como un principio axiológico fundante del ordenamiento jurídico colombiano. Ver Sentencia C- 355 de 2006.

supuso también incorporar acciones que garantizaran su efectividad (Defensoría del Pueblo, 2005, pág. 25).

De nada valían amplias consagraciones de derechos y libertades si las mismas carecían de herramientas idóneas que permitieran dinamizarlos y hacerlos exigibles ante su incumplimiento y sin autoridades obligadas a garantizar su satisfacción. A su vez, desconocer este principio ponía entonces en entredicho el papel del Estado que funda la razón de su existencia en la realización de la justicia social.

El nuevo modelo de Estado, vincula jurídicamente a los organismos del Estado y aun a los particulares, a principios que buscan garantizar la efectividad de los derechos de todos (incluyendo personas jurídicas). Se pretende con este postulado “corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación, y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales” (C-1064/2001). El principio de igualdad dejó de ser considerado formalmente y el Estado advirtió la necesidad de garantizar una igualdad material, efectiva y real.

Este cambio permeó al subsistema constitucional económico, entendido como un conjunto de normas de contenido económico dentro del entramado constitucional, este subsistema, para el caso preciso de la Constitución Colombiana de 1991, supone un *modelo social de mercado* (Dalla Via, 2006, págs. 15 - 19). No obstante esta alusión, al momento de hacer interpretación es pertinente atender al principio de unidad constitucional, las normas que componen este subsistema deben ser interpretadas entre sí, pero sin obviar el marco que las integra,

“la interpretación constitucional tiene sus propias exigencias hermenéuticas, además de las generales propias de todo contexto jurídico; y entre ellas, constituye un principio esencial de interpretación de la Constitución el de la unidad constitucional, esto es, el postulado de que el conjunto de normas constitucionales forman una totalidad. Este principio obliga a no contemplar las normas constitucionales como *victa membra*, o entes aislados, sino captar en la

interpretación de cada una de ellas, la unidad del sistema del que han surgido, en el que se integran y constituyen una parte” (Dalla Via, 2006, pág. 18)

Este subsistema constitucional⁷ supone entonces una ordenación de la economía que implica ponderar unos elementos libertarios aunados a algunos componentes intervencionistas⁸. Esta combinación obedece a los distintos modelos económicos acogidos por la constitución, así: el modelo capitalista o de libre mercado, el sistema socialista y los sistemas mixtos (Lequizamon Acosta, 2002, pág. 38)

El modelo de economía de mercado colombiano conlleva el análisis de varios elementos que reúnen variadas premisas⁹:

- a. Principio pro libertate
- b. Principio pro igualdad.

7 Aunque ante esta expresión y la mencionada anteriormente por Dalla Via, es pertinente considerar que la Corte Constitucional en sentencia C-398 de 1995 indicó que “la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (art. 1), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (C.N arts. 333, 334 y 335) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohiado”

8 El artículo 314 de la Carta Política indica que el Estado tiene a su cargo la dirección general de la economía, disposición que le permite participar en ciertas áreas determinadas (como por ejemplo servicios públicos), a su vez el artículo 333 garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada –dentro de los límites del bien común– asegurando la libre competencia económica a todos los agentes que participen en el mercado. Con el ánimo de garantizar este postulado el Estado –dotado de facultades intervencionistas en la economía– puede desarrollar acciones que impidan la restricción de las libertades económicas y el abuso de la posición dominante. No obstante esta libertad económica no es absoluta, puede ser objeto de delimitaciones cuando lo exija el interés social, el medio ambiente y el patrimonio cultural de la nación. Para profundizar en este aspecto es pertinente revisar el análisis que hace Pinzón (2010, págs. 67 - 71) de la igualdad en el derecho constitucional y su perspectiva a la luz de la Nueva Economía Institucional (NEI). La NEI constituye a su vez una de las escuelas más relevantes del AED, a la que se suma la Escuela de Chicago, la de New Haven y la Escuela de la Elección Pública – Public Choice–.

9 Jorge Enrique Ibañez (1998, pág. 61) reconoce que el sistema económico colombiano se asienta en varias premisas: 1. Garantía y respeto de los derechos económicos o aquellos que puedan estar dotados de un contenido económico; 2. Existencia de una economía de mercado con responsabilidades para los agentes que intervienen en el mismo y; 3. intervención del Estado en la actividad económica.

- c. Unidad de mercado – Pluralidad de actores
- d. Intervención pública económica
- e. El principio de la libre competencia
- f. Los principios y derechos económicos sociales

Considerando el objeto de la presente investigación, es pertinente puntualizar en el análisis de los principios de igualdad y libertad, por estar ligados ellos con la iniciativa económica y la libre competencia. En ese sentido, es imperativo indicar que la igualdad a garantizar es real o sustancial y debe predicarse con relación a todas las personas o actores económicos (naturales o jurídicos) que intervienen en el mercado. El nuevo espíritu teleológico de la igualdad debe relacionarse con otros conceptos como el del desarrollo sostenible, interés general, utilidad pública, medio ambiente sano, solidaridad, defensa y protección del patrimonio cultural, etc.

El principio de igualdad en el marco económico, impone al Estado la obligación de promoverlo efectivamente. La consagración del mismo lo obliga a adoptar las decisiones y políticas públicas necesarias para dotar a todos los agentes económicos de un mínimo de condiciones que les permitan acceder en forma efectiva a las garantías económicas constitucionales previstas, el Estado abandona su papel de espectador del orden económico para inmiscuirse en el mismo y desplegar las acciones pertinentes. La cláusula progresista que permea el modelo constitucional debe adjetivarse de un contenido económico que se equilibra con la justicia social.¹⁰

10 Sin embargo, al hacer mención de este argumento es preciso considerar que el establecimiento de un catálogo de derechos al amparo del Estado Social de Derecho en la Constitución Colombiana conlleva unos recursos importantes que el constituyente no consideró, circunstancia que en palabras de Cuellar (2005, pág. 19) no ha sido problema en la mayoría de sentencias del máximo tribunal constitucional. Surge entonces la necesidad de idear alternativas que permitan conciliar el gasto que representa cumplir los mandatos constitucionales con la forma en que se obtienen los recursos para su financiación

Así, y relacionados con el principio de igualdad en materia económica, encontramos varios postulados constitucionales presentados como derechos y libertades: derecho de propiedad (Arts. 60 y 64 C.P.), libertad económica y de empresa (art. 333 C.P.), derecho al trabajo (Art. 25 C.P.); derecho a la libre elección de oficio o profesión (Art. 26 C.P.), derecho a la libertad sindical y huelga (Art. 55 C.P.), derecho de asociación (Art.38 C.P.), derecho a la libre competencia económica y a la iniciativa privada (Art. 333 C.P.), derecho de la comunidad a que el Estado vele por la capacidad adquisitiva de la moneda (Art. 373 C.P.), derecho de los consumidores y usuarios a **las** calidad de los bienes y servicios recibidos (Art. 78 C.P.) y **finalmente** el derecho de la comunidad a que se inspeccione, vigile y controle a aquellos que realizan actividades económicas (Art. 333 y 334 C.P.). No **obstante** el planteamiento de estos derechos supone su ponderación y articulación con objetivos generales del Estado y derechos de otros agentes dentro del mercado que podrían entrar en conflicto.

Este conflicto se presenta en forma concreta entre los siguientes derechos:

- a. Derecho a la propiedad (uso, goce y disposición, Arts. 58, 61 y 332 C.P.) vs. Función social de la propiedad y limitaciones en caso de interés general (Art. 58 C.P.)
- b. Economía de mercado y defensa de la competencia (Art. 333 C.P.) vs. Posibilidad de la ley para regular e intervenir en la economía y el mercado (Art. 333 C.P.)
- c. Libertad de empresa (Art. 334 C.P.) vs. Establecimiento de monopolios y restricción a particulares para ejercer ciertas actividades económicas (Art. 336 C.P.)

Con relación al principio de libertad económica, **esté** se bifurca y encontramos la libre iniciativa por un lado y la libre actividad

económica por otro, las dos sujetas al bien común. La libre competencia económica como un derecho de todos que supone responsabilidades¹¹. La libertad de empresa sujeta a la función social que la acompaña y el consecuente deber del Estado de impedir restricciones que obstruyan la libertad económica y evitar el abuso de posiciones dominantes en el mercado¹².

Al incorporar este último postulado se reconoce la existencia de competencia imperfecta (Corte Constitucional T- 555/2006) dentro del mercado, la existencia de externalidades, la inexistencia de óptimos absolutos en la distribución de recursos, la existencia de prácticas restrictivas de la competencia¹³ y **finalmente** la necesidad de articular el modelo económico nacional con las necesidades y exigencias de un sistema globalizante.

La libertad económica es un derecho de libre configuración del legislador, es un derecho constitucional no fundamental que admite limitaciones que se puedan derivar de la intervención del Estado en la economía¹⁴; considerando, no obstante, que cualquier limitación debe

11 Este derecho puede ser protegido por vía de las acciones contenidas en el artículo 88 de la Constitución Política.

12 El constituyente de 1991 señaló: “Por eso, a la vez que la Comisión ha propuesto promover la internacionalización de la economía colombiana, sobre las bases de la equidad y conveniencia nacional, no ignoramos las exigencias propias de la dimensión de los factores productivos para competir en las condiciones características de un mercado ampliado. Ni tampoco, conscientes de los resultados obtenidos en la experiencia europea, proponemos que la concentración sea reprimida per se sino cuando conlleve a abusos de la posición dominante en el mercado. En adición, algunos de los miembros de la Comisión consideraron conveniente completar ese texto con la frase que aparece entre paréntesis de tal manera que se señale al legislador su obligación de dotar al gobierno de instrumentos para controlar la concentración de poder económico cuando esta perjudique a la comunidad. Esta adición se orienta al control de acciones de los conglomerados económicos, antes que al simple abuso de posiciones dominantes en uno u otro mercado individual”. (Marulanda, Perry, Benítez, Cuevas, Garzón, & Guerrero, 1991)

13 Las prácticas restrictivas de la competencia se encuentran contenidas en la **ley** 155 de 1957 y en la Ley 1340 de 2009.

14 Aunque Leguizamón Acosta (2002) indica que la **constitución** de 1991 es más rigurosa al determinar que la ley es el único medio idóneo para adelantar intervención económica, esta

atender a criterios de razonabilidad y no arbitrariedad¹⁵. Esta libertad tiene un ingrediente adicional que la cualifica en la medida en que es una herramienta que permite el desarrollo de las libertades individuales independientemente de que se trate de una libertad de todos.

Libertad para acceder, permanecer y retirarse del mercado cuando estime conveniente – siempre y cuando no se trate de actividades calificadas como servicios públicos o de interés público, como el servicio de acueducto, alcantarillado, energía, etc...- Libertad para establecerse, organizarse económicamente y manejar recursos empresariales, considerados estos como dimensiones de la libertad positiva, limitadas y no absolutas sujetas a autodeterminación y auto composición. Libertad negativa en la medida en que el Estado no puede restringir u obstruir mi libertad, salvo casos de conflicto de derechos previa ponderación (fricción entre las libertades económicas.) (T-468 /2003)

Hasta ahora se ha abogado en forma total por la preeminencia de una igualdad sustancial, sin embargo el principio de igualdad formal no ha quedado del todo superado, es necesario indicar que cuando se determinan requisitos, reglas u obligaciones para acceder al mercado, prestar determinados servicios y otras condiciones similares, estos deben ser iguales y deben ser acatadas por todos

apreciación debe ser atemperada con medios adicionales mediante los cuales el Estado ejerce su función de intervención en la economía. La primera posibilidad de intervención se ejerce a través de normas (leyes, decretos –por ejemplo los expedidos en Estados de excepción Arts. 212, 213 y 215 de la C.P., resoluciones, etc..) aunadas a estas encontramos: intervención que ejerce el Banco de la República (como Banca Central), intervención a través del Plan Nacional de Desarrollo (Artículo 341 y ss. de la C.P.), intervención a través de las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas a las Superintendencias (algunas de ellas dotadas de facultades jurisdiccionales), intervención a través de organismos de control del medio ambiente (Corporaciones Autónomas Regionales), intervención a través de los organismos de fomento económico (como el Consejo Nacional para la Competitividad), entre otras. Al respecto, ver sentencia C- 478 de 1992.

- 15 La Corte Constitucional en sentencia C-384 de 2003 señaló que además de las tradicionales restricciones a la libertad económica y la libre competencia: prevalencia del bien común, interés público, debía adicionarse la protección de los usuarios del sistema financiero.

los agentes en el mercado, así, la ordenación del mercado ha de ser unitaria y esto se traduce en eficiencia.

Por todas las razones expuestas existe un marco jurídico que aboga por garantizar la efectividad de la igualdad y libertad como bases del subsistema constitucional económico, así en materia de derecho de la competencia el marco regulador contempla las leyes 155 de 1959, la ley 256 de 1996, el decreto 2153 de 1992, la ley 1340 de 2009 y las circulares externas Nos. 10 y 11 de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC).

En materia de derecho del consumidor, el marco regulador aun es ineficiente, lo que supone que la brecha por reequilibrar la situación de desventaja en que se encuentra el consumidor debe ser objeto de análisis profundo, es evidente que el consumidor – usuario de un bien o servicio se encuentra en una situación de desventaja debido a una asimetría de información con relación al productor – distribuidor, el Decreto 3466 de 1982 intenta satisfacer esta pretensión, pero ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de ahondar en la defensa de los derechos de los consumidores¹⁶.

Estas dos normas contemplan a su vez acciones para los diversos agentes económicos orientadas a “restablecer el equilibrio” en el mercado, las acciones colectivas intentan satisfacer esta pretensión¹⁷.

16 Adicionales a esta norma existen otras restantes que constituyen el marco normativo a considerar al hablar de derecho del consumidor, entendido este como el agente más débil dentro de la relación comercial, así: Ley 73 de 1981, Decreto 1441 de 1981, Decreto 493 de 2001, Decreto 147 de 1999, Decreto 1485 de 1996, Decreto 3466 de 1982, decreto 2876 de 1984 y Ley 640 de 2001.

17 No obstante esta mención, Jairo Parra Quijano (1998) menciona que se debe utilizar nuevas técnicas procesales para que el consumidor logre la protección de sus derechos y la satisfacción de sus pretensiones con mayor rapidez y eficacia. Reconoce Parra que el mecanismo de protección consignado en el Decreto 3466 de 1982 es poco utilizado y el procedimiento es moderno (se basa en la Class Action del sistema norteamericano).

3. Una breve alusión a los servicios públicos domiciliarios en el marco de la regulación constitucional colombiana y del Estado Social de Derecho

El título XII de la Constitución Política dedica un capítulo a la prestación de los servicios públicos. El artículo 365 señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social que compete al Estado y que a éste corresponde “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”

Para poder determinar cuáles son servicios públicos es preciso recordar el Decreto 756 de 1953 que en su artículo 1 determinó que los servicios públicos podrían ser:

- Los prestados por cualquiera de las Ramas de Poder Público
- Los prestados por empresas de transporte por tierra, agua y aire; de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones.
- Los que presenten establecimientos sanitarios de toda clase
- Los prestados por establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia
- Los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones
- Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleos y sus derivados, que se destinen al abastecimiento normal de combustibles del país
- Los demás que interesen a la seguridad, sanidad, enseñanza y a la vida económica o social de la Nación.

Adicionales a estos, la Corte Constitucional ha señalado que los servicios bancarios y de cedulaación también constituyen servicios públicos.

Al hacer esta clasificación, y permitir que por vía legal o jurisprudencial se incluyan nuevos servicios que tengan este carácter,

se considera que la conquista democrática del Estado supone que a aquel le corresponde, como cometido esencial, cubrir las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y garantizar un mínimo material que permita la existencia digna de todas las personas. Los servicios públicos entonces se caracterizan, entre otros, por el suministro de prestaciones a la colectividad, satisfaciendo así el principio de solidaridad que consigna el artículo 2 de la C.P.¹⁸.

Los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley (en el caso de los servicios públicos domiciliarios a la ley 142 de 1994); la ley además fijará las competencias y responsabilidades que se derivan de su prestación, su cobertura, calidad, financiación y el régimen tarifario; a su vez la ley establecerá los deberes y derechos de los usuarios, permitirá determinar en qué casos pueden participar en la gestión y fiscalización de las empresas de servicios públicos que se encargan de la prestación de los servicios y establecerá en qué casos los municipios podrán participar en las empresas que los prestan; y finalmente se asigna al Presidente de la República la función de inspeccionar, vigilar y controlar a los agentes que prestan estos servicios (función que se hace a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través de la figura de la delegación)¹⁹ y la determinación de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

- 18 La Corte Constitucional ha señalado en relación a la prestación de los servicios públicos: *"Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia distributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (C.N. art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (C.N., art. 13) de toda la población."* Sentencia T – 540 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 19 Auto 29745 Consejo de Estado Sección Tercera 18 de julio de 2007 C.P. Ruth Stella Correa Palacio

4. Servicios públicos domiciliarios

Como se había mencionado con antelación, los servicios públicos domiciliarios tienen características especiales que los diferencian de otra clase de bienes y servicios que se ofertan y demandan en el mercado en general. Para hacer mayor precisión, vale la pena recordar lo mencionado por Hugo Palacios Mejía (2007, pág. 40) quien precisa estas características así:

a) Se encuentran conectados con derechos fundamentales; b) con el fin de atender necesidades básicas de los habitantes es necesario garantizar y uso o consumo de cantidades mínimas; c) las autoridades del Estado cumplen con deberes sociales al garantizar su prestación; d) los bienes y servicios ofrecidos tienen una naturaleza homogénea; e) la prestación de estos requiere una infraestructura limitada y expandible; e) los servicios prestados son susceptibles de controles de calidad y eficiencia; f) la prestación de estos servicios puede estar sujeta a un régimen de subsidios que garantice el principio de solidaridad y; g) los usuarios respecto de las empresas estatales que presten el servicio pueden ejercer derechos de gestión y fiscalización.

Habida consideración de la función relevante de los servicios públicos, se determinó que estos son regulados y que tanto el Estado como los particulares pueden concurrir, en condiciones de libre competencia, a su prestación. La legislación sobre estos permite que comunidades organizadas o agentes públicos, privados o mixtos presten servicios públicos domiciliarios, no se trata ya de una función que correspondía de forma absoluta al Estado. La obligación que le compete vario, ahora le corresponde asegurar su prestación. La actividad que se demanda del Estado ante esta nueva realidad es la intervención del Estado en la economía a través de la actividad regulatoria (Atehortua Rios, 2008, pág. 59).

Por estar ligados los SSPPDD al cumplimiento de los objetivos y fines del Estado, la Corte Constitucional ha señalado que estos

“tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente; constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público, de ahí que deben ser prestados a todos los habitantes; su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; por razones de soberanía o de interés social el Estado puede reservarse su prestación previa indemnización a quienes queden privados del ejercicio de esta actividad; su prestación es descentralizada pues descansa fundamentalmente en las entidades territoriales; y, finalmente el pago de los subsidios a los estratos pobres involucra recursos de la Nación y de las entidades territoriales” (C-389/02)

Los servicios públicos domiciliarios se diferencian de los servicios públicos, entendidos como un género, por cuanto estos se prestan a través de “sistemas 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*” (C – 284/97).

Referencias Bibliográficas

Marulanda, I., Perry, G., Benitez, J., Cuevas, T., Garzón, A., & Guerrero, G. (1991). *Régimen Económico. Libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del estado. Informe de Ponencia. Comisión Quinta - Subcomisión Primera*. Bogotá: Secretaría General Asamblea Nacional Constituyente.

Marulanda, I., Perry, G., Benitez, J., Cuevas, T., Garzón, A., & Guerrero, G. (1991). *Régimen Económico. Libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del estado. Informe de ponencia - Comisión Quinta*. Bogotá: Secretaría General Asamblea Nacional Constituyente.

García Pelayo, M. (1982). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.

Defensoría del Pueblo. (2005). *Estado social y democrático de Derecho y derechos humanos*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Dalla Via, A. R. (2006). *Derecho Constitucional Económico* (Segunda Edición ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.

- Lequizamon** Acosta, W. (2002). *Derecho económico Fundamentos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Palacios **Mejía**, H. (2007). La Constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios. *Revista Contexto*, 39 - 56.
- Atehortua Rios**, C. A. (2008). *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de de controles*. Bogotá: Universidad **Externado**.
- Montoya Ruiz, A. (2010). Mujeres y trabajo ¿Derecho u ocupación? *Revista de la Facultad de derecho y ciencias políticas*, 40 (113), 255-272.
- Asamblea Nacional Constituyente. (04 de 07 de 1991). **Constitucion Politica** de Colombia.
- Profamilia. (2005). *Profamilia*. Profamilia, **Bogota**.
- Hernandez, Fernandez** y Baptista. (2003). *Metodología de la Investigación*. **Mexico**: MacGraw-Hill.
- Organizacion** de Naciones Unidas. (10 de 12 de 1948). **Declaracion Universal de Derechos Humanos**. Recuperado el 16 de 01 de 2013, de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Organizacion** de Naciones Unidas. (16 de 12 de 1966). *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Recuperado el 16 de 01 de 2013, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>
- Organización de Naciones Unidas. (18 de 12 de 1979). *ONU*. Recuperado el 17 de 01 de 2013, de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>
- Convencion** Americana de Derechos Humanos. (17 de 11 de 1988). **Organizacion de los Estados Americanos**. Recuperado el 18 de 01 de 2013, de <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>
- Organización Internacional del Trabajo. (30 de 05 de 2000). *OIT*. Recuperado el 11 de 01 de 2013, de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/genericdocument/wcms_114197.pdf
- Congreso de Colombia. (29 de 04 de 1938). Ley 53 de 1938: Por la cual se protege la maternidad. *Diario Oficial No 23.764* .
- Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión social. (26 de 07 de 1943). Decreto 1390 de 1943. *Diario Oficial No 25.305* .

- Congreso de Colombia. (07 de 06 de 1951). **Código** Sustantivo del Trabajo. *Diario Oficial No 27.622*.
- Congreso de Colombia. (28 de 12 de 1990). Ley 50 de 1990. "Por la cual se hacen reformas al **código sustantivo del trabajo** y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial 39.618*.
- Ministerio de Salud. (05 de 05 de 1998). Decreto 806 de 1998: Por el cual se reglamenta la **afiliación al régimen** de seguridad social en salud. *Diario oficial 43.291*.
- Presidencia de la **Republica**. (17 de 09 de 1999). Decreto 1804 de 1999: Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 43708*.
- Presidencia de la **Republica**. (07 de 02 de 2000). Decreto 047 de 2000: Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 43.882*.
- Corte Constitucional. (05 de 12 de 2008). T-1223 de 2008. **M.P** Manuel **Jose** Cepeda.
- Congreso de Colombia. (25 de 07 de 2002). Ley 755 de 2002. *Diario Oficial No. 44.878* .
- Congreso de la **Republica**. (30 de 06 de 2011). "Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial No. 48.116* .
- Corte Constitucional. (07 de 05 de 1993). T-179 de 1993. **M.P** Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (09 de 12 de 1996). C-710 de 1996. **M.P** Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional. (25 de 09 de 1997). C-470 de 1997. **M.P** Alejandro **Martínez** Caballero.
- Corte Constitucional. (20 de 05 de 2004). T-494 de 2000. **M.P** Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (22 de 06 de 2000). T-778 de 2000 **M.P** Alejandro **Martínez** Caballero.
- Corte Constitucional. (07 de 02 de 2008). T-095 de 2008. **M.P** Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (23 de 08 de 2012). T-646 de 2012. **M.P** Nilson Pinilla Pinilla.
- Goyes Moreno, I. (2011). *Mujer, **Maternidad y Trabajo** en Colombia*. Pasto-Nariño: Universidad de Nariño.
- Gomez** Hoyos , D. (2005). Legislación **Laboral Referente a la Protección a la Maternidad** en **países** de Centro y **Sudamerica**. *Dikaion* , 19 (14), 179-198.

Departamento Administrativo Nacional de **Estadística** (10 de 12 de 2012). Informe Trimestre **movil** Agosto- Octubre 2012: Desempleo e Informalidad. Bogotá, Colombia: DANE.

JURISPRUDENCIA

Corte **Constitucional** Sentencia T- 406/92

Sentencia T – 540 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1995

Corte Constitucional Sentencia C – 284/97

Corte Constitucional Sentencia C-1064/2001

Corte Constitucional Sentencia C-389/02

Corte Constitucional Sentencia C-384 de 2003

Corte Constitucional Sentencia T-468 /2003

Corte Constitucional Sentencia C- 355 de 2006

Corte Constitucional Sentencia T- 555/2006

Auto 29745 Consejo de **Estado** Sección **Tercera** 18 de julio de **2007** C.P. Ruth Stella Correa
Palacio