

## **Alcances de la libertad económica privada en el régimen de servicios públicos introducido por la Constitución Política de 1991**

### **INTRODUCCIÓN**

La garantía de la libertad económica privada continúa teniendo una importancia significativa en los textos constitucionales, y las características y esencia de su contenido siguen representando un interés considerable para los estudiosos del derecho constitucional. Esta realidad es ajena a consideraciones ideológicas y concepciones económicas precisas; aun en un contexto bastante diferente al de las revoluciones liberales, la protección de los intereses de los particulares en un entorno económico sigue mereciendo una especial atención por parte del Estado, que se concretiza en manifestaciones de índole distinta por parte de las instancias públicas.

En la Constitución Política de 1991 se confirma su consideración<sup>1</sup>, insertándose algunas novedades de carácter formal, pero también material, donde no solo se consideran distintas actividades que deben ser garantizadas para su protección genérica (libertad de empresa, libre competencia), sino que también se establecen unos efectivos deberes en cabeza de las instancias públicas (principalmente del legislador), para que éstas coadyuven a la realización de esta garantía privada<sup>2</sup>.

Una de las innovaciones a nuestro juicio más trascendentales introducidas por nuestro texto político en materia de libertad económica privada, es la extensión de ésta a algunas actividades tradicionalmente no consideradas bajo esta connotación. Algunos servicios públicos<sup>3</sup>, sin lugar a dudas han adquirido a partir de 1991 una connotación económica que antes no poseían y que da lugar a múltiples consecuencias y consideraciones.

Desde la perspectiva de los servicios públicos, es ésta quizás la máxima transformación reciente introducida en nuestro ordenamiento jurídico. Como lo hemos insinuado en otra oportunidad, se trata de una transformación que en modo alguno se deriva de los más recientes estatutos legislativos sobre sectores de servicios públicos determinados (verbigracia la Ley 142 de 1994), sino que es consecuencia de una opción del constituyente de 1991, que gustenos o no es la realidad jurídica vigente<sup>4</sup>.

Si bien es cierto, la connotación económica de los servicios públicos es una realidad introducida por la Carta política, también lo es que éstos continúan siendo una actividad que se encuentra estrechamente vinculada con las finalidades y deberes del Estado, también consagrados en el texto político,

situación que con mayor determinación coloca a los servicios públicos en un lugar diferenciado considerando otras actividades económicas susceptibles de ser desarrolladas por los particulares y que consecuentemente implican medidas tendientes a su garantía por parte del Estado.

Percibimos así una tensión permanente entre dos manifestaciones típicas del Estado a propósito de los servicios públicos; por una parte, la exigencia de que éste garantice la inversión privada y en general la libertad de iniciativa económica de distintos sujetos (incluyendo privados) en igualdad de condiciones, y por la otra, que éste logre satisfacer necesidades relacionadas con el interés general y consecuentemente dar cabal cumplimiento a deberes y responsabilidades específicos que le son propios.

La situación no es exclusiva del caso colombiano, es una realidad en distintos Estados en los que los servicios públicos han estado tradicionalmente relacionadas con funciones y fines públicos y recientemente se ha tomado conciencia de su importancia económica y la consecuente posibilidad de que sujetos distintos a las instancias públicas puedan desarrollarlos y de este modo cumplir a través de modelos de gestión no tradicionales con la teleología estatal<sup>5</sup>.

Es justamente este el argumento que pretendemos desarrollar a través de las siguientes páginas, resaltando algunas incidencias teóricas de la libertad económica privada, la dirección del Estado en la economía y su responsabilidad en materia de servicios públicos; pretendemos igualmente atender algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional y hacer algunas referencias aisladas a desarrollos del derecho comparado, principalmente de la experiencia europea, por considerarla muy dicente de la realidad mundial actual: búsqueda

creciente de apertura de mercados y búsqueda creciente de satisfacción de necesidades básicas y del interés general.

# 1. LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO ACTIVIDAD ECONÓMICA

## DERECHO DE LIBERTAD ECONÓMICA PRIVADA DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

La denominada por algún sector de la doctrina “libre entrada”<sup>6</sup> en la prestación de los servicios públicos, ha sido sin lugar a dudas la causa de la connotación económica que esta actividad ha adquirido. Establece al artículo 365 constitucional que los servicios públicos pueden ser prestados «por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares».

Resulta novedosa la posibilidad de que sujetos distintos a las instancias públicas (principalmente particulares) puedan prestar servicios públicos sin necesidad de título habilitante distinto a la Constitución Política. En este sentido, difícilmente puede pensarse en intereses distintos a los económicos que puedan motivar a los sujetos privados a desarrollar actividades que tradicionalmente venían siendo prestadas por el Estado y solo ocasionalmente a través de negocios jurídicos como el contrato de concesión o actos como la licencia podían hacerlo<sup>7</sup>.

Son entonces los servicios públicos una actividad económica a partir de nuestra realidad constitucional; esta situación trae consigo consecuencias importantes, como la garantía de la iniciativa económica de todos aquellos sujetos que pretendan intervenir en esta actividad en el marco de la normatividad vigente. En este sentido, por primera vez en nuestra historia constitu-

cional las actividades de servicios públicos deben encuadrarse en el marco de la libertad económica privada, es decir de manera consonante con el artículo 333 constitucional.

Los derechos de iniciativa económica privada o de libertad económica, históricamente han surgido en las revoluciones liberales, muy cercanos al derecho de propiedad privada, y consiguientemente han sido dotados de unas características particulares: innatos a la especie humana (naturales), positivizados a través de los textos constitucionales o las Cartas de derechos subjetivos y por ende exigibles ante las instancias públicas, e individuales<sup>8</sup>.

Muchas de estas características no son predicables en la actualidad; nos resulta de particular interés el carácter individual que al igual que los otros derechos de origen revolucionario se inspiraban de manera trascendental en el principio de libertad. La aparición histórica de sucesivas generaciones de derechos, como anota BALDASARRE, no solo implican la aparición de otros derechos, sino el replanteamiento de derechos preexistentes a partir de principios distintos como el de la solidaridad y la igualdad (en sentido material)<sup>9</sup>.

Este aspecto lo consideramos fundamental para el argumento que afrontamos en esta sede. Resulta indiscutible que la garantía de la libertad económica no se limita en la actualidad a permitir el ejercicio *libre* de actividades económicas a los particulares sin restricción alguna; es imperativo del Estado “regular” las actividades económicas de modo que puedan estas desarrollarse en un marco de lealtad, *igualdad* y *solidaridad* de los distintos agentes económicos, y sobre todo sin afectar situaciones subjetivas concretas, no solo de otros agentes económicos sino también de los consumidores<sup>10</sup>.

Otro aspecto sobre el que nos parece importante llamar la atención es la poca uniformidad doctrinaria y jurisprudencial en la consideración de la naturaleza de la libertad económica privada—en el caso que nos ocupa predicada de los servicios públicos—. Nuestra jurisprudencia constitucional parece en algún momento haber considerado a la libertad económica como un derecho fundamental y consecuentemente susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela<sup>11</sup>, en otro momento, y de manera mas constante y reciente, la ha concebido como un derecho fundamental por conexidad<sup>12</sup>.

Sea por el marco dogmático en el que se sitúa la libertad económica privada o por características intrínsecas a ella, concebida como un derecho, la propia Constitución Política ha establecido un límite al ejercicio de la misma: «el bien común»; en desarrollo de éste, el mismo artículo 333 establece que las empresas en el ejercicio de la función social que les es propia tienen unas obligaciones, y que la ley delimitará el alcance de este derecho en consideración al interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

De este modo, las instancias públicas no solo pueden, sino deben establecer unos límites al ejercicio de la libertad económica privada, y la forma de hacerlo es la producción de unas normas<sup>13</sup> que logren armonizar los intereses particulares en juego, con principios de solidaridad y búsqueda del “interés social” entre otros. Se deriva aquí un aspecto práctico de enorme trascendencia: es el legislador quien debe limitar el alcance de este derecho<sup>14</sup>.

Esta última consideración ofrece algunas dudas relacionadas con la eventual procedencia de límites a la libertad económica por parte de las instancias administrativas, que se hacen evidentes tratándose de los

servicios públicos; en estos, donde su organización a la luz de la Constitución Política y de normas que han desarrollado categorías específicas de éstos, como los servicios públicos domiciliarios, resulta trascendental la posibilidad de que entes administrativos involucrados, inspirados en consideraciones técnicas, puedan establecer eventualmente algunos límites al ejercicio del derecho en estudio<sup>15</sup>.

#### LA LIBERTAD ECONÓMICA PRIVADA Y LA DIRECCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Ya señalábamos que los alcances de la libertad económica privada no son absolutos, sino por el contrario les resultan predicables algunos límites, derivados no solo de la mención expresa que hace el artículo 333 constitucional al «bien común» sino de la esencia misma de este derecho que no puede concebirse de manera descontextualizada de la historia y consiguientemente ajeno a máximas como la igualdad (material) y la solidaridad, que se suman a la tradicional concepción (desde época revolucionaria) de libertad individual.

Señalábamos también que en desarrollo de estos límites deben las instancias públicas actuar, y que por remisión expresa del mismo artículo 333 es el legislador el órgano llamado a hacerlo; esta actividad estatal resulta apenas obvia con la dirección que éste tiene sobre la economía, donde si bien debe garantizar el efectivo ejercicio de derechos como el que en esta sede se analiza, debe también intervenir en ella para buscar la realización de fines y deberes estatales, manifiestos expresamente por la Carta Política, no solo en la disposición específica, sino de manera general en el contenido dogmático<sup>16</sup>.

La posibilidad que tiene el Estado de intervenir en la actividad económica estableciendo eventualmente límites al ejercicio del derecho de libertad económica privada no puede en modo alguno carecer de restricciones; insistimos en el estrecho vínculo que esta acción debe guardar con las finalidades públicas y la certeza que debe existir de la misma, a través de mecanismos (como la ley) que garanticen la discusión y concertación por parte del órgano que por excelencia representa los distintos intereses de los ciudadanos.

A propósito de las actividades de servicio público, se presentan unas características específicas bien interesantes; si bien es cierto éstas adquieren en no pocas oportunidades connotación económica, ello no implica que puedan entenderse exclusivamente bajo esta perspectiva. Les resultan aplicables las garantías propias de la libertad económica privada, pero como ha sostenido la Corte Constitucional, éstas no pueden verse de manera aislada del desarrollo concreto que los servicios públicos tienen en la Carta Política (Capítulo v, Título xii)<sup>17</sup>, ni mucho menos al contenido dogmático, que como antes lo señalábamos, da lugar a unos efectivos deberes y responsabilidades del Estado relacionados con la materia<sup>18</sup>.

Vale la pena señalar que tratándose de los servicios públicos no solo existe una más amplia posibilidad de establecimiento de límites a la libertad económica desde una perspectiva material, que hemos pretendido insinuar, sino también desde una perspectiva orgánica o estructural. La reserva de ley ya referida en materia de límites al ejercicio del derecho de la libertad económica privada no parece ser tan clara en materia de servicios públicos: si bien es cierto se establece que su régimen jurídico será desarrollado por el legislador<sup>19</sup>,

también lo es que la regulación de los mismos corresponde al Estado (art. 365 C. P.)<sup>20</sup> y el desarrollo de las políticas generales de administración y control de eficiencia al Presidente de la República (art. 370 C. P.)<sup>21</sup>.

Nos resulta coherente con una actividad que adquiere cada vez mayor connotación técnica, que la actividad de regulación y consiguientemente la posibilidad de delimitar los alcances de la libertad económica privada predicable de ésta, sea desarrollada no solo por el legislador sino por entidades públicas que con un mayor conocimiento técnico sobre la materia y una situación más cercana a los prestadores, a los usuarios y en general a las condiciones del mercado, puedan establecer criterios y efectivos límites a través del uso de mecanismos normativos más modernos y coherentes con el impacto del mercado<sup>22</sup>.

Es fundamental también el papel del juez constitucional, en el intento de establecer unos criterios que sirvan para orientar, tanto las decisiones del legislador o de otras instancias públicas en el momento de limitar el ejercicio de la libertad económica privada, como para cuestionar la constitucionalidad de medidas públicas que atenten contra la esencia de este derecho. En este sentido, ha sido trascendental la doctrina de la "inconstitucionalidad manifiesta" desarrollada por nuestra Corte Constitucional, cuando quiera que se cuestione la inexecutable de una norma por ser contraria al derecho a la libertad económica privada<sup>23</sup>.

La misma jurisprudencia constitucional se ha encargado de indicar algunas manifestaciones objetivas del "bien común" entendido como criterio válido para justificar un límite al ejercicio del derecho de la libertad económica privada en el caso de servicios públicos. El mejoramiento de

la calidad de vida<sup>24</sup>, la satisfacción del interés general<sup>25</sup>, la garantía de derechos fundamentales, principalmente aquellos con connotación social o económica (segunda generación)<sup>26</sup>, principios constitucionales como el Estado social de derecho<sup>27</sup> y los derechos de los consumidores y de los usuarios<sup>28</sup> son algunas de ellas.

En síntesis podríamos decir que el derecho en estudio, por estar relacionado con las actividades económicas, debe considerar la posibilidad de intervención del Estado (a través de distintas maneras) que se deriva de la dirección que éste ejerce sobre la economía. La intervención del Estado por su parte no puede quebrantar la esencia del derecho de la libertad económica y antes que ser discrecional debe fundamentarse en la realización de fines que se derivan de distintas normas de la Carta Política. Finalmente debe existir certeza en los instrumentos que se van a utilizar en el establecimiento de estos límites, que por mandato del mismo texto constitucional es la ley el instrumento idóneo para hacerlo.

Estas reglas generales sobre el ejercicio y límites del derecho de libertad económica privada en consideración de la dirección de la economía por parte del Estado, son extensas a los servicios públicos en cuanto éstos a partir del texto político de 1991 son también actividades económicas. Sin embargo, se presentan algunas diferencias, pues hay y debe haber una mayor participación del Estado en cuanto estas actividades son también deber del Estado e implican unas responsabilidades de éste. Los servicios públicos están también relacionados con las finalidades del Estado en buena medida contenidos en la parte dogmática del texto político.

Finalmente, pareciera presentar la Constitución Política la posibilidad de que tratándose de los servicios públicos, puedan

instancias públicas distintas al legislador regular la materia, pudiendo imponer de manera directa o indirecta límites al ejercicio del derecho de la libertad económica privada.

#### LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO DEBER Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

##### *Fortalecimiento de la concepción tradicional de los servicios públicos*

Como lo señalábamos al inicio de estas páginas, la connotación económica que han adquirido los servicios públicos a partir de la Constitución Política de 1991 es sin lugar a dudas el cambio más significativo introducido en tiempos recientes en la materia; los regímenes de monopolio justificados teóricamente por un concepto que en buena medida se identificaba con la función administrativa e inclusive con el mismo Estado<sup>29</sup>, son cada vez más escasos en la experiencia comparada, y si algo resulta claro en la realidad actual es la importancia de la intervención de los particulares en actividades calificadas como servicio público.

Esta situación, sin embargo, no nos puede hacer pensar en una desvinculación radical (o siquiera somera) de los servicios públicos respecto de los deberes y funciones propias de las instancias públicas, que imponga el rigor de concebir a los servicios públicos como una actividad económica igual que cualquier otra y que consecuentemente deba ser garantizada, aunque objeto de una regulación dirigida a un desarrollo armónico de las fuerzas económicas, en un marco de libre y leal competencia y de asistencia y protección a los consumidores.

Lo anterior es verdad, conforme a lo señalábamos en las páginas anteriores, pero

no exclusivo. La actividad de los servicios públicos debe atender aquella parte del ordenamiento jurídico dedicada a regular las actividades económicas, pero también aquella otra dirigida a dar cumplimiento a finalidades específicas del Estado, como la satisfacción del interés general y de las necesidades básicas, o una calidad de vida adecuada.

Para ilustrar lo anterior baste pensar en una aplicación práctica: ¿Cuál debe ser la actitud del Estado frente a dos grupos hipotéticos de actividades económicas distintos? Por una parte, un grupo conformado por una industria de producción de lámparas de cristal y una empresa que presta el servicio de lavado y mantenimiento de vehículos automotores a domicilio; y por la otra, una empresa encargada de prestar el servicio de alcantarillado a una población determinada y otra encargada de ampliar la infraestructura vial del país.

Vale la pena llamar la atención sobre que los dos grupos de actividades pueden perfectamente tener una connotación económica y ser consecuentemente atractivos para la inversión de los particulares (o de las instancias públicas en igualdad de condiciones); en este sentido el Estado debe desplegar una actividad (normativa entre otras) dirigida a la garantía de la iniciativa económica y al desarrollo armónico de estas actividades en el entorno del mercado (protección al consumidor, promoción de la competencia, etc.).

Lo anterior, sin embargo, no basta a propósito del segundo grupo, porque éste, aparte de constituir una manifestación de la iniciativa económica privada, está conformado por actividades relacionadas con el servicio público, es decir, estrechamente vinculadas con deberes del Estado, de manera indiferente a que la gestión sea desarrollada por instancias públicas o particulares, y

la Constitución Política expresamente establece que «Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional» (art. 365 C. P.).

Nos resulta pues, plenamente justificable que las normas dirigidas a regular las actividades económicas en general se hagan extensas en la medida de lo posible a las actividades de servicios públicos, pero debe hacerse claridad sobre que estas no necesariamente son las únicas, pues el Estado puede y en algunas oportunidades debe tomar medidas aún más incisivas, ya que es responsabilidad suya la «prestación eficiente» de los servicios públicos en el territorio nacional.

Resultaría muy afortunado que la regulación de los servicios públicos como cualquier otra actividad económica bastase en términos normativos para dar desarrollo a las finalidades y deberes del Estado que se encuentran comprometidos con esta actividad; si las cosas ocurrieran de esta manera, podría pensarse en una *regulación específica de los servicios públicos como hipótesis subsidiaria*, es decir, que solo cuando el funcionamiento y las reglas del mercado<sup>30</sup> no logren satisfacer los fines del Estado en materia de servicios públicos sobrevendría una regulación especial<sup>31</sup>.

Esta reflexión no nos resulta en absoluto osada ni carente de coherencia; pero nos llama la atención sobre un aspecto que consideramos bien importante, y es la motivación distinta que puede tener (y en efecto creemos tiene) el Estado en la intervención normativa en materia de servicios públicos entendidos como cualquier otra actividad económica y aquella intervención que hemos denominado específica. Resulta evidente que los fines de una y otra son distintos y si bien pueden coincidir (verbigracia la protección de los consumidores o los usuarios), se materializan a través de singulares inter-

venciones que son diferentes, baste pensar a título de ejemplo en el tema de estratificación y subsidios o en la búsqueda de ampliación de cobertura que caracteriza los servicios públicos domiciliarios.

Estas consideraciones nos bastan para llamar la atención sobre un punto: la importancia de la efectividad de las medidas estatales dirigidas a intervenir las actividades económicas en general (dentro de las cuales se encuentran incluidos los servicios públicos), pues éstas en el actual estado de cosas contribuyen en buena medida a la satisfacción de los fines estatales comprometidos en la eficiente prestación de los servicios públicos.

En segundo lugar, nos parece trascendental la consideración de la no exclusividad de esta forma de intervención, pues como hemos insistido existen otras manifestaciones que a su vez obedecen a propósitos distintos, que complementan la actividad general del Estado a través de medidas específicas en materia de servicios públicos. La connotación de *carácter complementario* de esta actividad nos parece fundamental para no perder de vista la realidad actual de los servicios públicos en el marco constitucional en que se encuentran<sup>32</sup>.

De este modo, insistimos en que la tendencia hacia la “liberalización” de los servicios públicos no puede confundirse con la renuncia del Estado a asumir compromisos relacionados con finalidades básicas contenidas en los textos políticos y las consecuentes medidas que las instancias públicas deben adoptar para dar desarrollo a las mismas. Esta consideración no se deriva de una inspiración ideológica ni a una postura teórica coyuntural; como lo hemos señalado, se trata del desarrollo de la posición que ha adoptado el constituyente de 1991 en materia de servicios públicos, que gústenos o no es la vigente.

Percibimos también en este tema una no poco frecuente confusión entre medios y fines; una cosa es el concepto de servicio público que se deriva de la Constitución Política con una alta carga teleológica o finalística, y otra muy distinta los modelos de gestión que se adopten, los cuales a partir de la Constitución Política de 1991 son bien variados, pues al lado de la posibilidad tradicional de que el Estado preste directa o indirectamente los servicios públicos, se ha agregado la misma posibilidad para los particulares y las comunidades organizadas (art. 365 C. P.).

*Los usuarios. Perspectiva lógica de intervención del Estado en desarrollo de sus fines y deberes*

Hasta el momento hemos referido la naturaleza y la oportunidad de la intervención del Estado que en buena medida constituye un límite al ejercicio de la libertad económica privada en materia de servicios públicos, pero poco o nada hemos mencionado sobre la forma que la intervención normativa puede adoptar. En consideración a esta reflexión llamamos la atención sobre las medidas normativas dirigidas a proteger a los usuarios de los servicios públicos.

En otra oportunidad<sup>33</sup> hemos expresado nuestra preocupación por una aparente connotación “hipócrita” de la disposición constitucional que “invita” a sujetos distintos a las instancias públicas a participar en actividades calificadas como servicios públicos<sup>34</sup>, confrontándola con disposiciones legales (que han sido declaradas conformes a la Constitución) que establecen límites evidentes e injustificados a la inversión privada o que la colocan en con-

dición de desventaja frente a la inversión de las entidades públicas<sup>35</sup>.

Estas manifestaciones de la ley que atentan, a nuestro juicio, gravemente contra un régimen de competencia que caracteriza la actividad de algunos servicios públicos, las encontramos ampliamente perturbadoras del panorama constitucional sobre la materia. Somos conscientes de presupuestos como la necesidad de ampliación de la cobertura de los servicios públicos domiciliarios por parte del Estado, que difícilmente puede lograrse en nuestras situaciones particulares exclusivamente a través de la expedición de normas sobre competencia; pero también lo somos de la esencia de un derecho constitucional (la libertad económica privada) que por opción del constituyente se ha extendido a actividades calificadas como servicio público.

De aquí nuestra convicción absoluta de entender a los usuarios de los servicios públicos como la parte más importante de las relaciones que se forman en la prestación de los servicios públicos, para ser tenida en cuenta por las instancias públicas en el momento de intervenir a través de normas, actividades de servicios públicos.

Como lo hemos señalado<sup>36</sup>, el derecho público debe voltear la atención a las particulares condiciones de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios y a la efectiva satisfacción de sus derechos contractuales y reglamentarios, permitiendo de este modo un satisfactorio desarrollo de buena parte de las finalidades públicas involucradas con los servicios públicos, así como una efectiva garantía del ejercicio del derecho de la libertad económica privada a propósito de una actividad ampliamente rentable, pero también estrechamente vinculada con los fines y la razón de ser del Estado.



## CONCLUSIONES

1. La libertad económica privada es un derecho predicable de las actividades de servicio público en consideración de la connotación económica que estas han adquirido a partir de la Constitución Política de 1991.

2. El derecho de libertad económica ha surgido históricamente como un derecho de la libertad, o individual; en la actualidad ha adquirido influencia de otros principios como el de la igualdad (material) y la solidaridad.

3. El derecho de libertad económica privada, pese a haber sido considerado en algunas oportunidades como un derecho fundamental individual (susceptible de protección a través de la acción de tutela), de manera reiterada ha sostenido la Corte Constitucional su connotación fundamental solamente por conexidad.

4. El ejercicio del derecho de libertad económica privada tiene unos límites establecidos por la misma Constitución Política, que pueden ser establecidos por el legislador en consideración al “bien común”.

5. La dirección que el Estado detenta sobre la economía hace que éste pueda intervenir normativamente las actividades económicas (incluidos los servicios públicos), inspirado en el desarrollo de las finalidades y deberes consagrados en el Texto Político y no en inspiración ideológica alguna.

6. La intervención del Estado en materia de servicios públicos es distinta cuantitativa y cualitativamente a la que éste realiza sobre otras actividades económicas.

7. La reserva legal en materia de límites al ejercicio de la libertad económica privada no resulta tan clara tratándose de los servicios públicos.

8. La liberalización de los servicios públicos no significa de ninguna manera una negación a las finalidades y deberes del Estado relacionados con actividades calificadas como servicio público.

9. La intervención específica del Estado en materia de servicios públicos debe entenderse como complementaria de la intervención que el Estado ejerce sobre todas las actividades económicas en general.

10. Tratándose de intervención normativa en materia de servicios públicos, el Estado debe dirigir la mirada principalmente a los usuarios de los servicios públicos.

ALBERTO MONTAÑA PLATA  
Doctor en Derecho Público  
Università degli Studi di Bologna.  
Profesor e Investigador  
Departamento de Derecho Administrativo  
Universidad Externado de Colombia

1. En el texto político anterior se consagraba la libertad económica en los siguientes términos: (Reforma introducida por el acto legislativo n.º 1 de 1968) «Artículo 32- Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral». «Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular». En: CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA (compilador). *Las Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 520.

2. Se establece en el artículo 333 de nuestra Carta Política (que se encuadra en el Título XII: “del régimen económico y de la hacienda pública”): «La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejer-

cicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley». La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades». «La empresa como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial». «El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional». «La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación».

3. Pese a la consideración genérica de “servicios públicos” contenida en el artículo 365 de la Constitución Política, no puede en modo alguno entenderse ésta como extensiva a todas aquellas actividades que han sido comprendidas bajo esta categoría tradicionalmente en la experiencia colombiana. FORSTHOFF insiste en la existencia de unos servicios públicos como la justicia o la seguridad nacional que en modo alguno pueden ser prestados a través de la gestión privada que en buena medida es una característica cada vez más común en el actual estado de cosas ERNEST FORSTHOFF. “Concetto e natura dello Stato sociale di diritto”. En: *Stato di diritto in trasformazione*. Milan: Giufre, 1973. Por su parte nuestra Corte Constitucional ha considerado la situación de manera similar, pues ha llamado la atención al monopolio del Estado tratándose de la prestación de algunos servicios públicos, confirmada con la posibilidad que conservarl el Estado de convertirlos en monopolio; el mismo artículo 365 establece: «Si por razones de soberanía o interés social, el Estado mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita».

4. ALBERTO MONTAÑA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

5. La experiencia francesa es bien dicente de esta realidad, donde pese a contar con el concepto de servicio público más rígido y con mayor impacto en la conformación y consideración de la administración pública, ha abierto su derecho a esta realidad económica y mundial dando lugar a interesantísimos de-

bates académicos. Manifestación importante de esta realidad puede encontrarse en: CHRISTIAN STOFFAES. *Services Publics. Question d'avenir*. París: La Documentation Française, 1995. Igualmente nos parecen trascendentales los más o menos recientes trabajos del Consejo de Estado francés, que han dedicado su atención a la identificación de un criterio material que sirva para justificar la procedencia de un derecho y una jurisdicción especial, sin descuidar realidades económicas caracterizadas, entre otras, por el desarrollo de actividades tradicionalmente desempañadas por el Estado, por parte de los particulares. CONSEIL D'ÉTAT. “Rapport public 1999, L'intérêt general”. *Études & Documents* n.º 50, París: La Documentation Française, 1999. Sobre estas reflexiones propias del derecho administrativo francés: MONTAÑA. Ob. cit.

6. HUGO PALACIOS MEJIA. *El derecho de los servicios públicos*. Bogotá: Derecho Vigente, 1999. p. 77.

7. ALBERTO MONTAÑA. La “libre entrada” en la prestación de los servicios públicos. Un cambio trascendental introducido por la Constitución Política de 1991. Ponencia presentada en el seminario internacional “Semana del derecho constitucional comparado”. Ambassade de France en Colombie – Maison Franco-Andine du droit. Bogotá, 23-25 de mayo de 2001. (En proceso de publicación).

8. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza, 1994.

9. ANTONIO BALDASARRE. “Iniciativa económica privada”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXI, Milano: Giufre, 1971. También, “Los derechos sociales”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 5 (agosto 1998).

10. En un estudio conclusivo de la reunión sobre “Regulación y Competencia” desarrollada en Roma por la Autorità garante della concorrenza e del mercato, entre el 22 y 23 de noviembre de 1999; SABINO CASSESE sintetiza la situación de los Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia del siguiente modo: «Negli Stati Uniti si succedono: disciplina della concorrenza; regolazione e parziale sottrazione delle *regulated industries* alla concorrenza; deregulation e conseguente riespansione della disciplina della concorrenza. In Gran Bretagna, invece, si parte delle nazionalizzazioni, per passare alle privatizzazioni e al contemporaneo sviluppo della *regulation* (ma in funzione della tutela della concorrenza), per riconoscere, infine, che consolidata

l'apertura dei mercati, la *regulation* va limitata alle finalità "sociali" e la disciplina della concorrenza deve prendere il sopravvento. La Francia è ferma alla sua posizione favorevole al *servic public*, ma consente la sua sottoposizione al diritto comune della concorrenza e persino al relativo giudice. Si tratta di una contraddizione che non potrà durare a lungo». SABINO CASSESE. "Regolazione e concorrenza". En: GIUSEPPE TESAURIO y MARCO D'ALBERTI, editores. *Regolazione e concorrenza*. Bologna: Il Mulino, 2000, p. 23.

11. Principalmente en fallos iniciales; más recientemente pareciera adoptarse esta posición en la Sentencia SU-1182 de 1998. Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

12. Esta parece ser la posición adoptada de manera mas reciente por nuestra Corte Constitucional. Se llama la atención en distintos fallos en que tratándose de la libertad económica privada, solo es procedente la acción de tutela siempre que resulte afectado o violado un derecho fundamental de manera conexa a ésta. Estableció la Corte: «... si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales *per se* y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (arts. 13 y 333 C. P.). Por consiguiente, es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental». Corte Constitucional. Sentencia SU-157 del 10 de marzo de 1999. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Otros fallos en este sentido: SU-167 de 1999. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, y T-944 de 1999. Magistrado Ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

13. NATALINO IRTI, profesor ordinario de derecho civil de la Universidad de Roma, en un ensayo que nos resulta bastante sugestivo, insiste en la regulación normativa del mercado aun en situaciones de aparente inactividad de las instancia públicas frente a la ejercicio de la iniciativa económica de los individuos. Sostiene que las denominadas "reglas" del mercado no son solamente reglas morales o con contenido metafísico, éstas son jurídicas y están siempre presentes; lo que varía es su intensidad. Esta reflexión, en absoluto novedosa, no es referida solamente en consideración a momentos históricos pasados, IRTI la hace extensiva y esgrime argumen-

tos enfrentándola a construcciones teóricas de F. A. HAYEK. NATALINO IRTI. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 1998, pp. 1 a 64.

14. Introduce de manera indiscutible la Constitución Política en su artículo 333 una reserva legal en lo que a la delimitación de la libertad económica respecta. Este aspecto ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional: En un caso en el que se discutía la posibilidad de las entidades locales de limitar el ejercicio de este derecho se sostuvo: «Por expreso mandato de la Ley Fundamental vigente, estas limitaciones a la libertad económica sólo puede establecerlas el Congreso, como quiera que ellas desbordan el marco propio del orden público cuyo mantenimiento corresponde a las autoridades de policía, por las razones que atrás hemos señalado. Las limitaciones a la libertad económica deben estar hoy, más que nunca, expresamente autorizadas por la ley, comoquiera que el Constituyente de 1991 quiso de manera clara y expresa no sólo ampliar su ámbito sino rodearla de las garantías necesarias para su ejercicio. En consecuencia, en la misma proporción en que se ha ampliado el ámbito de la libertad aludida, se ha reducido proporcionalmente el ejercicio del poder de policía en el contexto específico de la actividad económica». «Esta Corte ve con preocupación que las autoridades locales hagan exigencias no razonables para el ejercicio de la actividad económica, las cuales, como en el caso del presente fallo, llegan hasta determinar el lugar y las condiciones de mercadeo de un servicio sin que, de otra parte, haya claridad necesaria acerca de las razones de tales normas». CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-475 de 1992. Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES. Otro fallo importante sobre el mismo argumento: T-425 de 1992. Magistrado Ponente: CIRO ANGARITA.

15. Notamos con preocupación la imposibilidad de las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios de establecer ciertos límites a la libertad económica, que como antes lo señalábamos resultan apenas lógicos en ejercicio de la función de "regulación" de actividades económicas como los servicios públicos. Esta imposibilidad no se deriva exclusivamente de esta reserva de ley, también de la genérica posición de las manifestaciones normativas de las Comisiones de Regulación, principalmente a la luz de la jurisprudencia constitucional. Este argumento puede consultarse en el primer número de la revista virtual *Jurisprudencia Administrativa*, de la Universidad Externado de Colombia [[www.uexternado.edu.co](http://www.uexternado.edu.co)].

En este sentido apreciamos con cierto entusiasmo la interpretación de la Corte Constitucional de entender competencias compartidas entre la ley y el reglamento en materia de libertad económica, así como la procedencia de la denominada "delegalización" en algunas oportunidades insinuada en nuestro medio y en tantas oportunidades utilizada en otros ordenamientos.

Sobre las competencias compartidas ha sostenido la Corte: «El reparto de las competencias entre la ley y el reglamento en materia de intervención del Estado no es el mismo en todas las actividades económicas. Así, en general, para proteger la libertad económica, la dirección estatal se efectúa por el Gobierno con base en leyes de intervención que deben precisar sus fines, sus alcances y los límites de la libertad económica pero, en otros casos, la intervención se efectúa con base en leyes marco, que son normas más generales, pues en ellas el Congreso fija únicamente los objetivos y criterios de la acción gubernamental». CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 de 1996. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ.

16. Establece el artículo 334 de la C. P.: «La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.» «El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos». «También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones».

Nos resulta importante insistir también en esta oportunidad sobre la confusión no poco frecuente entre fines del Estado y medios que éste puede utilizar para realizarlos. Entendemos la intervención del Estado en la economía como un medio que puede utilizar el Estado, pero no un fin en sí mismo. Sobre esta reflexión desde una perspectiva teórica de desarrollo del Principio del Estado social y de derecho: MONTAÑA. *El concepto de servicio público...*, cit.

17. Establece de manera expresa el artículo 365 constitucional: «Es deber del Estado asegurar su pres-

tación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional». En una sentencia de constitucionalidad relacionada con el alcance de las facultades de las Comisiones de Regulación de servicios públicos domiciliarios, ha sostenido la Corte Constitucional: «si bien este (art. 333 C. P.) guarda relación con el tema tratado, en tanto se refiere a la iniciativa privada, libre competencia económica, no abuso de posiciones dominantes y alcance de la libertad de empresa frente al interés social y el ambiente, se reitera que, por razón de su especialidad, la constitucionalidad de tales tópicos debe examinarse a la luz de los artículos 365 y siguientes arriba enunciados, relativos a los servicios públicos y particularmente a los domiciliarios, y no tanto a otros con incidencia tangencial, no obstante el control de constitucionalidad integral que a esta Corte compete. Mas cuando el artículo 333 citado no constituye un catálogo de cuanto los particulares puedan o no hacer, para que sea razonable la interpretación dada por el actor». CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-066 de 1997. Magistrado Ponente: FABIO MORÓN DÍAZ.

18. MONTAÑA. *El concepto de servicio público...*, cit.

19. Establece un aparte del artículo 365 constitucional: «Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley». Se establecen igualmente algunas reservas legales de manera específica: decisión del Estado de reservarse algunos servicios públicos o algunas actividades estratégicas (art. 365); fijación de competencias y responsabilidades, coberura, calidad, financiación y régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios (art. 367); determinación de derechos y deberes de los usuarios, así como su régimen de protección (art. 369) y definición de la participación de los municipios en las entidades y empresas que prestan servicios públicos domiciliarios (art. 369).

20. Se establece en el mismo artículo 365 constitucional: «En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios». La misma jurisprudencia se ha encargado de resaltar esta expresión del constituyente, señalando cómo en términos constitucionales la regulación corresponde al Estado en general y no a ninguna instancia pública en particular. ALBERTO MONTAÑA. «Las manifestaciones normativas de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos». *Revista (virtual) de Jurisprudencia administrativa*, cit.

21. Vale la pena llamar la atención: el artículo 370 de la Constitución Política se refiere exclusivamente a una categoría específica de servicios públicos, los

servicios públicos domiciliarios. Sobre el alcance de esta expresión y su relación con las funciones de regulación que parecieran propias del Presidente de la República, resulta trascendental la Sentencia de la Corte Constitucional, C-1162 de 2000. Magistrado Ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

22. En el derecho comparado, la participación principal del Estado en materia de regulación de los servicios públicos se desarrolla principalmente a través de las denominadas autoridades independientes o agencias, que inspiradas en el modelo estadounidense de regulación económica, parten de una realidad orgánica de independencia y autonomía en consideración a los tradicionales órganos del poder, de manera independiente a funciones normativas, administrativas e incluso judiciales que desarrollan en algunas oportunidades. MARCO D'ALBERTI. "Autorità indipendenti. (Diritto amministrativo)". En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IV, 1995.

YVES GAUDEMET resalta la importancia no solo de la composición independiente de los entes reguladores, sino también de las características conciliadoras, persuasivas y no tradicionalmente coercitivas de las manifestaciones de regulación en materia de servicios públicos; la sanción debe ser solamente la *ultima ratio* de la función reguladora: «Soprattutto esse [las autoridades reguladoras de los servicios públicos] tendono a sviluppare meccanismi di regolazione che si distinguono abbastanza nettamente della regolamentazione amministrativa classica: lavoro di trasparenza e di persuasione, persino di negoziazione; messa in atto di strumenti "pedagogici" di norme di riferimento, di codici deontologici; sviluppo –talvolta al di là delle previsioni normative– di funzioni consultive volte a prevenire e a regolare il mercato senza sanzionare». YVES GAUDEMET. "Regolazione e servizi pubblici: L'esperienza continentale". En: GIUSEPPE TESAURO y MARCO D'ALBERTI, editores. *Regolazione e concorrenza*. Bologna: Il Mulino, 2000, p. 59.

23. Ha sostenido en este sentido nuestra Corte Constitucional: «El juez constitucional debe actuar de manera prudente al analizar la legitimidad constitucional de una determinada regulación de las libertades económicas, por cuanto la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado. El juez constitucional deberá entonces respetar en general las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fun-

damentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma. Es decir, si la ley que regula la actividad de sociedades de contenido patrimonial no vulnera claramente la carta fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas generales que autorizan la intervención estatal en la economía». CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-265 de 1994. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

24. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-028 de 1994. Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MEZA.

25. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-265 de 1994. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

26. *Ibidem*.

27. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-524 de 1995 Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y C-332 de 2000. Magistrado Ponente: FABIO MORÓN DÍAZ.

28. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-524 de 1995. Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y C-332 de 2000. Magistrado Ponente: FABIO MORÓN DÍAZ.

29. Una cosa es la gestión absoluta y excluyente de los servicios públicos por parte de las instancias públicas y otra las concepciones teóricas que ha caracterizado esta noción; sin embargo, es innegable el vínculo o el sustento teórico que concepciones como las de la denominada Escuela de los servicios públicos o Escuela realista han ejercitado sobre posturas de gestión de los servicios públicos a través de monopolios estatales. Para LEON DUGUIT existía una identificación entre la noción misma de Estado y los servicios públicos, para GASTON JÈZE, entre la función administrativa y los mismos. Sobre las principales manifestaciones de la Escuela de los servicios públicos: MONTAÑA. *El concepto de servicio público...*, cit.

30. Como antes lo referíamos a propósito de un ensayo de NATALINO IRTI, cuando mencionamos "las reglas del mercado" no estamos refiriendo un ordenamiento natural o metajurídico, estamos pensando en unas normas jurídicas que persiguen el mejor impacto de las relaciones económicas.

31. Esta consideración no resulta en absoluto extraña a la experiencia comparada; conceptos tan afianzados en la actualidad como el de servicio público universal o servicio público de interés económico general de origen comunitario europeo, en buena me-

dida han asumido una posición de la intervención pública como último recurso, es decir, en el caso en que la inversión privada no pueda satisfacer los cometidos de servicios públicos que persiguen los Estados miembros. SANDRO GOZI. "Tendenze generali della politica dei servizi pubblici e politica del mercato nell'Unione Europea". En: *La liberalizzazione dei servizi pubblici*. Bolonia: SPISA, Università degli studi di Bologna. Serie: *Quaderni della SPISA*, n.º XV (2000) pp. 15 a 21, y también "Prospettive dei servizi pubblici nell'Unione Europea". *Quaderni della SPISA*, n.º IV (1998) pp. 37 a 41.

32. Con esta inspiración, asumimos una actitud crítica frente a las reformas en materia de competencia introducidas recientemente al régimen de los servicios públicos domiciliarios a través de la Ley 682 de 2001. Al conocimiento de aspectos relacionados con la libre y leal competencia de los operadores de los servicios públicos domiciliarios, por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no le encontramos mucho sentido, pues la justificación de la intervención del Estado en esta materia la consideramos muy similar en todas las actividades económicas y consiguientemente percibimos oportuno su conocimiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta asignación específica de competencias en materia de "competencia" a la SSPD, creemos en buena medida desvirtúa el carácter *si bien no subsidiario si complementario* de la intervención específica del

Estado en materia de servicios públicos.

33. ALBERTO MONTAÑA. "La 'libre entrada' en la prestación de los servicios públicos". Ponencia, cit.

34. El artículo 365 constitucional, al consagrar la denominada "libre entrada" en la prestación de los servicios públicos, sin lugar a dudas está optando por una apertura en los mecanismos de gestión motivada (entre otras) por la confianza en la inversión privada, como presupuesto idóneo en la persecución del cumplimiento de las finalidades públicas relacionadas con la prestación de los servicios públicos.

35. En la Sentencia de la Corte Constitucional C-188 de 1998 se discutió la posible inconstitucionalidad de una disposición contenida en una ley que eximía del pago de impuestos por un determinado período de tiempo a los operadores de un servicio público cuyo capital fuera público. La Corte consideró la disposición acusada conforme a la Constitución esgrimiendo (entre otros de los argumentos) que el Estado debía prestar los servicios públicos en cualquier condición económica, mientras que los particulares solo donde resultara atractivo en términos económicos. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-188 de 1998. Magistrado Ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

36. ALBERTO MONTAÑA. "La protección a los usuarios de los servicios públicos. Un nuevo reto del derecho administrativo". En: *Primeras Jornadas de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.