

COMERCIALIZACIÓN DE DERECHOS EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS¹

Marlenny DÍAZ CANO

Investigadora Asociada
Grupo Territorio Colciencias
Escuela de Ciencias Sociales
Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín (Colombia)
Marlenny.Diaz@upb.edu.co

RESUMEN

El artículo pretende identificar razones que den cuenta de la actual dinámica de prestación de los servicios públicos esenciales en Colombia, que han representado la pérdida de los objetivos que definen todo Estado social de Derecho y sus principios de inclusión, participación y equidad. Un fenómeno ambientado por el traspaso de responsabilidades estatales a operadores privados, y que pretende dar respuesta a los postulados del modelo neoliberal de desarrollo soportado en el protagonismo del mercado como regulador de relaciones sociales.

Las nuevas dinámicas, enfoques e ideologías que imponen los nuevos actores en el cumplimiento de funciones que inicialmente estaban en cabeza del Estado han puesto en peligro no sólo la protección de garantías individuales, sino la efectiva concreción de derechos fundamentales.

El análisis se centra en la categoría «Servicios Públicos Domiciliarios», desembocando en una observación puntual de su principal regulación en Colombia: Régimen General SPD —Ley 142/1994—. Se considera que dicha norma se constituye en un buen ejemplo de la manera en que la visión economicista y de negocio ha venido ganándole terreno al enfoque social en el diseño e implementación de las

¹ El presente artículo deriva de las reflexiones generadas en la investigación Organización Comunitaria en torno al Reciclaje —Política Social—, proyecto concluido por la autora en 2005 como investigadora del Centro de Estudios en Desarrollo CIDER de la Universidad de los Andes, financiado por el Consorcio para el Desarrollo Comunitario en asociación con el Centro de Estudios de Política Social para América Latina (Center for Latin American Social Policy CLASPO de la Universidad de Austin, Texas). El interés investigativo tiene una continuidad y se complementa en la investigación «Desarrollo y participación ciudadana. Una mirada desde las políticas públicas sociales», que en la actualidad se adelanta con el grupo de investigación Territorio de la Escuela de Ciencias Sociales de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín (Colombia). El objetivo del trabajo se orienta a identificar de qué manera se instituye el componente participativo en las políticas públicas de salud, vivienda y servicios públicos domiciliarios, y de qué manera se relaciona (coartando o motivando) con las iniciativas de organización de comunidades de base.

políticas públicas, lo cual ha generado un trastoque significativo del rol del ciudadano y del concepto de servicios esenciales.

Palabras clave: Derechos ciudadanos, servicios públicos, Servicios Públicos Domiciliarios, privatización, participación ciudadana, derechos fundamentales, política pública social, comercialización de servicios públicos.

ABSTRACT

The article attempts to identify the reasons accounting for the current system for the provision of essential public services in Colombia which has been moving away from the Welfare State, both in terms of the objectives that define the Welfare State and its principles of inclusion, participation and equality.

This phenomenon has been encouraged by the transfer of responsibilities from the State to private operators and responds to the arguments of the neo-liberal model of supported development by giving the market a starring role as regulator of social relations.

The new approaches, priorities and ideologies that the newly responsible organisations bring to the functions that were initially the responsibility of the State have put in danger not only the protection of individual guarantees but also the effective realisation of fundamental rights.

The analysis focuses on the category «Public domiciliary services», providing a detailed analysis of its main regulation in Columbia: General Regime for Public Domiciliary Services, Law 142/1994 (Régimen General SPD, Ley 142/1994). This regime is considered a good example of the way in which the views of economics and business have been gaining ground over the social focus in terms of the design and implementation of public policies. This has generated a significant change in the role of the citizen and the concept of public services.

Keywords: Citizen's rights, public services, Public Domiciliary Services, privatisation, citizen participation, fundamental rights, public social policy, commercialisation of public services.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel versucht zu begründen, warum die aktuelle Entwicklung im Bereich der Vergabe von öffentlichen Grunddienstleistungsaufträgen in Kolumbien sich von den Grundprinzipien eines sozialen Rechtsstaates und den Grundsätzen der Einbeziehung, der Beteiligung und der Gleichheit entfernt. Ein Phänomen, das darin seinen Ursprung hat, dass staatliche Aufgabenbereiche an Privatunternehmen abgegeben werden. Dies entspricht dem Postulat des neoliberalen Entwicklungsmodells, nach welchem der Markt die sozialen Beziehungen reguliert.

Diese gesellschaftspolitische Dynamik, ihre Orientierungen und Ideologien, die die neuen Handlungsträger bei der Ausführung ihrer vom Staat übernommenen Aufgaben durchsetzen, bedroht nicht nur den Schutz der garantierten Rechte des Einzelnen, sondern auch die Ausgestaltung seiner Grundrechte.

Die Untersuchung konzentriert sich auf das Segment Dienstleistungen im Bereich der öffentlichen Sanitär-Infrastrukturgrundversorgung und mündet in der punktuellen Betrachtung der entsprechenden Gesetzesgrundlage in Kolumbien: dem Allgemeinen Verwaltungsgesetz Nr. 142/1994 (Régimen General SPD, Ley 142/1994). Es wird hervorgehoben, dass dieses Gesetz ein gutes Beispiel dafür ist, wie beim Entwurf und der Implementierung gesellschaftlicher Handlungspli-

tik die marktwirtschaftliche und kommerzielle Sichtweise gegenüber dem sozialen Gesichtspunkt an Terrain gewonnen hat: Dies führt zu einer wesentlichen Veränderung der Rolle des Bürgers und der Auffassung von dem, was man unter öffentlicher Grunddienstleistungsversorgung versteht.

Schlüsselwörter: Bürgerrechte, öffentliche Dienste, öffentliche Sanitär-Infrastrukturgrundversorgung, Privatisierung, Bürgerbeteiligung, Grundrechte, staatliche Sozialpolitik, Kommerzialisierung der öffentlichen Dienste.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOCIONES.—III. LA NOCIÓN DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO TIENE UNA CONCRECIÓN PUNTUAL EN LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.— IV. NO PUEDE HABLARSE DE UN SERVICIO PÚBLICO SIN ASOCIARLO CON EL DERECHO CIUDADANO A LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES BÁSICAS.— V. LA GÉNESIS DE LA NUEVA CONNOTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.— VI. PRIVATIZACIÓN Y EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS: UN BINOMIO RELACIONADO.— VII. LEY 142/1994: DEFENSA Y GARANTÍA DEL DERECHO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS O FACILITACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN ESTE SECTOR.— VIII. DE CIUDADANO A USUARIO O CLIENTE: UN CAMBIO DE CATEGORÍA QUE ANTICIPA EL ADVENIMIENTO DE LA NUEVA LÓGICA DEL CAPITAL SOBRE LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.— IX. PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y FORTALECIMIENTO EMPRESARIAL, UNA RELACIÓN INVERSAMENTE PROPORCIONAL EN EL ESCENARIO DE LOS SPD.—X. POLÍTICA SOCIAL EN DISCUSIÓN.—XI. PRINCIPALES CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA.

I. INTRODUCCIÓN

Política pública social, participación ciudadana y legitimidad son las variables interdependientes que en el presente artículo hacen nexo con la temática de la privatización de servicios públicos domiciliarios buscando identificar de qué manera los cambios que ha experimentado el Estado-Nación dentro del esquema globalizador para los llamados países en desarrollo ha llegado a afectar no solamente en el plano político-económico de estos países, sino también en el que tiene que ver con el acceso a derechos fundamentales y el ejercicio de la ciudadanía.

El traspaso de funciones del Estado al actor privado, como parangón de una supuesta búsqueda de eficiencia administrativa y de gestión en el manejo de lo público, se observa desde la óptica del análisis de política, que en esa nueva «institucionalidad mixta» deja en duda la concreción de los postulados de un Estado social de Derecho —igualdad, equidad, participación—, los cuales se desdibujan tras el nuevo protagonismo de acto-

res supranacionales que en la dinámica del mercado imponen sus propias estrategias de desarrollo.

II. NOCIONES

El Derecho colombiano acogió la concepción francesa y clásica de servicio público expuesta, entre otros, por Duguit², en cuanto le atribuía a la Administración Pública la función de satisfacer las «necesidades de interés general». Tiempo después esta tesis evolucionó hacia la concepción objetiva o material que mira el contenido de la función, o su naturaleza, no importando quién presta el servicio público, esto es, ajustándose a la participación de los particulares en el cumplimiento de funciones públicas.

La Constitución política de 1991 no brinda una definición directa de servicio público, entrando directamente a clasificar sus tipos: Seguridad Social (art. 48), Atención de la salud y saneamiento básico ambiental (art. 49), Administración de justicia (art. 229), Notariado y registro (art. 131) y Educación (art. 67). Y asume una subespecie de servicios públicos llamada «esenciales» en la que explícitamente restringe el derecho a la huelga en aras del interés general (art. 56 CNC). A nivel conceptual, éstos comprenden aquellas actividades organizadas que satisfacen de manera regular y continua intereses generales (noción material de servicio público) y cuya interrupción puede llegar a afectar valores e intereses fundamentales de la vida en comunidad.

La Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-450/95, define servicios públicos esenciales atendiendo a su materialidad: «El carácter esencial de un servicio público se predica cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes, o a la satisfacción de intereses, o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales. Ello es así en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad»³.

Dentro de dichos servicios públicos esenciales encontramos la subcategoría de los servicios públicos domiciliarios, regulados por la Ley

² L. DUGUIT, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, 12.^a ed., Madrid, F. Beltrán, 1912.

³ Corte Constitucional de Colombia, SC 459/95, Magistrado ponente Antonio Barreira Carbonell.

142/1994, cuyo art. 4 determina: «Para los efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución política de Colombia, todos los servicios públicos de que trata la presente ley se considerarán servicios públicos esenciales» (art. 14.21, los servicios públicos domiciliarios incluyen: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible). Siendo definidos por la Corte Constitucional en la Sentencia T 578/1992 como: «... aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas o con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas [...] El servicio público es el género y el servicio público domiciliario es especie de aquél»⁴.

Se tiene, pues, que el término de «servicios públicos» es genérico, abarcando dos grandes grupos: los servicios sociales, en tanto buscan la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, y los servicios administrativos considerados como esenciales. El acceso a estos servicios se constituye además en un mecanismo de garantía de otros derechos como son el derecho a gozar de bienestar y calidad de vida, derecho a la igualdad real y derecho al libre ejercicio de la personalidad.

III. LA NOCIÓN DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO TIENE UNA CONCRECIÓN PUNTUAL EN LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Los servicios públicos han llegado a ocupar, por su trascendencia social y económica, un lugar privilegiado entre las prestaciones protegidas, descansando sobre el propio Estado el deber de tutelar su prestación, calidad y eficiencia a través de la regulación y el control, configurándose así dos tipos de derechos a tutelar: por un lado, el derecho del ciudadano en su calidad de usuario, y por otro, sus derechos vinculados con las prestaciones de servicios esenciales constitutivos del derecho a la vida digna.

El art. 365 de la Constitución colombiana hace referencia directa al carácter de los servicios públicos: «Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públi-

⁴ Corte Constitucional de Colombia, ST 578/92, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

cos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, 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».

Dicha orientación se refuerza en el Título II, Capítulo 2, de la Carta, el cual contempla los llamados «derechos económicos, sociales y culturales», cuya razón de ser está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos, con lo cual adquieren el carácter de fundamentales.

A nivel de doctrina, la Corte Constitucional, en Sentencia C-636/2000, se pronunció sobre los cometidos del Estado frente a los servicios públicos:

«Es esencia de la filosofía política que inspira al Estado Social de Derecho la de asegurar, como cometido básico de éste inherente a su finalidad social, la atención y satisfacción de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y otras, que aseguren el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, con el fin de hacer efectiva la igualdad material entre todos los integrantes de la comunidad. De este modo, la realización y la eficacia sustantiva del Estado Social de Derecho se mide por la capacidad de éste para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas»⁵.

Y asimismo, en su Sentencia T-540 de 1992⁶ señaló:

«La idea de servicio público es el medio para avanzar rápidamente al Estado Social y Democrático de Derecho en forma pacífica y sin traumas para los grupos de interés que detentan posiciones de ventaja respecto de los sectores mayoritarios de la sociedad con necesidades insatisfechas. La legitimidad del Estado depende del cumplimiento de sus deberes sociales y de la eficacia de la gestión pública. La población es sensible a la efectiva realización de los fines esenciales del Estado, en particular porque sobre ella pesa la carga del régimen impositivo. La corrupción y el fraude generalizados hacen que el ciudadano perciba la presencia del Estado como una carga insoportable y pueden conducir a su destrucción o al desmonte de las prestaciones sociales a su cargo. Por ello los servicios públicos deben man-

⁵ Corte Constitucional de Colombia, SC 636/2000, Magistrado ponente Antonio Barreira Carbonell.

⁶

tener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, sin perjuicio del principio de la solidaridad social.

Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público, sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (arts. 1 y 2 CP). A través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (art. 13 CP) de toda la población».

En el mismo sentido en que es clara la relación entre el Estado Social de Derecho y la prestación de servicios públicos, lo es también que esta temática se ha venido consolidando como uno de los puntos centrales en las agendas de gobierno sobre política social, dado que es uno de los aspectos donde tradicionalmente se evidencian los niveles de satisfacción o no de las necesidades de las comunidades⁷, por tanto, la legitimidad de dichas políticas en gran medida dependen de que dichas necesidades básicas sean efectivamente satisfechas dentro de los preceptos que orientan toda política social.

Para Dromi (2004)⁸, «cuando hablamos de servicio público nos referimos a la prestación esencial que cubre necesidades públicas o de interés comunitario, que explicita las funciones del Estado de ejecución per se o por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo fiscalización estatal. Es decir, puede tratarse de la provisión de agua, luz, gas, teléfonos, como de la prestación de servicios de educación, salud, transporte, seguridad». Bajo este concepto, servicio es una organización de medios para una actividad o función estatal, y el término público es indicativo de la condición del sujeto titular (personas públicas), del fin del servicio (público), del régimen jurídico al que se somete (Derecho público) y de los destinatarios o usuarios (el público).

⁷ Al respecto el informe del Banco Mundial sobre Pobreza (1992) involucra el tema de los servicios públicos como uno de los indicadores de satisfacción de necesidades básicas.

⁸ J. R. DROMI, s/ avocación, en M. FONTELA, E. c. Estado nacional, CSJN1990/09/06.

IV. NO PUEDE HABLARSE DE UN SERVICIO PÚBLICO SIN ASOCIARLO CON EL DERECHO CIUDADANO A LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES BÁSICAS

Gran parte del bienestar general de toda población está condicionado por la calidad y adecuada gestión de los servicios prestados por el Estado para satisfacer sus necesidades básicas. Si bien, como se ve en la actualidad, el Estado puede delegar a particulares la prestación de servicios que se configuran como esenciales, la misma Constitución determina que no puede desentenderse de su regulación y control, más aún cuando los problemas en la prestación afectan por conexión derechos fundamentales en su calidad de ciudadano. En este sentido, el «servicio público como prestación no está en el mercado sólo con connotaciones pecuniarias y por la persecución de objetivos económicos. Su fin prevaliente está dado por la eficaz satisfacción de necesidades colectivas» (Dromi, 2004).⁹ Por tanto, se constituye en un referente directo de la esencia de lo público.

Desde el enfoque de derechos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, al igual que el Protocolo de San Salvador determina que las diferentes categorías asociadas a estos derechos públicos constituye un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, característica que exige protección permanente con el propósito de obtener su plena vigencia, «sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros».

Asimismo, a partir del proceso de internacionalización de los diferentes derechos, los derechos de usuarios de servicios públicos aparecen regulados de modo explícito en los tratados internacionales. En este sentido, el Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales consagra, en su art. 11, el derecho de toda persona «a contar con servicios públicos básicos». Por lo cual, contar con servicios públicos básicos forma parte de los derechos humanos que pueden constituirse como fundamentales, pues ayudan a garantizar la vida, la propiedad y la libertad de las personas.

⁹ *Op. cit.*, p. 14.

La Sentencia C066/1997¹⁰ de la Corte Constitucional refuerza este planteamiento al indicar en relación a los servicios públicos domiciliarios:

«La idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.».

Hasta aquí las consideraciones y planeamientos previos nos permiten identificar claramente la importancia que reviste el tema de la prestación de servicios públicos domiciliarios dada su intrínseca relación con la esencia del Estado social de Derecho. Pasamos ahora a plantear de qué manera el cumplimiento de sus funciones ha venido poniéndose en entredicho al introducirse en su dinámica el protagonismo del mercado como nuevo actor que trae consigo connotaciones y sentidos propios en torno a la relación ciudadano-Estado. Este objetivo se asumirá a través del análisis de la Ley 142/1994, del Régimen General de Servicios Públicos, la cual se considera un buen ejemplo de este nuevo escenario.

Prevía entrada al análisis de esta Ley es importante identificar qué aspectos, de plano nacional e internacional, rodearon el arribo al país del enfoque empresarial aplicado a la prestación de servicios estatales.

V. LA GÉNESIS DE LA NUEVA CONNOTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Resulta de gran relevancia para nuestro tema de análisis el protagonismo que han adquirido los organismos internacionales (dícese Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y Organización Mundial del Comercio, Banco Interamericano de Desarrollo u organismos de cooperación a nivel mas sectorial como GEF y WWF entre otros) dentro de los procesos de desarrollo internos de los países que acuden a sus fondos o acogen sus lineamientos. En el primer caso, porque sus préstamos se condicionan

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, SC 067/1997, Magistrado ponente Fabio Moron Díaz.

al cumplimiento de compromisos que muy seguramente deben convertirse en decisiones de política dentro de cada Estado¹¹, y en el segundo caso, porque sus directivas han sido revestidas de tanta importancia que llegan a constituirse en paraestados que definen desde sus acuerdos las reglas, medidas y sanciones que deberán acoger sus países miembros.

En 1944 se organiza la Conferencia Internacional Monetaria en Breton Woods (New Hampshire, EUA), donde se busca por parte de los cuarenta y cuatro países enfrentar el tema del crecimiento productivo mundial y crear las condiciones de posicionamiento del sistema capitalista a nivel mundial a través del comercio como nuevo protagonista planetario, lo que da origen a la Organización Mundial del Comercio¹².

Colombia se hizo miembro a partir de 1996, a cinco años de haberse institucionalizado en el país todas las reformas neoliberales bajo el modelo de apertura económica vía nueva Constitución: reforma a la Seguridad Social (Ley 100/1993), reforma laboral (Ley 50/90), reforma administrativa, cuyo efecto principal fue la disminución del papel y tamaño del Estado, donde la privatización se constituye en la figura estrella, y reforma financiera, adoptando un marco legal que garantizara la competencia entre intermediarios financieros, la entrada al capital extranjero y el comercio exterior¹³.

El parágrafo 3 del Acuerdo General de Comercio de servicios de la OMC (proclamado en 1947) determina que las directrices del acuerdo son obligatorias para los países miembros y *se aplican a todos los sectores de servicios, excepto dos*:

¹¹ Y cuyo objetivo es garantizar a corto, medio y largo plazo el pago efectivo de lo prestado más sus intereses, y que pueden concretarse en firmas de tratados, cambios normativos o giros constitucionales.

¹² Véase más en detalle L. SARMIENTO ANZOLA, *Sistema mundo capitalista: fábrica de riqueza y miseria*, Bogotá, Ediciones Desde Abajo, 2004, p. 223.

¹³ El texto de la carta de intención del Acuerdo Stand By de Colombia con el Fondo Monetario Internacional de diciembre de 1993, con el fin de acceder a un préstamo de 1.548 millones de DEG (Derechos Especiales de Giro, que corresponde a una especie de moneda interna del FMI), incluía los siguientes compromisos específicos (entre otros de corte macroeconómico): «Reformas estructurales. Se comprometen acciones tendentes a la aprobación y ejecución de tres reformas: *a) reforma pensional*, que, según el Acuerdo, “busca equilibrar contribuciones y beneficios” de las pensiones; *b) reforma laboral*, también llamada flexibilización del mercado laboral (ya aprobada por el Congreso); *c) reestructuración del Estado*, que involucra aspectos como la transferencia de funciones a otros actores bajo el esquema de libre entrada y la modificación del manejo de activos físicos del gobierno...» (Documento «Contraloría General de la República. Evaluación de los Acuerdos Colombia-FMI. Análisis sectorial y de políticas públicas», informe núm. 2, Bogotá, Imprenta Nacional, junio de 2000).

«Servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales. Se trata de servicios que no se suministran en condiciones comerciales ni en competencia con otros proveedores. Pueden citarse como ejemplos los sistemas de Seguridad Social y cualquier otro servicio público, como la sanidad o la educación, *que no se preste en condiciones de mercado*» (cursiva fuera del texto).

Resulta claro que la reglamentación se aplica para el sector de servicios públicos domiciliarios en Colombia, pues desde que se comenzaron a introducir las reformas legislativas y reglamentarias en el país, a partir del ingreso del modelo neoliberal en 1990, los cambios normativos referidos a los servicios públicos esenciales buscaron ingresar el esquema comercial en su prestación, y de hecho instituyen la competencia como un principio que permite alcanzar la eficiencia frente al «inadecuado monopolio estatal» en su prestación.

La OMC exige que cada país miembro presente una lista de nuevos servicios a liberalizar; un ejemplo del tipo de argumentos que usa para exhortar a una mayor liberalización es el siguiente:

«Eficacia económica. La existencia de una infraestructura de servicios eficaz es una condición *sine qua non* para la prosperidad económica. Servicios tales como los de telecomunicaciones, banca, seguros y transporte contribuyen estratégicamente al desarrollo de todos los sectores de bienes y servicios, con importantes aportaciones. Sin el acicate de la competencia es poco probable que cumplan eficazmente esta función, con el consiguiente detrimento de los resultados y el crecimiento económico generales. Cada vez más gobiernos, pues, prefieren un entorno abierto y transparente para la prestación de servicios.

El ahorro de los consumidores. Existen abundantes pruebas de que en muchos servicios, en particular los de telecomunicaciones, la liberalización hace bajar los precios, mejora la calidad y amplía las posibilidades de elección de los consumidores. Estas ventajas, a su vez, se abren paso a través del sistema económico y contribuyen a mejorar las condiciones de suministro de otros muchos productos. Así pues, aunque algunos precios aumenten durante el proceso de liberalización, por ejemplo, el costo de las llamadas locales, este incremento suele verse compensado con creces por las reducciones de precios y la mejora de la calidad en otros sectores. Además, en el marco del AGCS, los gobiernos siguen teniendo plena facultad, aun en un entorno completamente liberalizado, de imponer obligaciones universales en materia de servicios y medidas similares por motivos de política social»¹⁴.

¹⁴ Seis ventajas de la liberalización de los servicios en la página de la OMC http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp273_s.htm.

De acuerdo con el calendario fijado por la OMC, desde finales de junio del año 2002 hasta el mes de marzo de 2003 cada país miembro presentaría sus listas de servicios a «liberalizar» y a partir de esa fecha se pone en marcha el proceso efectivo de apropiación empresarial, que debería culminar de acuerdo con dicho calendario en el año 2007.

Otra instancia que nos permite identificar los orígenes de la nueva concepción sobre los servicios públicos es el Consenso de Washington, que se materializó en un documento formulado desde 1989 por los principales organismos multilaterales de crédito con sede en Washington (FMI y BM), el grupo de los siete países desarrollados G-7 y los veinte mayores bancos internacionales, en el que se presentan las propuestas y recetas de política económica con las cuales se buscaba tomar las riendas de la crisis económica de los países dependientes (para su momento fue formulada para Latinoamérica, pero luego se constituyó en un programa económico general para los países de tercer mundo).

Dentro de las fórmulas que debían ser implementadas para superar la crisis económica en Latinoamérica plantea: «Políticas de reforma o de ajuste estructural. Con el fin de generar un modelo de desarrollo orientado hacia el mercado y con fundamento en la reducción del Estado, se requiere la liberalización al comercio internacional y la promoción de las exportaciones estimulando la inversión extranjera, la privatización de empresas estatales y la desregulación de las actividades económicas».

Oscar René Vargas¹⁵ amplía la descripción de los postulados del consenso anotando que tales políticas de reforma o ajuste consistían fundamentalmente en reducir el déficit fiscal por medio del aumento del ingreso o la disminución del gasto público, o ambas simultáneamente. Desde los postulados del consenso se ha indicado un cambio en las prioridades del gasto público, la eliminación de subsidios y el redireccionamiento de parte de estos recursos hacia los sectores de la salud y educación, dejando de lado el cubrimiento de otras necesidades que, como servicios, en el marco de la libre competencia puedan ser asumidas por actores privados, y asimismo, desde «esta sana práctica de la competencia arguye la obligación (y necesidad) de que el Estado disminuya sus activos físicos, lo cual al día de hoy se realiza vía privatización.

Estas «fórmulas de rescate económico» han venido siendo introducidas por nuestros países de manera paulatina en su normatividad interna, con

¹⁵ O. R. VARGAS, «¿Qué es el Consenso de Washington?», en *El Nuevo Diario*, Nicaragua, noviembre de 2002 (febrero de 2005). Disponible en World Wide Web www.lainsignia.org/2002/noviembre/econ_033htm.

muy pocas diferencias en su implementación y discursos argumentativos formulando axiomas no comprobados que identifican al libre comercio como nueva vía de desarrollo, los inconvenientes de un Estado benefactor y el éxito del mercado como regulador por excelencia en la asignación de bienes y servicios¹⁶.

VI. PRIVATIZACIÓN Y EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS: UN BINOMIO RELACIONADO

Dentro del mismo esquema comercial que ha fundamentado la nueva connotación de los servicios públicos esenciales como servicios de consumo, liderada por la OMC, se encuentra el lineamiento que desde la misma organización y las de crédito internacional se da para la privatización de las empresas estatales que prestan estos servicios.

La propuesta conjunta presentada por los países miembros de la Unión Europea en la OMC en torno al Acuerdo General del Comercio de Servicios comienza con la siguiente declaración: «La presente oferta no debe interpretarse en modo alguno como una propuesta de privatización de empresas públicas, ni como una forma de impedir que los Estados miembros regulen los servicios públicos para cumplir los objetivos de sus políticas nacionales». Sin embargo, basta con leer el primer apartado de compromisos horizontales sobre limitaciones al acceso a los mercados para dudar de dicha afirmación: «La UE declara en su oferta, en lo relativo a la presencia comercial de empresas extranjeras para todos los sectores, que: en todos los Estados miembros de la OMC, los servicios considerados servicios públicos a nivel nacional o local pueden estar sujetos a monopolio público o a derechos exclusivos otorgados a empresarios privados». Este requerimiento no va dirigido a las grandes potencias, lo cual se comprueba en que de las 109 demandas que se sabe que

¹⁶ El ALCA y el TLC son ejemplos de tratados que manejan esta consigna, la cual en realidad va mas allá de permitir o no el comercio de bienes de consumo, pues el tipo de compromisos que incluyen tienen efectos perversos y a largo plazo en aspectos tales como la soberanía, los derechos sociales y los recursos intangibles como la cultura, de países que entran en desventaja clara frente al avasallador poder de los detentadores de la economía mundial, uno de cuyos objetivos precisos desde su nacimiento sigue siendo la liberalización de los servicios a cargo del Estado, con el fin de sacarlos de la esfera de lo público e incorporarlos al mercado, escenario en el que servicios como el de la salud, la educación y los servicios domiciliarios representan una expectativa de ganancia segura dado que, a diferencia de otro tipo de servicios comerciales, son imprescindibles.

presentó la Unión Europea en junio de 2002, 94 iban dirigidas a países en desarrollo¹⁷.

A nivel nacional, la Ley 142 prepara la vía de la privatización a partir de procesos de descentralización administrativa. El art. 311 de la Constitución Nacional identifica al *municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado* y determina que es la entidad alrededor de la cual debe organizarse la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pero al mismo tiempo indica que los mismos podrán prestarse por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio.

La Ley, sin embargo, no creó instrumentos ni nuevos recursos que permitieran que el municipio, desde lo público, se siguiera haciendo cargo directamente de dicha función, dando preeminencia a la figura de la empresa de SPD como prestador y definiéndola en su art. 17 así: «Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley». Y los arts. 2 y 3 de la Ley 286/1996, que modifica parcialmente la Ley 142, sigue dando esta preponderancia al determinar que: «Las entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142/1994 se transformarán en empresas de servicios públicos, de acuerdo con lo establecido en el art. 17 de la Ley 142/1994, en un plazo hasta de dieciocho (18) meses a partir de la vigencia de la presente Ley. [...] Cuando las entidades territoriales hayan estado prestando directamente un servicio público y no se hayan constituido en empresas de servicios públicos, según lo había establecido el art. 182 de la Ley 142/1994, se les concede un plazo de hasta dieciocho (18) meses a partir de la aprobación de la presente Ley para que se conviertan en empresas de servicios públicos»¹⁸.

En realidad lo que se vio fue un proceso masivo de transformación de la naturaleza jurídica de las que en un tiempo fueron empresas oficiales del Estado hacia el escenario de el Derecho privado, ya sea porque las arcas de los municipios no soportaron el hacerse cargo de la prestación de los servicios o por la buena perspectiva de negocio que venía a representar el acceso de capitales privados bajo el modelo accionario.

¹⁷ Datos tomados del informe elaborado por la World Economy, Ecology and Development (WEED), a petición de la fundación alemana Heinrich Böll.

¹⁸ El protagonismo que asigna la ley a esta figura es evidente, pues casi el 90 por 100 de su articulado se dedica a su regulación (definición, naturaleza, ámbito de acción, régimen jurídico y administrativo, contrataciones, régimen laboral...).

Es importante enfatizar que si bien la estrategia de la privatización en Colombia puede identificarse con el ingreso del país al proyecto de apertura económica en 1991, este fenómeno responde a esquemas globales¹⁹ que pretenden argumentar sus beneficios sobre la afirmación de que se debe reducir el tamaño del sector público en aras de la eficacia en la asignación de recursos y que la empresa privada es más eficiente por las bondades del mercado, frente a la ineficiencia y despilfarro de lo público.

Desde la misma Exposición de Motivos de la Ley 142²⁰ se puede observar la manera en que se le abrió paso desde el gobierno a los intereses privados en el sector de servicios públicos, a través de la ponderación de los supuestos beneficios que para el sector y el ciudadano del común representaban los cambios que introduciría la mano invisible del mercado.

«El proyecto considera, igualmente, que al adoptar la forma empresarial se facilita el cumplimiento del objetivo de eficiencia que contiene la Constitución política. Al encomendar la prestación de servicios a “empresas” antes que a funcionarios públicos, puede exigirse con más facilidad las responsabilidades a los administradores si no satisfacen ciertos “indicadores de gestión”. Puede también lograrse una contabilidad independiente de la del municipio, la nación o el departamento, para que la comunidad y los particulares interesados conozcan exactamente los costos y las implicaciones financieras de operación de los servicios y puede conseguirse que los servicios públicos tengan una administración profesional ajena a los intereses partidistas de corto plazo.

El sector de los servicios públicos cuenta con algunas áreas donde es favorable el fomento de condiciones de competencia entre oferentes del mismo servicio. Las reglas del mercado han sido eficaces en telecomunicaciones y energía, donde la competencia es mayor debido a la iniciativa empresarial y emulación entre proveedores. Como resultado, precios fijados según reglas de mercado se constituyen en señales adecuadas de costos y orientan certeramente la demanda. La gestión independiente de sistemas de acueducto, la subcontratación de zonas o modalidades de servicio

¹⁹ Este proceso presenta múltiples vías o mecanismos de materialización, entre ellas: a) la transferencia de actividades públicas al sector privado por la cual la Administración Pública transfiere la gestión del servicio pero conserva la titularidad del mismo, o b) la externalización de actividades y servicios de la Administración Pública a una empresa privada para la prestación o gestión por parte de ésta mediante contratos de gestión, consultorías y asistencias técnicas y contratos de servicios.

²⁰ Exposición de Motivos de la Ley 142/1994, Gaceta del Congreso, Ponencia de los ministros de Hacienda, Energía, Comunicaciones, Obras Públicas y Desarrollo Económico del periodo presidencial de César Gaviria, Bogotá, Congreso de la República, martes 17 de noviembre de 1992.

pueden generar un ambiente competitivo en el área de gestión del sector de saneamiento básico. Estas perspectivas exigen un replanteamiento institucional del sector de servicios públicos en su conjunto» (p. 24).

Asimismo se critica ampliamente la existencia de monopolios naturales, identificando directamente los problemas en el sector con esta práctica que, en criterio del gobierno (ponente), es totalmente ineficiente.

«Una de las razones por las cuales los colombianos no disponen de servicios domiciliarios en cantidad radica en que no ha habido competencia en el sector; en la práctica, ésta ha estado sujeta a monopolios oficiales. No ha existido en la práctica libertad de entrada al sector de servicios públicos. Y el monopolio oficial limita la posibilidad de vincular recursos a la prestación de servicios, pues éstos quedan pendientes de las disponibilidades fiscales, y en este sentido el monopolio impide la ampliación de la cobertura. El monopolio, al mismo tiempo, carece de incentivos para ser eficiente²¹. La principal víctima del monopolio estatal ha sido entonces el usuario» (p. 24).

Y finaliza al respecto con un párrafo que, dado el auge privatizador que arribó a partir de esta Ley, resulta paradójico, pues formula como remedio a la enfermedad el catalizador de la misma:

«Por ello, para no tener que privatizar, enajenar o liquidar en todos los casos las empresas oficiales monopolísticas, como ordenaría el inciso 336 de la Constitución, este proyecto considera que es preciso crearles competencia, es decir, terminar con su condición monopolística. Tal es la razón por la que el proyecto busca facilitar la libertad de entrada al sector de servicios a todos aquellos que deseen prestarlos, inclusive a particulares» (p. 24).

²¹ Una afirmación que para nada corresponde a las realidades de empresas como ISA y TELECOM, que demostraron tener muy buenos resultados y por eso se colocaron en la mira de los intereses privatizadores que se dedicaron a minar su rendimiento a través de regulaciones totalmente perversas y que con el trascurso del tiempo crearon el ambiente adecuado para que la opinión pública acogiera la tesis de su ineficiencia. Al respecto véase la interesante investigación presentada por la Corporación de Promoción Popular de Antioquia, «Estrategias de corrupción en Colombia. Mitos y realidades». Que describe todo el proceso de captura de lo público por el sector privado.

VII. LEY 142/1994: DEFENSA Y GARANTÍA DEL DERECHO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS O FACILITACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN ESTE SECTOR

Habiendo presentado previamente los argumentos más sobresalientes de la Exposición de Motivos de la Ley, vemos a continuación de qué manera los considerandos de la ya aprobada reglamentación retoma estos lineamientos.

Dichos considerandos se construyen alrededor de tres criterios básicos, a saber:

«1. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 de la Constitución política). Por tanto, es deber de las autoridades organizar la prestación de los servicios públicos en forma que más convenga al usuario. Este postulado se concreta en tres objetivos específicos: a saber, garantizar que haya recursos suficientes para lograr la existencia misma del servicio, es decir, la cobertura; asegurar la eficiencia del servicio, es decir, los menores costos y las menores tarifas, y obtener la calidad de los servicios.

2. Los tres objetivos del servicio eficiente al usuario que se enuncian arriba deben lograrse, ante todo, con los siguientes cinco instrumentos: libertad de entrada a quienes quieran prestar los servicios; competencia entre quienes los presten, cuando la competencia sea naturalmente posible; control sobre quienes presten servicios en condiciones de monopolio, para evitar abusos en la posición dominante; vigilancia sin obstruccionismo burocrático, y sanciones eficaces para los infractores de las normas.

3. El Estado debe buscar la prestación eficiente de los servicios públicos; el inciso primero del art. 365 de la Constitución política obliga tanto a las entidades políticas como a las entidades privadas a ser eficientes en la prestación de los servicios. La Constitución no ampara la ineficiencia en el sector público ni en el privado».

Las subsiguientes reformas a la Ley han seguido por la misma línea de facilitar esta entrada y hacerla atractiva a través de regulaciones que garanticen ganancias sobre la inversión con la mínima posibilidad de pérdida. Veamos a continuación de qué manera específica se operativiza este objetivo en el contenido general de la ley.

Artículo 87. *Criterios para definir el régimen tarifarlo.*—El régimen tarifarlo estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neu-

tralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

1. Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no sólo los costos, sino los aumentos de productividad esperados, y *que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo*, y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste.

[...]

4. Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas *garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación*, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; *permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable*, y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.

Este principio se aplica para el caso de los subsidios donde se plantea su desmonte gradual para que los ingresos de las empresas cubran sus gastos y arrojen una utilidad razonable.

[...]

7. Los criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrán prioridad en la definición del régimen tarifario. Si llegare a existir contradicción entre el criterio de eficiencia y el de suficiencia financiera debe tomarse en cuenta que, para una empresa eficiente, *las tarifas económicamente eficientes se definirán tomando en cuenta la suficiencia financiera*.

Artículo 99

[...]

6. La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro *será cubierta siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran*. En ningún caso el subsidio puede ser superior al 15 por 100 del costo medio del suministro para el estrato 3, al 40 por 100 del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50 por 100 de éste para el estrato 1».

Dentro de este esquema las tarifas deben pagar el costo de producción del servicio, más el costo de la expansión de las empresas, y además —y ésta es la clave del asunto—, deben generarle una rentabilidad adicional al capital invertido. Las alzas exorbitantes apuntan, entonces, a garantizar el lucro de los nuevos inversionistas. Por ello, a la larga todos los estratos tendrán que pagar tarifas plenas²².

Las inconsistencias de las normas tienen que ver con la necesidad de colocar en los estratos 5 y 6 a los que más pagan, al mayor número de usuarios. Si resultara que demasiados colombianos quedan en los estratos bajos, como corresponde a la realidad nacional, la ganancia sería poca; por otro lado, no resulta financieramente rentable ampliar cobertura en territorios apartados, si bien las dificultades topográficas y de seguridad pública podrían ser razones válidas para justificar la no operatividad en ciertas regiones. También está detrás el hecho de que ampliar cobertura en zonas deprimidas no es buen negocio por el bajo nivel adquisitivo de sus habitantes²³.

²² Y es tan claro que la prestación de servicios públicos domiciliarios es tan buen negocio que les están generando a los inversionistas rentabilidades que impresionan a la opinión pública. En el primer año después de su venta, TELMEX, la telefónica mexicana, produjo 2.300 millones de dólares de utilidades, sobre ingresos de 5.400 millones. «Dios no concibe ganancias como éstas», afirmó maravillado un asesor estadounidense de la compañía. De ahí que no extraña que una empresa que el Estado vendió, en 1990, por 1.760 millones de dólares, aparezca cuatro años después con un precio en bolsa de 30.000 millones. Según la Contraloría General de la República de Colombia, en la privatización de los bancos del Comercio, de los Trabajadores y del Tequendama, el patrimonio público resultó menguado en 73.797 millones de pesos de 1992. En Manizales, la privatización del aseo se convirtió en «una verdadera guaca de oro» para sus compradores, según la calificara gráficamente Luis José Restrepo Restrepo (*La Patria*, 18 de agosto de 1996). Las utilidades de la eléctrica en 2005 fueron de 274.733 millones de dólares. Los ingresos fueron 1.781.329 millones de dólares, representados en 1.693.617 millones por ventas de energía y 87.712 millones por servicios asociados. El gerente general de Codensa, en entrevista dada a la revista de ANDESCO, señaló que: «Estamos muy complacidos con el crecimiento que ha tenido la compañía, la cual en los tres primeros años de incursión en el mercado colombiano generó dividendos del 300 por 100 sobre la inversión inicial».

²³ Razón que justifica el porqué más de un 40 por 100 del país se encuentra aún sin conexión integral a la red de SPD, por ejemplo, en el caso de la energía, las zonas no interconectadas corresponden a casi la totalidad de los departamentos del Amazonas, Putumayo, Inírida y Guainía. Sus comunidades deben recurrir a la generación de energía a través de pequeñas plantas de generación alimentadas con diesel. Caso similar se presenta en la dotación de agua potable vía red, donde dicho servicio no existe para más de la mitad de municipios de los antiguos territorios nacionales.

VIII. DE CIUDADANO A USUARIO O CLIENTE:
UN CAMBIO DE CATEGORÍA QUE ANTICIPA
EL ADVENIMIENTO DE LA NUEVA LÓGICA
DEL CAPITAL SOBRE LOS POSTULADOS
DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (SPD) define al usuario como «persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde éste se presta o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor»²⁴.

Esta visión se ambienta en el mundo del mercado y en el escenario del neoliberalismo que trae consigo el cambio de rol del ciudadano por el de usuario o consumidor; una figura que resulta ser más acorde en el escenario de la oferta y la demanda de bienes²⁵.

Si bien usuario y consumidor comparten el estar inmersos en la lógica capitalista, y la Ley 142 homologa los términos, las diferencias entre estos dos es clara: como consumidor, el ciudadano tiene la libertad de acceder a un bien o servicio en tanto que tenga capacidad de pagar por él a quien se lo oferte; siendo su motor de acción el deseo. Como usuario, el ciudadano no tiene la posibilidad de prescindir del servicio encontrándose a merced de quien se lo puede ofrecer; su motor de acción es la necesidad.

Las manifestaciones ciudadanas en contra de este nuevo rol son exiguas, pues estratégicamente se ha venido justificado la irrupción del esquema privatizador del capital privado en la prestación de servicios públicos como una respuesta a la supuesta ineficiencia de lo público.

Es en este contexto donde toma relevancia el análisis planteado por Néstor García Canclini referente a la influencia de la sociedad de consu-

²⁴ Ley 142/1994 (Ley de Servicios Públicos Domiciliarios), art. 14, núm. 33.

²⁵ En el caso del Servicio Público de Salud, la relación prestador-empresa-cliente es un acto comercial en el cual el prestador del servicio (el médico sin rostro representado por un número) vende un servicio a un cliente (el paciente representado por una boleta o ficha), asignado en citas médicas de la empresa (el intermediario y dueño del paciente y del médico). En esta relación comercial al prestador del servicio le interesa atender el mayor número de clientes por unidad de tiempo, para, asimismo, cobrar el mayor número de boletas. Los intereses de la empresa son prioritarios (no la salud, precisaríamos). Ella capacita al profesional sobre qué medicamentos debe formular, qué exámenes o medios diagnósticos solicitar, y con mucha precisión cuáles no debe utilizar porque resultan muy costosos, llegando el caso de imponer sanciones o memorandos cuando el galeno se arriesga a formularlos.

mo en las manifestaciones del rol de ciudadano: «siempre el ejercicio de la ciudadanía estuvo asociado a la capacidad de apropiarse de los bienes y a los modos de usarlos, pero se suponía que esas diferencias estaban niveladas por la igualdad en derechos abstractos que se concretaban al votar, al sentirse representado por un partido político o un sindicato. Junto con la descomposición de la política y el descreimiento en las instituciones otros modos de participación ganan fuerza. Hombres y mujeres perciben que muchas de las preguntas propias de los ciudadanos —a dónde pertenezco y qué derechos me da, cómo puedo informarme, quién representa mis intereses— se contestan más en el consumo privado de bienes y de los medios privados que en las reglas abstractas de la democracia o en la participación colectiva de espacios públicos»²⁶.

La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas encargadas de su prestación no es un tema homogéneo en la doctrina. Por un lado, la tesis privatista, anteriormente vinculada a la distinción de actos de autoridad y actos de gestión de la administración, hoy en auge en razón del movimiento que favorece la privatización de empresas de servicios públicos, postula la aplicación del Derecho privado a muchas prestaciones administrativas, en especial las desempeñadas por concesionarios. La tesis de la naturaleza jurídico-pública, de otra parte, sostenida por la doctrina alemana, señala que invariablemente la actividad inherente a todos los servicios públicos no es contractual, sino reglamentaria. Se busca enfatizar la prevalencia de la seguridad jurídica sobre las ventajas individuales de la contratación privada en atención a que la prestación de servicios es una actividad dirigida a la realización del interés público.

La relación jurídica entre el usuario y las empresas de servicios públicos domiciliarios es, en algunos aspectos y respecto de ciertos servicios, una relación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que se excluya la aplicación de normas de Derecho privado en materias no reguladas por la ley, y en otros casos es contractual, pues los aspectos o problemas no previstos en la reglamentación administrativa deben resolverse aplicando criterios contractualistas del Derecho privado, más afines a las actividades desarrolladas por los concesionarios de un servicio público.

²⁶ N. GARCÍA CANCLINI, *Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*, México, Grijalbo, 1995, p. 13.

Al respecto, la Sentencia C 493/1997 de la Corte Constitucional determina:

«En materia de servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con lo regulado por el legislador y con el propio contenido de la Constitución política, algunos de cuyos aspectos más relevantes se han destacado, la naturaleza de la relación jurídica entre la empresa que los presta y el usuario no es solamente contractual, sino también estatutaria, “debido a que su prestación involucra derechos constitucionales —salud, educación, Seguridad Social, etc.— y su reglamentación administrativa obedece a intereses públicos determinados, quedando reservada su gestión, control y vigilancia a los organismos del Estado”»²⁷.

Pero ya en la Ley esta garantía se vulnera al encontrarse una reglamentación que de frente coloca en situación de desventaja —manifiesta o latente— a un ciudadano que en la práctica, y dada su necesidad, no tiene más opción que aceptar las reglas del operador privado, para el cual la desregulación en cuanto a obligaciones funciona a su favor como regulación en lo que a condiciones de favorabilidad respecta:

«Artículo 31. Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80/1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.»

«Artículo 32. *Régimen de Derecho privado para los actos de las empresas.*—Salvo que la Constitución política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del Derecho privado. La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce» (resaltado fuera del texto).

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, SC 493/1997, Magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

Aparece aquí la primera gran fisura de la política social de SPD, pues pretende dar cumplimiento a los preceptos constitucionales que obligan al Estado a asegurar el derecho fundamental de los ciudadanos a los servicios públicos domiciliarios a través de un esquema empresarial privado que en la lógica capitalista aprovecha la necesidad en beneficio de unos pocos erigiendo principios que traducen claramente una filosofía de negocio.

IX. PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y FORTALECIMIENTO EMPRESARIAL, UNA RELACIÓN INVERSAMENTE PROPORCIONAL EN EL ESCENARIO DE LOS SPD

Sin tener que entrar en revisiones muy exhaustivas de la ley de SPD podemos afirmar que no existen en su contenido estrategias eficaces que motiven o posibiliten la consolidación de organizaciones comunitarias en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, lo cual se traduce en un intencional debilitamiento del ejercicio de la ciudadanía.

En este contexto resulta relevante la definición que desde una perspectiva política nos aporta Francisco Lliset Borrell del concepto de participación como «el conjunto de técnicas que permiten la intervención de los ciudadanos en la organización o en la actividad de la Administración pública sin integrarse en las estructuras burocráticas [...]. El que participa no se convierte, por supuesto, en funcionario, ni tampoco en un colaborador benévolo o interesado. El que participa actúa como ciudadano, preocupado por el interés general, y no como interesado personal y directo; el contenido de su acción no es económico, sino político»²⁸.

Una dinámica que a todas luces no es de buen recibo en el escenario del operador privado, ya que en el caso de que se lograra fortalecer dicho ejercicio de participación ciudadana se pondría en jaque los intereses de quienes se han visto favorecidos por la dispersión de intereses y esfuerzos que caracterizan el esquema individualista y atomizado del usuario.

Por otro lado, a pesar de que la Ley contempla la posibilidad de que las comunidades organizadas puedan prestar servicios públicos domiciliarios, el margen de acción y apoyo es demasiado limitado para que pueda implementarse este esquema que ha resultado bastante favorable y dinamizador en otros países. De los 189 artículos que contiene la Ley sólo se hace alusión a esta alternativa al protagonismo empresarial en dos de sus

²⁸ F. LLISSET BORRELL, *Tautologías sobre la democracia*, España, Siglo XXI, 1987, p. 17.

artículos: art. 15, numeral 4: «Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas», y el art. 18: «... En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos en las condiciones de esta Ley y de la ley que las regule. En los concursos públicos a los que se refiere esta Ley se preferirá a las empresas en que tales comunidades tengan mayoría, *si estas empresas se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes*» (la cursiva del texto resalta el hecho de que en muy pocas, por no decir ninguna, ocasión las empresas de SPD comunitarias podrán presentarse a las licitaciones y concursos en las mismas condiciones que los grandes consorcios).

Realizando una síntesis de la manera en que el marco normativo de los servicios públicos domiciliarios desarrolla el principio de participación ciudadana, tenemos que se plantea en tres sentidos: *a)* participación en el control, *b)* participación en la gestión y *c)* participación en el ejercicio de los derechos particulares.

Participación en el control. El concepto de control va a la par con el de fiscalización. La participación se limita a la instancia del Comité de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios (art. 63). El vocal de control es el representante del comité en las juntas directivas de las empresas de servicios públicos con voz pero sin voto. Ésta es una figura que se ha criticado por haberse convertido en un mero tramitador de derechos de petición cuya actividad se desarrolla generalmente sin contar con la comunidad que lo eligió. Actualmente la Contraloría General de la Nación viene desarrollando talleres de capacitación a veedores en servicios públicos, una figura reciente que no ha mostrado aún resultados claros.

Participación en la gestión. Por gestión se entiende la vinculación del ciudadano a los procesos de prestación del servicio. La normatividad abre el espacio para que particulares se organicen como empresa de SPD o como comunidad organizada prestadora de los servicios. La vinculación a la gestión también puede presentarse en etapas específicas de la operación, como en el caso del transporte y aprovechamiento de los residuos, donde la autoridad municipal firma convenios y/o contratos de prestación de servicios con las asociaciones de recicladores para que recojan los desechos reutilizables.

Participación en el ejercicio de los derechos. El derecho de petición, la tutela, las acciones populares y de grupo son los instrumentos jurídico-administrativos en este tipo de participación. La norma se encarga de

dictar a las empresas y entes administrativos oficiales relacionados con los SPD las directrices para hacer efectivo desde lo administrativo y procedimental estos espacios de participación, indicando también a los ciudadanos la manera de hacer uso de ellos.

De estos tres escenarios de participación planteados en la Ley 142/1994, el de mayor desarrollo y énfasis ha sido el de la gestión. Este hecho pone en evidencia el debilitamiento de los otros dos tipos de participación que buscarían desarrollar más ampliamente el concepto de participación ciudadana en la perspectiva de empoderamiento, donde participar quiere decir que no sólo se toma parte, sino que se hace con poder de incidir en los cambios y acciones.

X. POLÍTICA SOCIAL EN DISCUSIÓN

El punto final del presente análisis nos lleva a identificar de qué manera el panorama planteado por la normativa de la ley de SPD afecta la misma esencia de política social que le da razón de ser. Este objetivo hace necesario entonces partir de una caracterización de política social.

Al respecto, Fabio E. Velásquez en su texto *Política social y exclusión* define política social como: «el conjunto de orientaciones estratégicas construidas a partir de procesos de diálogo entre el gobierno y los distintos actores sociales, económicos y políticos, locales y extra locales, dirigidas a garantizar la igualdad de oportunidades para todos en el ejercicio de sus derechos, en particular de los derechos sociales, asegurar los medios para el mejoramiento de la calidad de vida de la población, y especialmente de los sectores excluidos y vulnerables, con lo cual se fortalece la construcción de un capital social que legitima las decisiones de Estado, siendo éste uno de los fundamentos de la convivencia pacífica»²⁹.

Igualmente relevante resulta la caracterización que hace Bryan Roberts sobre el modelo de política social que se ha venido trabajando en Latinoamérica:

«Aunque hay algunas diferencias en el énfasis, las principales agencias de crédito internacional están de acuerdo con que un modelo de política social incluye: *descentralización*, asociaciones de cooperación privada-pública, programas *focalizados* y *participación de la comunidad*. El discurso

²⁹ F. E. VELÁSQUEZ, *Política social y exclusión*, Temis, 2005, p. 22.

también se orienta a los derechos, enfatizando derechos equitativos y la necesidad de construir una sociedad civil fuerte a través de la participación ciudadana en condiciones de *igualdad y equidad*³⁰.

Observando estas caracterizaciones podemos detectar aspectos claves que se comparten y podrían ser considerados como constitutivos de toda política social: descentralización, focalización, participación, igualdad y equidad, los cuales se complementan con los objetivos de: *mejoramiento de calidad de vida de la población y especialmente de los sectores excluidos y vulnerables*.

Sintéticamente podemos pasar ahora a determinar su concreción o no dentro de la política de SPD, para finalmente pasar a las principales conclusiones del artículo.

1) *Descentralización*

Los instrumentos normativos plantean este principio responsabilizando al municipio de la prestación de los servicios públicos y la gestión, diseño, ejecución e implementación de los planes y programas que, ya sea desde lo institucional o a través de empresa privada, cumplan la función estatal de prestar los SPD a la población. Este criterio impone una carga bastante onerosa al municipio, cuyas arcas generalmente no alcanzan por sí solas para suplir los gastos que requiere, en el primer caso, la operación, administración y mantenimiento de una empresa oficial de SPD y, en el segundo, los planes y programas que conlleva una puesta en marcha eficaz de los planes maestros de servicios públicos domiciliarios.

El déficit presupuestal ha llevado a los gobiernos municipales a acudir a la privatización como una vía expedita para cumplir con su obligación constitucional³¹. Los principios de ley asociados a esta dinámica privatizadora, tales como la eficiencia económica y suficiencia financiera, ponen en entredicho sus fines sociales, pues los privilegia sobre otros que podrían estar más acorde con el objetivo de satisfacción de las necesidades básicas de la población, tales como el criterio de derecho fundamental asociado al acceso a los SPD.

³⁰ B. ROBERTS, *Estudio interfaz de políticas sociales en América Latina*, investigador del Centro de Estudios en Política Social y Participación Ciudadana en Latinoamérica, C-LASPO, 2002, p. 22.

³¹ La capitalización ha sido otra vía, pero ésta ha resultado ser sólo un paso en el camino a la privatización, pues con el transcurrir del tiempo la empresa mixta u oficial capitalizada termina siendo vendida ante la imposibilidad de salir adelante.

2) *Focalización*

La ley sólo focaliza con la intención de estratificar la prestación del servicio y determinar subsidios tarifarios. No hace ninguna referencia a grupos vulnerables o excluidos a fin de armonizar su condición con el cobro tarifario. Trastoca, pues, el objetivo focalizador que busca la equidad social a uno netamente económico orientado a diferenciar por condición económica.

3) *Participación*

A pesar de que el principio es nombrado en todos los instrumentos normativos, su eficacia es limitada dado que plantea escenarios demasiado limitados para que la participación ciudadana empoderada se concrete. El criterio que prima es el de una participación de tipo instrumental³² en la prestación del servicio, dejando de lado escenarios de mayor importancia como el del diseño de la política, que aportan mayores posibilidades para que las organizaciones avancen en defensa de sus intereses y planteen cambios o mejoras a los actuales escenarios de participación. Al respecto resultan relevantes los índices dados por la Superintendencia de SPD que dan cuenta de la creación de más de 800 empresas mixtas de SPD en todo el país y 500 privadas frente a 16 de comunidades organizadas en el periodo que va desde 1996 hasta el 2005.³³

4) *Igualdad-equidad*

Este nivel sufre directamente las consecuencias de la no concreción del principio de la participación³⁴, del énfasis de la lógica del mercado en el esquema privatizador y de la ausencia de estrategias de focalización. Dichas carencias se ven reflejadas en un cada vez mayor número de demandas de tutela por violación de estos derechos³⁵.

³² En el plano de la gestión que tiene que ver con la prestación del servicio.

³³ Servicios Públicos Domiciliarios en Cifras, *Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*, núm. 42, publicación trimestral, 2006, pp. 13-14.

³⁴ Por fallas en el diseño de los escenarios de participación que plantea la ley o por la apatía de las comunidades frente a ellas, que resulta a la larga un círculo vicioso de desconexión.

³⁵ Según informes de gestión de la rama judicial para el periodo comprendido entre 1994 a 2003, el número de tutelas impetradas por violación a derechos fundamentales y conexos relacionados con los servicios públicos de salud, educación y servicios públicos domiciliarios ascendía a 300.000 (www.ramajudicial.gov.co/informesdegestion/html).

El análisis previo nos permite detectar la debilidad de concreción de los objetivos que deben orientar una política social; con lo cual queda al descubierto una falencia estructural en la implementación de una política de servicios públicos domiciliarios que, por esencia, es social y debería darles cumplimiento.

XI. PRINCIPALES CONCLUSIONES

El énfasis empresarial de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios pone en entredicho su esencia como política social e incumple el mandato constitucional de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva adoptando medidas a favor de grupos con menores ingresos económicos, eso obedece al principio de suficiencia económica que rige esta norma.

En relación a la participación ciudadana, la Ley contempla la incursión de operadores no estatales en la prestación de los servicios públicos, incluyendo en este grupo a las empresas privadas y comunidades organizadas, a quienes coloca supuestamente en el mismo plano de oportunidades e importancia. Pero, y aquí aparece la gran inequidad legal, dedica prácticamente todo su articulado a brindar las condiciones necesarias para que la actividad de prestación de SPD sea atractiva, económicamente hablando, para el inversionista empresarial y sólo dedica a las comunidades el artículo enunciativo de las personas prestadoras de servicios, sin estrategias eficaces que permitan su real participación y relegándolos al mero escenario de la prestación en la gestión del servicio (subcontratistas u operarios) y no en el diseño o control de las políticas.

La figura del usuario —o consumidor— presente en la Ley 142 traslada el ejercicio ciudadano del Derecho constitucional de acceso a los SPD al escenario de mercado de la compra de servicios, lo cual denota una contradicción fundamental de una ley que por esencia debe ser social, al supe-ditar dicho acceso a la capacidad adquisitiva del consumidor.

No existe estudio empírico que demuestre de forma fiable que las privatizaciones de servicios públicos supongan una mayor eficiencia y calidad de la gestión privada, ni tan siquiera un aumento de la competencia en los distintos sectores privatizados. Antes al contrario, la realidad resultante de los procesos de privatización diseñados a escalas globales y aplicadas muestra de forma clara, al menos, las siguientes consecuencias:

La pérdida del control democrático de los servicios públicos: se sustituyen las garantías legales propias de la gestión sometida al Derecho

público por la gestión empresarial privada, supeditada exclusivamente a la maximización del beneficio económico para la empresa, con la consiguiente ineffectividad de las reclamaciones individuales y de las garantías jurídicas.

El ciudadano transformado en cliente queda reducido en sus derechos a los que le hayan sido especificados en el contrato de servicios públicos, el cual, en la mayoría de éstos, es de adhesión³⁶. Esto causa que los procesos de participación ciudadana en colectivo se debiliten, ya que en el escenario del usuario-empresa los intereses compartidos se dispersan reduciéndose a los meramente individuales.

El principio de eficiencia económica como parangón de la eficacia en la gestión, en el escenario desregulado de los servicios públicos, provoca un efecto redistributivo negativo que sufren especialmente los colectivos más desprotegidos, afectando al núcleo esencial de los principios de igualdad de acceso al servicio público, universalidad y no discriminación, entre otras razones porque para el inversionista privado que quiere seguir dicho principio, no resulta atractivo ni lucrativo invertir en los más pobres, pues la posibilidad de retorno de inversión se ve disminuida³⁷.

³⁶ Un contrato de adhesión es un tipo de *contrato* cuyas *cláusulas* son redactadas por una sola de las partes, con lo cual la otra se limita tan sólo a aceptar o rechazar el contrato en su integridad. Ejemplos claros de contratos de adhesión están dados por los llamados *contratos de suministro* de servicios públicos (energía eléctrica, agua corriente, gas, telefonía) o la mayoría de los contratos de seguro y contratos bancarios. El principal problema que plantean los contratos de adhesión es el relativo a la validez del *consentimiento*. En el *Derecho civil y mercantil* tradicional, el consentimiento contractual se entendía como el resultado de una relación bilateral equilibrada entre dos o más personas, las cuales llegaban a un entendimiento que se reflejaba en las cláusulas del contrato.

Esta relación equilibrada se rompe con la aparición del contrato de adhesión. La empresa que vende el bien o presta el servicio ofrece el mismo a través de un contrato innegociable, y el consumidor debe elegir entre aceptar el bien con todas sus cláusulas o no hacerlo. Esto provoca dos dudas muy importantes acerca del consentimiento. En algunos casos en los que lo que se contrata es un servicio esencial (agua, combustibles) el consumidor no tiene capacidad de negarse a firmar las condiciones, dado que no tiene otra opción para conseguir el producto esencial (y más en el caso de *monopolio*). Esto provoca la duda de si existe verdaderamente un consentimiento en ese caso. En otros casos, el consumidor elige comprar el producto o servicio, pero es muy poco habitual que realmente entre a valorar las cláusulas del contrato que está firmando. En muchas ocasiones las cláusulas se encuentran redactadas de forma oscura, y en otras ni siquiera están a su disposición en el momento de la firma. Por último, muchos consumidores omiten su lectura a sabiendas de que no cabe negociación.

³⁷ En este punto resulta interesante citar nuevamente la Exposición de Motivos de la Ley 142 donde se anota: «En los países pobres existen generalmente fuertes diferencias en la distribución del ingreso que se convierten en obstáculos para garantizar la extensión de los servicios a los estratos más bajos de la población. Por ello, esos grupos no pueden cubrir el costo pleno de los servicios. De ahí la necesidad de plantear esquemas de subsidios que tengan en

El control sobre la responsabilidad del accionar de las empresas de SPD se diluye dentro del imperio de la autonomía y libre albedrío de las juntas de accionistas, que como operadores del servicio actúan desde su interés particular —en la esfera del Derecho privado— sin que de ello pueda predicarse la configuración de incumplimiento de obligaciones constitucionales asignadas, tal como sí ocurre cuando este servicio se ubicaba en la órbita del Derecho público, lo cual deja al ciudadano sin importantes instancias de defensa de sus derechos.

El modelo de desarrollo desde el cual se impulsaron las reformas al sector de los servicios públicos postula lineamientos que debilitan el empoderamiento ciudadano y lo ubican como una pieza más del andamiaje del mercado, con lo cual pone en entredicho la efectiva realización del principio de participación, criterio *sine qua non* que legitima toda política pública dentro el Estado social de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA

- CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN POPULAR DE ANTIOQUIA: *Estrategias de corrupción en Colombia. Mitos y realidades*, ediciones IPC, 2006, 430 pp.
- DÍAZ CANO, M.: *Organización comunitaria en torno al reciclaje*, Centro Interdisciplinario de Estudios en Desarrollo, Universidad de los Andes, 2005, 114 pp.
- DROMI, J.: s/ avocación, en M. FONTELA, E. c. Estado nacional, CSJN1990/09/06, 45 pp.
- GARCÍA CANCLINI, N.: *Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*, México, Grijalbo, 1995, 113 pp.
- LLISET BORELL, F.: *Tautologías sobre la democracia*, España, Siglo XXI, 1987, 87 pp.
- ROBERTS, B.: *Estudio interfaz de políticas sociales en América Latina*, investigador del Centro de Estudios en Política Social y Participación Ciudadana en Latinoamérica, CLASPO, 2002, p. 22.
- SARMIENTO ANZOLA, L.: *Sistema Mundo Capitalista: fábrica de riqueza y miseria*, Bogotá, Ediciones Desde Abajo, 2004, 223 pp.
- VARGAS, O. R.: «¿Qué es el Consenso de Washington?», en *El Nuevo Diario*, Nicaragua, noviembre de 2002 (febrero de 2005). Disponible en World Wide Web www.lainsignia.org/2002/noviembre/econ_033htm.
- VELÁSQUEZ, F.: *Gestión local y política social. Notas para una definición de enfoque*, Universitas Editores, 50 p.
- Sentencias Corte Constitucional de Colombia, www.Corteconstitucional.gov.co.

cuenta la escasa capacidad de pago de los más pobres», pues es precisamente esta consideración la que se afecta directamente con el desmonte de subsidios que ya se implementa en los SPD.