

Daniela Carolina Fernández Rocha^{II}

Resumen

Los servicios públicos domiciliarios en la Constitución Política de 1991 se han catalogado como una función primaria e intrínseca del Estado puesto que la prestación, cobertura y financiamiento impactan directamente en la condición y desarrollo de vida de los ciudadanos y en el desarrollo económico del país. Es por tal motivo que la Constitución Política Colombiana previó una intervención significativa del Estado en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. En primer lugar, al determinar que, quien deberá ser llamado principalmente a la prestación del servicio públicos domiciliarios será el Estado directa o indirectamente y en los casos en los cuales la prestación esté en cabeza de comunidades organizadas o particulares, la vigilancia y control de la prestación de los servicios públicos domiciliarios siempre estarán en cabeza del Estado.

La Constitución Política Colombiana señaló un capítulo especial para delimitar el funcionamiento de la prestación de los servicios públicos domiciliarios evidenciando la importancia que estos tienen dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, es decir, esta mención específica constitucional materializa el propósito social del Estado a través del proporcionamiento eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes de la nación Colombiana. A su vez se le asigna la función de consolidar la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios al Congreso de la República quien, por vía legislativa, deberá desarrollar las disposiciones constitucionales referente a los servicios públicos y a su vez especificar el régimen jurídico aplicable para quienes ostenten la prestación de los mencionados.

A partir de las facultades otorgadas por la Constitución Política al Congreso de la República en materia de servicios públicos, se expide la Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones en relación al tema” (Ley 142, 1994, p.1). En la exposición de motivos que dieron origen a esta ley se pueden evidenciar la inconformidad manifiesta que venía presentándose en torno al manejo del suministro de los servicios públicos principalmente, lo que correspondía a la cobertura, el financiamiento y la sostenibilidad. Todos los problemas presentados antes de la expedición de la Ley 142 de 1994 se direccionan puntualmente al reconocimiento de grandes índices de corrupción en el modelo económico aplicado en la prestación de

^I El siguiente trabajo de Investigación es producto del proyecto de investigación Política Pública Y Control Fiscal de los grupos socio humanistas del derecho y Derecho Público Francisco de Victoria dentro de la línea de Corrupción.

^{II} Miembro de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás– Sede Bogotá, Correo electrónico: daniela.fernandezr@usatotomas.edu.co

los servicios, lo que llevó a una modificación trascendental y a la consolidación de la libre competencia como modelo económico de los servicios públicos.

Este cambio de paradigma en el modelo económico hizo necesario crear un régimen jurídico único y especial para las empresas cuyo fin es la prestación de los servicios públicos, es decir, se estableció que las empresas de servicios públicos domiciliarios se clasifican dependiendo de la cantidad de aportes que tengan. Por un lado del Estado y por otro lado de los particulares quienes también estarán llamados a prestar dichos servicios. Es por tanto que actualmente las empresas de servicios públicos se clasifican en empresas de carácter oficial, mixtas y privadas cuyo control fiscal dependerá del porcentaje de aportes de capital público que tengan en cada una de ellas. (Ley 142, 1994)

Como se mencionó anteriormente, el objetivo de la Ley 142 de 1994 es proteger la prestación de los servicios públicos domiciliarios de los grandes índices de corrupción que se presentaban con anterioridad a la expedición de la misma y cuya consecuencia directa se evidenciaba en el déficit de sostenibilidad, cobertura y financiamiento de la prestación de los servicios. Por tal motivo, nos ocuparemos de determinar si el fin buscado desde los inicios de la promulgación de la ley en asuntos de control fiscal se han materializado correctamente y han permitido tener una mejora en materia de servicios públicos domiciliarios en especial al ser considerados uno de los fines esenciales de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Palabras claves

Control fiscal, empresas de servicios públicos domiciliarios, libre competencia, corrupción, sostenibilidad fiscal.

Abstract

The domiciliary public services in the Political Constitution of 1991 have been cataloged as a primary and intrinsic function of the State since the provision, coverage and financing impacting directly on the condition and development of the life of the citizens and on the economic development of the country. It is for this reason that the Colombian Political Constitution requires significant state intervention in the provision of domiciliary public services. In the first place, when determining that whoever is mainly called to the provision of domiciliary public service will be the State directly or indirectly and in the cases in which the availability is in the hands of organized communities or individuals, the surveillance and control of the provision of the domiciliary public services always necessary at the head of the State.

The Colombian Political Constitution indicated a special chapter to delimit the operation of the provision of domiciliary public services evidencing the importance that these have within a Social and Democratic State of Law, that is, this specific constitutional mention materializes the social purpose of the State to through the efficient provision of public services to all the inhabitants of the Colombian nation. At the same time, the function of consolidating the legal nature of domiciliary public service

companies is assigned to the Congress of the Republic who, through legislation, must develop the constitutional provisions regarding public services and in turn specify the applicable legal regime for those who hold the provision of the aforementioned.

Based on the powers granted by the Political Constitution to the Congress of the Republic in matters of public services, Law 142 of 1994 is issued “which establishes the regime of domiciliary public services and dictates other provisions in relation to the subject” (Law 142, 1994, p.1). In the explanatory memorandum that gave rise to this law, it can be seen the manifest disagreement that had been occurring around the management of the provision of public services, mainly that which corresponded to coverage, financing and sustainability. All the problems presented before the issuance of Law 142 of 1994 are specifically addressed to the recognition of large rates of corruption in the economic model applied in the provision of services, which led to a momentous modification and the consolidation of free competition. as an economic model of public services.

This paradigm shift in the economic model made it necessary to create a unique and special legal regime for companies whose purpose is the provision of public services, that is, it was established that home public service companies are classified depending on the amount of contributions they have. On the one hand of the State and on the other hand of individuals who will also be called to provide these services. It is therefore that currently public service companies are classified into official, mixed and private companies whose fiscal control will depend on the percentage of public capital contributions they have in each of them. (Law 142, 1994)

As previously mentioned, the objective of Law 142 of 1994 is to protect the provision of home public services from the large rates of corruption that occurred prior to its issuance and whose direct consequence was evident in the sustainability deficit , coverage and financing of service provision. For this reason, we will take care of determining whether the purpose sought since the beginning of the enactment of the law in matters of fiscal control have been correctly materialized and have allowed us to have an improvement in terms of home public services, especially when they are considered one of the essential purposes of our Social and Democratic State of Law.

Keywords

Fiscal control, companies of domiciliary public services, free competition, corruption, fiscal sustainability.

Introducción

La Constitución Política de 1991 establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, por lo tanto, recae sobre éste la obligación de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional puesto que los servicios públicos tienen una relación directa con la mejora en la calidad de vida de los ciudadanos y en el crecimiento económico del país. (Constitución Política de Colombia, [C.P. C.], 1991). Esta obligación en cabeza del Estado no

significa responsabilizarse integralmente de la prestación de los servicios puesto que constitucionalmente se determina que “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.” (C.P.C., 1991, art. 365)

Esta concepción constitucional de los servicios públicos como derecho fundamental implica una mayor carga en cabeza del Estado frente a la protección de los mismos. Sin embargo, podría pensarse que existe una contradicción en el modelo económico adoptado en la Ley 142 de 1994 frente a la prestación de los servicios públicos, al determinar la libre competencia y la intervención de los particulares como regla general en los servicios públicos.

En Colombia, la tendencia predominante de las dos últimas décadas transita hacia la eliminación de la participación del Estado en la prestación de los servicios públicos, domiciliarios y no domiciliarios, y su traslado a los particulares, su liberalización y privatización. (Matías, 2014, p. 323).

Este cambio de paradigma tiene un impacto importante en materia de control fiscal de los dineros destinados al financiamiento, cobertura y mejoramiento de infraestructura puesto que como será expuesto, el control fiscal podrá variar dependiendo de la calidad de las empresas de servicios públicos bien sean privadas, mixtas u oficiales.

Por lo anterior, el presente artículo de investigación se enfocará en el control fiscal que se hace sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios bajo la normatividad aplicable de la Ley 142 de 1994 con el objetivo de hacer un análisis sobre las problemáticas presentadas en torno a los altos niveles de corrupción que existían previo a la expedición de la ley para así, finalmente, determinar si las reformas incorporadas en el nuevo modelo económico de la prestación de los servicios públicos solventó los problemas de control fiscal presentes en las empresas de servicios públicos.

La importancia de este estudio radica en la concepción misma de los servicios públicos, debido a que “La principal característica que tienen los servicios públicos, y que los diferencia de los otros es la necesidad del interés general que se busca satisfacer; el ejercicio de este servicio conlleva prerrogativas públicas por parte de los prestadores” (Maldonado, 2010, p.60). En este sentido, bajo la prestación de este servicio se conjuga dos elementos a saber; por un lado se configura la materialización de uno de los fines esenciales del Estado, por lo que sus prestadores en cualquier modalidad adquieren prerrogativas estatales. Y en un segundo lugar, que en aquellos casos que haya participación estatal, los dineros destinados a la prestación del servicio son de carácter público por ende requieren de un control especial.

Antecedentes en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En la exposición de motivos de la Ley 142 de 1994 se reconocieron tres puntos principales en lo que respecta a la prestación de los servicios públicos domiciliarios. En primer lugar se evidencio que la

calidad de la vida y los niveles de salud dependen del acceso que las personas tengan a los servicios públicos, es decir, la dignidad humana como pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, solo se puede verse materializado, si se garantizan unos mínimos a cada persona por el hecho de ser persona y en este sentido la cobertura a todos los habitantes del territorio nacional es uno de los fines esenciales del Estado que guarda mayor relación con la dignidad humana.

Así mismo, se reconoce que para mejorar la productividad y, por lo tanto, la remuneración de los trabajadores y empresarios colombianos y su posibilidad de competir en el mundo de la apertura, es indispensable que tengan servicios adecuados producidos en forma eficiente. (Exposición de motivos 142 de 1994, 1992, p.1).

Este segundo punto es necesario estudiarlo a la luz del momento en el cual se expide la Ley 142 de 1994, momento en el cual el país se preparaba para una apertura económica de los sectores productivos de la economía. Razón por la cual, muchas de las disposiciones contenidas dentro de la ley están direccionados al crecimiento económico del país. En primer lugar por las potestades adicionales que se le otorgaron a los particulares la administración y el suministro de los servicios públicos y a su vez al determinar que la prestación efectiva influye en el correcto desarrollo del sector productivo del país. Un mejor servicio implica mejores medios para el aumento de la producción, y una mayor producción se ve reflejada en el aumento del poder adquisitivo de todos aquellos que hagan parte de la cadena productiva.

En un tercer lugar se evidencio que;

El Estado colombiano dedica la mayor parte de su presupuesto de inversión y de los recursos de crédito que obtiene, a proyectos destinados a los servicios públicos, en el en campo de agua potable, del saneamiento ambiental, de la generación y distribución de energía y de telecomunicaciones. (Exposición de motivos 142 de 1994, 1992, p.1).

Este punto es el que mayor relación guarda con nuestro tema principal al reconocer que el Estado invierte gran parte de su presupuesto para el correcto manejo de la prestación de los servicios públicos, aumentar la cobertura y mejorar la infraestructura.

Esta destinación de dineros públicos dada su magnitud y su impacto en la condición de vida de los habitantes colombianos debe tener un control fiscal efectivo que garantice el destino de los dineros a su fin último. Sin embargo, lo que se evidenció a finales de los años noventa, fue un incremento en la desigualdad en el acceso a los servicios esenciales de población colombiana, grandes sumas de dinero destinadas a este fin esencial del Estado se veían involucrados en temas de corrupción estatal, donde los contratos de infraestructura de los servicios no eran culminados, y en caso de serlo no contaban con la calidad necesaria para una correcta prestación. El modelo de subsidios que para entonces era aplicado no cubría en su totalidad el principio de universalidad de los servicios públicos, y en general la normatividad aplicable hacía perentorio una reforma en la materia, lo que finalmente se traduce en la expedición de la Ley 142 de 1994.

En síntesis lo que dio origen a la expedición de la Ley 142 de 1994 fue en gran medida la inconformidad frente al manejo y desarrollo de esta actividad, en otras palabras se puede decir que la fuente de esta ley fue;

“El retroceso de la historia en forma de regresión al Estado gendarme, volviendo al, dejar hacer y dejar pasar, a los monopolios criollos y transnacionales, a la impunidad de sus abusos dominantes y escándalos de corrupción, propios de su naturaleza decadente.” (Matías, 2014, p.321).

Por lo tanto, lo que se busca para los años noventa era la creación de un régimen jurídico que hiciera que las empresas de servicios públicos domiciliarios cumplieran con los tres principales objetivos del servicio, mayor cobertura, financiamiento y calidad del servicio. Todo esto llevó a determinar que la intervención de los particulares en la prestación del servicio corresponde al medio más idóneo para alcanzar este fin. El Estado pasó de ser el prestador directo de los servicios públicos para darle paso a la prestación indirecta o en cabeza de comunidades organizadas y particulares bajo la vigilancia y control del Estado a través de la Superintendencia de Servicios Públicos.

Influencia del Derecho francés en la teoría de los servicios públicos

El Derecho colombiano se ha visto influenciado por grandes corrientes francesas en las distintas áreas, en especial a lo que corresponde al derecho civil, el Derecho Administrativo y por supuesto en la teoría de los servicios esenciales domiciliarios que guardan una estrecha relación los nuevos Estados sociales, cuyo fin último es garantizar también aquellos derechos que se reflejan en el Estado bienestar quien está llamado a cumplir con unos mínimos vitales. El fundamento principal que dio origen al concepto de los servicios públicos en Francia, fue la creación de una rama independiente del derecho, es decir, el posicionamiento del derecho administrativo como conglomerado de normas jurídicas e instituciones que se encargan de regular la relación entre el Estado y los particulares dentro de una reglamentación jurídica.

En este orden de ideas, se presenta un hito histórico en el derecho francés, que corresponde al fallo blanco promulgado por el tribunal de conflicto francés en 1873. Es aquí en donde se establece que el fin último del Estado es estar al servicio de los ciudadanos y lo que lo legitima son los servicios prestados a todos los miembros del Estado Colombiano, esa nueva concepción del Estado cuyas omisiones o acciones frente a los ciudadanos son configuradores de responsabilidad estatal es lo que da origen a la teoría de los servicios públicos como un deber en cabeza del Estado bienestar.

En Francia, “El régimen jurídico aplicable a estos servicios varía en función de la naturaleza administrativa o industrial y comercial, de la actividad y del estatuto público o privado del operador al que se encomiendan.” (Fournier, 2005, p.1). Es decir, se configura la modalidad que ha sido adoptada en el ordenamiento jurídico colombiano, por un lado se entiende que el Estado se responsabiliza de la correcta prestación servicios esenciales pero a su vez se reconoce la posibilidad, que por especialidad y costos, dicha tarea se realice por medio de empresas de naturaleza privada que puedan prestar el

servicio de forma más eficiente que el Estado mismo. Sin embargo, la participación de los privados en estas labores son mínimas, mayoritariamente estas actividades son desempeñadas por el Estado directa o indirectamente puesto que se reconoce que es uno de los fines esenciales y cuyo control debe ser aún más estricto que en otras actividades económicas.

Hacer viable la colaboración de los particulares en los servicios públicos se debe al concepto que se tiene de los mismos. “La noción de servicio público engloba todas las actividades de interés general ejercidas bajo la égida de los poderes públicos y se rigen, por ello, por un régimen jurídico particular”, (Fournier, 2005, p.1). Como se puede evidenciar lo que determina la operación del Estado en la prestación de los servicios públicos es que el control, la vigilancia y la regulación siempre estarán en cabeza del Estado y por ende, sin importar la naturaleza jurídica de las empresas prestadoras, se combina la perspectiva jurídica de la economía con la sociología como ciencias humanistas.

La libre competencia en los servicios públicos domiciliarios

Nos centraremos ahora en la ley 142 de 1994 y el régimen económico que consagró para la prestación de los servicios públicos domiciliarios con el objetivo de conocer cómo se modifica la participación de los particulares en esta actividad. En su artículo 30 esta ley consagra que su interpretación deberá hacerse de “acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante” (Ley 142, 1994, p.1). En este sentido lo que se busca es trasladar el papel de prestador directo de los servicios públicos al Estado, para abrir paso a la libre competencia del mercado, donde en igualdad de condiciones se garantice la participación. Sin embargo, esta ley hay que analizarla a la luz de Constitución Política de 1991, la cual trajo un cambio de magnitudes significativas frente al reconocimiento de las garantías sociales de las personas que materializan la dignidad humana como pilar fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho.

La calidad de vida de los colombianos y los niveles de salud dependen directamente del modelo de salubridad en la prestación de servicios públicos, es decir, la obligación de garantizar los derechos consagrados en la Constitución Política, dependerá en cierto grado de un buen modelo en el régimen de prestación de los servicios públicos. A su vez, el régimen aplicable dependerá directamente del modelo económico vigente, que en este caso se representa el prototipo económico social de mercado donde deberá asegurarse por un lado, el crecimiento en la productividad, el cual, dependerá de la prestación adecuada de servicios públicos para que pueda darse de forma eficiente la actividad, y en un segundo lugar reconocer que gran parte del presupuesto del Estado Colombiano está destinando a la infraestructura y mejoramiento de la administración y suministro de servicios públicos.

Encontramos entonces que con independencia de quien realice la prestación de los servicios públicos, el Estado será el garante único de los mismos, por lo tanto, deberá vigilar que los fines esenciales se estén cumpliendo. Sin embargo, se ha evidenciado que existen zonas del país en donde la cobertura no alcanza a ser de la manera esperada e incluso los dineros destinados para el mejoramiento de la infraestructura se encuentran desviados, por lo cual se puede afirmar que el control fiscal no se está haciendo efectivo. Por un lado por la carencia de políticas públicas efectivas en torno al control

fiscal y en un segundo lugar por la existencia de empresas de servicios públicos 100% privadas que no cuentan con un capital estatal por lo cual el control fiscal sobre estas no se puede hacer de forma directa. Es por tanto que se hace perentorio “El diseño de políticas públicas encaminadas a lograr progresivamente la realización plena de tales derechos las cuales han de incluir metas específicas para medir los avances de los plazos fijados” (Cepeda & Montealegre, 2007, p.193)

Sin embargo a pesar de las evidentes ineficiencias del nuevo modelo de libre competencia, las grandes empresas prestadoras de servicios públicos se han escudado en la ley, para aludir, que por mandato legislativo están habilitadas para disputar en el mercado en condiciones equiparables a las del Estado. Sin embargo, como se ha mencionado en repetidas ocasiones “La teoría democrática no puede proclamarse a sí misma como una teoría excluyente de las demás, a la hora de definir la vinculación del Legislador a los derechos” (Bernal, P, 2006, p. 221). Inclusive puede que una ley, contraría manifiestamente a la constitución y es allí donde el papel de la Corte Constitucional se hace más relevante. A pesar de esto, como ha demostrado la jurisprudencia constitucional se considera que la Ley 142 de 1994 está conforme a los mandatos constitucionales desconociendo las grandes fallas que se han presentado en los distintos sectores del país, donde no encontramos con tarifas excesivas y servicios públicos destinados a generar utilidades a las empresas privadas dejando a un lado el papel garante del Estado.

Estas grandes inconsistencias que se han evidenciado en las empresas de servicios públicos no han contado con un control fiscal previo que permita evidenciar, antes de que el daño ha sido consumado, irregularidades en la prestación de los servicios, incluso cuando son de tal magnitud como las presentadas en Colombia. Tales como; prestación de servicios de energía de forma intermitente, cortes de agua sistemáticos, elevadas tarifas de consumo que incluye costos administrativos. Estos son claros ejemplos de que el sistema económico adoptado no está corrigiendo los errores que venían presentándose antes de la expedición de la Ley 142 de 1994. “Por ello muchas de las controversias instituciones de derecho privado colombiano, sobre las cuales se basa buena parte del sistema económico, se resuelven por fuera de las instancias judiciales, mediante incentivos de reputación” (Vélez, L, & Mendoza, J, 2014, p. 8)

Por último, cabe señalar que es de vital importancia que “El Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho.” (Alexy, R, 2006, p.293) Es decir, en este artículo quiere mencionarse que es posible que a través de la adopción de medidas económicas se pueden ver afectados los derechos fundamentales de los ciudadanos y por tal motivo el control fiscal de las autoridades estatales debe ser eficiente de suerte que se evitan generar perjuicios irremediables con la desviación de los bienes públicos destinados a la cobertura, financiamiento y mejora en las prestación de los servicios públicos domiciliarios.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios?

Es necesario puntualizar en la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios puesto que de allí se podrá extraer de qué manera se hace efectivo el control fiscal en el desarrollo de la prestación de los servicios públicos. En primer lugar se establece que por vía

constitucional la facultad de determinar la naturaleza jurídica de estas empresas estará en cabeza del congreso de la república quien por vía legislativa, en la Ley 142 de 1994, estableció que las empresas de servicios públicos domiciliarios son de naturaleza jurídica especial, es decir, empresas sui generis en el ordenamiento jurídico Colombiano. (Ley 142, 1994, art 45).

A su vez, dichas empresas están clasificadas dependiendo del aporte societario que la conformen. A saber, las empresas de servicios públicos pueden ser privadas, oficiales o mixtas. Serán privadas las empresas de servicios públicos que tengan más del 50% del capital privado. Oficiales, todas aquellas cuyo capital esté conformado 100% con aportes públicos y finalmente serán mixtas las empresas de servicios públicos domiciliarios cuyo capital esté conformado por más del 50% de aportes públicos.

Determinar la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios tuvo un impacto significativo en el ordenamiento jurídico puesto que se desliga de la concepción que se tenía de las empresas de economía mixta cuyas características comparte con las empresas de servicios públicos. La consecuencia que se desprende de la creación de un régimen especial aplicable para la prestación de los servicios públicos es que aunque estas empresas tengan aportes de capital estatal, tendrán un tratamiento distinto a las empresas de economía mixta y por lo tanto una diferenciación en el control fiscal aplicable a ellas.

La relación existente de las sociedades de economía mixta con la rama ejecutiva del poder público, y su respectiva clasificación como entidades de índole descentralizado, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución, que como se ha reiterado jurisprudencialmente, las empresas de economía mixta están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados. (Sentencia C-736/07, 2007).

En este sentido, es necesario cuestionarse: Si las empresas de servicios públicos no son empresas de economía mixta, ¿cuál es el control fiscal aplicable sobre el porcentaje de participación estatal? Todo esto en el entendido, de que el control fiscal de las empresas, tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política. Sentencia C- 290/02 (2002)

Control fiscal de las empresas de servicios públicos domiciliarios

Una vez sentadas las bases sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos daremos paso al estudio del control fiscal que debe hacerse sobre los dineros destinados a cumplir, en este caso, con uno de los fines esenciales, puesto que;

El Estado social de derecho ordena no solamente cumplir con ciertas funciones sino también producir unos efectos dentro de la comunidad, desde el punto de vista de las necesidades

concretas. Esto incluye un compromiso con la realidad en los campos: económico, político y social. (Maldonado, 2010, p.58).

Por lo tanto, el control fiscal que debe recaer sobre las empresas de servicios públicos tiene que ser eficiente, desde un punto de vista económico al verificarse que el desarrollo del país se encuentre en marcha de la mano con la calidad y cobertura del servicio. Un control político, de los servidores públicos que desempeñen sus labores en las empresas de servicios públicos y finalmente un control social que demuestre el impacto en el sector real de la economía.

Ahora bien, nos enfocaremos en estudiar el control fiscal, a través, de la labor desempeñada por la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales sobre las empresas de servicios públicos mixtas y oficiales. Nos centraremos en esta categoría de empresas puesto que son las que cuentan con aportes estatales y por lo tanto el control fiscal recaerá sobre este porcentaje, por un lado, sobre el 50% o más de los aportes públicos que configuran las empresas de servicios públicos mixtas y por otro lado el control sobre el 100% de los aportes estatales cuando las empresas sean públicas u oficiales.

Las empresas de servicios públicos tienen origen en formas asociativas del derecho privado. Sin embargo, ello no quiere decir que no exista un control fiscal sobre el patrimonio público; no obstante, dicho control se ejerce únicamente sobre las acciones que representen los aportes de entidades públicas. (Ley 142, 1994, art 127)

Esta referencia a la Ley 142 de 1994 es lo que nos permite evidenciar nuevamente la contradicción en materia de control fiscal sobre las empresas de servicios públicos, puesto que como se ha estudiado a lo largo de este artículo lo que se buscaba principalmente con la posibilidad de que los particulares desempeñan esta actividad, es que los niveles de corrupción que existían antes, cuando las empresas de servicios públicos eran 100% públicas, disminuyeran significativamente, sin embargo lo que se ha podido evidenciar en los grandes temas de corrupción es que la mayoría de las empresas de servicios esenciales cuenta con un gran aporte de capital privado, aporte que dado su naturaleza carece de un control directo por parte de los organismos encargados del control fiscal.

Sin embargo, esta contradicción fue resuelta por la Corte Constitucional en sentencia C -763 de 2007 donde se manifestó la obligación de llevar a cabo las operaciones de control fiscal recae sobre los organismos encargados de la administración y guarda de los bienes de carácter público.

Por lo tanto, recae sobre cualquier clase de entidad que maneje tales fondos o bienes y no solamente sobre las sociedades de economía mixta. En tal virtud, si la Empresas de Servicios Públicos manejan fondos o bienes de la nación, en cualquier proporción, igualmente quedan sometidas a este control fiscal, sin que tenga relevancia la calificación sobre su naturaleza jurídica que las determine. (Sentencia C- 763/07, 2007).

Con esto se entiende que la naturaleza jurídica especial de las empresas de servicios públicos no se encuentra exentas del control fiscal cuando estas tengan en algún grado participación de bienes de la nación, sin embargo, la poca efectividad que se ha evidenciado frente a este control deja claro que la Ley 142 de 1994 somete todo o parte al derecho privado, ya sea mediante la actuación de unas degradadas reglas del derecho público administrativo progresivamente relajado, el resultado es el mismo: el Estado se ve progresivamente privatizado. (Matias, 2014, p. 324)

En síntesis el régimen de control fiscal aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentra consagrado en el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 donde se establece “que el control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista.” (Ley 142, 1994, art 50). En este sentido como fue explicado, por vía jurisprudencial de la Corte Constitucional se estableció que el porcentaje de participación estatal siempre estará sometido al control fiscal sin tener en cuenta la proporción de aportes que sean públicos y los que correspondan a participación privada. “Por tanto, el control se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios.” (Ley 142, 1994, p.1). El control fiscal anteriormente expuesto será desarrollado y ejecutado por la Contraloría General de la Republica.

Conclusiones

En el presente artículo se buscó hacer un estudio sobre el control fiscal que recae sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios desde la expedición de la Ley 142 de 1994, iniciando con el estudio de las razones que le dieron origen a esta ley, continuado con la influencia de derecho comparado francés que en cierta forma permeo la iniciativa legislativa. Dando paso al reconocimiento de una naturaleza jurídica especial de las empresas de servicios públicos domiciliarios para finalmente poder determinar ¿cuál es el control fiscal que se hace efectivo sobre ellas dependiendo del grado de capital público que se tenga?

La primera conclusión a la que llegamos, es que en las empresas de servicios públicos esenciales siempre han existido altos niveles de corrupción tanto en el manejo público como privado, las tarifas que son cobradas a los usuarios muchas veces no corresponden a las cuotas de consumo de los servicios públicos sino que buscan cumplir con los déficit que se han generado dentro de las empresas por falta de gestión de los dineros. En este sentido, no solo se está viendo afectada la prestación de los servicios sino directamente los usuarios de los mismo quienes tienen que hacerse cargo de los costos adicionales que traen la desviación de dineros en el mejoramiento de la infraestructura, el servicio, la prestación y la comercialización del mismo. Sin embargo estas falencias en la cobertura, el financiamiento y la sostenibilidad de los servicios públicos busco ser resuelto con la promulgación de la Ley 142 de 1994 que desarrolla los preceptos constitucionales en torno a esta actividad.

Una segunda conclusión que sale a la luz, es que la Ley 142 de 1994 por la cual se regula la prestación de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, reconoce un régimen jurídico distinto aplicable para la actividad de los servicios públicos, enmarcando la libre competencia como modelo económico aplicable a la prestación. (Ley 142, 1994). Así mismo, se establece que estas empresas de naturaleza jurídica especial no tienen que estar conformadas por capital 100% público sino que por el contrario su nueva clasificación hace cada vez más excepcional la prestación de los servicios esenciales de manera directa por el Estado y traslada esta función a la intervención de los particulares en la prestación, por ende, las empresas de servicios públicos bajo el régimen de libre competencia podrán ser privadas cuando su capital sea mayor al 50% e incluso podrán existir empresas de servicios públicos 100% conformadas por capital privado y dependerá de esto el control fiscal que se haga sobre las mismas. En cierta medida, se puede evidenciar un “Predominio de criterios privatistas y de rentabilidad financiera, cada día más alejados de la función social del Estado y de la propiedad y más adecuados a la lógica del mercado libre, en una economía y un derecho globalizados.” (Lozano, 2016, p.235)

La distinción que se hizo frente a las empresas de economía mixta las cuales, con independencia del capital estatal que tenga siempre estarán sometidas a un control fiscal, y las empresas de servicios públicos domiciliarios, estuvo únicamente sustentados en la supremacía legal, es decir, se creó una nueva categoría de empresas con el objetivo de legitimar la participación en grandes proporciones de particulares en la actividad de servicios públicos con la existencia de una ley que determinó la libre competencia como modelo aplicable, que este caso, es la Ley 142 de 1994. Desconociendo que dicha clasificación perjudica directamente el control ejercido especialmente en las empresas de servicios públicos que no cuentan con capital estatal.

En esta nueva versión del derecho y desarrollo, parece que las reformas estuvieran orientadas sólo a construir el imperio de la ley. En el nuevo modelo, se pretendía rediseñar el Estado para proteger la democracia y el Estado de derecho (Lozano, 2016, p. 105).

Por lo tanto, deja en cuestión si la regulación actual existente en materia de servicios esenciales realmente satisface las problemáticas de corrupción dentro de la prestación de los servicios públicos o por el contrario ha agudizado el mal funcionamiento y gestión.

Por último, frente al control fiscal que recae sobre las empresas de servicios públicos se ha determinado por vía de pronunciamientos judiciales y en especial por la intervención de la Corte Constitucional como debe entenderse e interpretarse la 142 de 1994. Para tales efectos, se concluyó que las Empresas de Servicios Públicos que manejan fondos o bienes de la nación, en cualquier proporción, igualmente quedan sometidas a este control fiscal, sin que tenga relevancia la calificación sobre su naturaleza jurídica. (Ley 142, 1994). Por ende se les estará dando el mismo tratamiento que las empresas de economía mixta que ya se encontraban reguladas previo a la expedición de la ley, dejando entre dicho si realmente la creación de un régimen jurídico especial para las empresas de economía mixta se legitima o por el contrario busca proteger las predilecciones particulares por encima de los intereses generales.

En este sentido, el control fiscal se encuentra reducido a la libertad de configuración legislativa, puesto que “la vigilancia de la gestión fiscal está sujeta a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.” (Sentencia C-075/06, 2006) “Por lo tanto, resulta válido inferir que en materia de control fiscal, el legislador cuenta con un amplio espectro de configuración normativa, conforme al cual puede definir tanto el método específico para el ejercicio del control, como las entidades públicas o privadas objeto del mismo.” (Ley 142, 1994, p.1). Aunque haya quedado claro que las empresas de servicios públicos que tengan participación estatal en cualquier porcentaje quedan sometidos al control fiscal, no deja de cuestionarse qué sucede con aquellas que cuentan con un capital 100% privado y que por ende no están sujetas a este control, y que sin embargo desempeñan funciones estatales que afectan directamente en la condición de la ciudadanía. Sustentar esta irregularidad a la discrecional legislativa es reconocer un “Un sistema de justicia tal y como lo conocemos, es el resultado de la concepción moderna del derecho, cuya representación más completa es hecha por el positivismo legalista.” (Lozano, 2016, p.272). Puesto que en especial en la materia desarrolla a lo largo de este artículo lo que buscaba el mandado constitucional en materia de servicios públicos es garantizar la preponderancia del interés general sobre el particular para garantizar de esta manera la dignidad humana como base esencial del Estado Social y Democrático de Derecho.

Referencias

Artículos

Maldonado, T. (2010). La noción de servicios públicos a partir de la concepción del Estado Social de Derecho, ISSN 2027-8721, https://www.uninorte.edu.co/web/actualidadjuridica/primera-edicion/-/asset_publisher/inK2/document/id/5280247?inheritRedirect=false&disableAssetMetadata=true

Matías, S. (2014). Los servicios públicos como derechos fundamentales. Facultas de derecho y ciencias sociales, ISSN: 1692 – 3936, https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/issue/view/397

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (Abril 23 de 2002). Sentencia C-290 de 2002. [M.P. Vargas Hernández, C.]

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (Febrero 08 de 2006). Sentencia C-075 de 2006. [M.P. Escobar Gil, R.]

Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. (Septiembre 19 de 2007). Sentencia C-736 de 2007. [M.P. Monroy Cabra, M.]

Libros

Alexy, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bernal, C. (2007), El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cepeda, M. & Montealegre, E. (2007), Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia.

Lozano, E. (2016). Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano, Bogotá, Colombia, Universidad de los Andes.

Vélez, L. & Mendoza, J. (2014), Jurisprudencia societaria. Bogotá, Colombia, Superintendencia de sociedades.

Leyes

Constitución Política de Colombia [C.P.C] (1991). (2ª ed.) Legis.

Constitución Política de Colombia [C.P.C] (1991). Artículo 365 [Titulo XII]. (2ª ed.) Legis.

Congreso de la República de Colombia. (21 de octubre de 1992). Exposición de motivos 142 de 1994.

Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Julio 11 de 1994. DO. N° 41.433.

Ley 143 de 1994. Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética. Julio 12 de 1994. DO. N° 41.434.

Páginas Web

Fournier, J. (2005). Los servicios públicos, por Jacques Fournier. Embajada de Francia en Colombia. <https://co.ambafrance.org/Los-servicios-publicos-por-Jacques>