

# Comentarios sobre el régimen de servicio público en Colombia

Aleksey Herrera Robles\*

La concepción clásica del servicio público fundamentada tanto en limitaciones orgánicas como materiales se concebía como «*la actividad de la administración encaminada a la satisfacción de necesidades colectivas*»; sin embargo, a partir del rompimiento del esquema leseferista y el surgimiento del intervencionismo de Estado como mecanismo para resolver la crisis de superproducción que condujo a la anarquía de la libre empresa, comenzaron a cambiar algunos de los elementos estructurales del concepto, lo que llevó a los franceses a declarar la crisis del servicio público.

Para los países subdesarrollados, sin embargo, tal crisis no se encuentra representada en un cambio sustancial de políticas administrativas o de gobierno, teniendo en cuenta que ni siquiera aquellas funciones que en alguna oportunidad constituyeron la justificación de existencia del Estado del *laissez faire, laissez passer*, tales como administrar justicia, mantener el orden público interno, cuidar las fronteras y definir la política internacional han sido resueltas eficientemente. Así, la crisis está dada simplemente por la evolución del concepto inicial de servicio a partir de la vinculación de los

particulares en su prestación, la ampliación material del objeto de acción del Estado al concepto de necesidades públicas, que pueden ser tanto colectivas como particulares pero estructurales, y la posibilidad, por parte del Estado, de desarrollar actividades privadas de carácter comercial o industrial pero con la finalidad de llenar espacios cuya cobertura el sector privado no es capaz de cubrir por no ser suficientemente rentable o ser demasiado riesgosa.

En Colombia, a través de la reforma constitucional de 1936 y como resultado de la influencia de la política del New Deal de Roosevelt en los Estados Unidos, que impuso el sistema de *Welfare State* (Estado benefactor)

y la doctrina intervencionista keynesiana compendiada en su obra *La teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, publicada en 1936, se rompió con el liberalismo individualista que había influenciado la Constitución de Núñez, consagrando el intervencionismo del Estado en la vida económica y social, la incorporación del criterio solidarista de la propiedad y algunas funciones sociales del Estado como en materia de asistencia pública.

En la Constitución de 1991, además de consagrar expresamente el carácter público de algunos servicios, en el

---

\* Abogado, profesor de Administrativo General y Hacienda Pública. Coordinador de Investigaciones jurídicas y sociojurídicas de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

título XII, se estableció un capítulo especial dedicado a la *finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos*, todo bajo el condicionamiento de haber constituido la república en un Estado Social de Derecho.

### 1. Colombia como Estado social de derecho

Un Estado social de derecho es aquel en el cual, además de consagrarse en textos constitucionales los derechos y libertades de los asociados, el Estado interviene activamente para que las personas puedan ejercer efectivamente tales derecho y libertades. Al respecto, el profesor Carlos Alberto Olano señala que «*los hombres de todas las latitudes se han dado cuenta de que no basta tener derechos si no se dispone de los medios adecuados para ejercerlos. Por estos se precipita en la actualidad un cambio en el sentido de que la seguridad personal no es posible sin la seguridad social; la justicia individual deja de ser operante sin la justicia social, y el bienestar individual pierde toda significación sin el bienestar colectivo, lo cual se puede extender a todos y cada uno de los derechos conocidos hoy con el nombre de derechos humanos*».<sup>1</sup>

En este mismo sentido, el profesor Wilson Herrera, en su artículo titulado «*Parte introductoria y dogmática de la Constitución de 1991*», publicado en la segunda edición de la *Revista de Derecho*, página 4, indica que este componente conceptual «*permite fijar el criterio de que en Colombia no sólo*

*deben garantizarse los derechos y libertades conforme a la ley, sino que además se le imprime al Estado un carácter en el que se tienen en cuenta las exigencias comunitarias como la justicia social, interdependencia, etc*». De esta manera, el carácter de servicio público que el artículo 49 de la Carta confiere a la atención de la salud y el saneamiento ambiental constituye un ejemplo material del papel social del Estado, y el gasto público social, señalado en los artículos 350 y 366, uno de los mecanismos o instrumentos para el logro de tales propósitos.

A pesar de lo anterior no es posible confundir el Estado social de derecho con el *Welfare State* de los años 30, por dos razones básicas; en primer lugar, por cuanto, como se indicara en la Asamblea Nacional Constituyente, el Estado social de derecho es aquel que «*no actúa obedeciendo los dictados de la beneficencia y de la caridad sino como respuesta a los más elementales derechos y a los valores horizontales que los sustentan. Así el panorama se hace más claro y de entrada se perfila como una opción cualitativamente distinta de las que abogan por un estado de corte vertical*». En esta medida, el Estado no se encuentra fundamentado en la compasión o la indulgencia manejada por los intereses políticos o de clase, sino que actúa en forma homogénea para efectivizar los derechos inalienables de las personas. En segundo lugar, es necesario recordar que el *Welfare State* dio lugar al modelo cepalino, mientras que el actual Estado social de derecho se mueve dentro de un ambiente neoliberal que promueve la apertura comercial y cultural de fronteras y el crecimiento hacia el exterior.

<sup>1</sup> OLANO, Carlos Alberto. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. 2ª ed., Temis, 1987, p. 11.

## 2. Estado social de derecho y neoliberalismo

El fomento a la iniciativa individual, la privatización, la productividad y el rompimiento de las políticas peterinalistas del Estado fueron algunas de las características básicas de los sistemas de gobierno impulsados tanto por Margaret Thatcher, como primera ministra de Gran Bretaña, como por Ronald Reagan, como presidente de los Estados Unidos. La consecuencia de la aplicación rígida de este modelo se ve representada en los resultados electorales; pero por encima del manejo simplemente político de la problemática encontramos que esos resultados electorales reflejan el descontento de la comunidad por el acrecentamiento de las diferencias económicas, la concentración de capital, los despidos colectivos y el lastre impuesto a una gran clase trabajadora que debe soportar los efectos de las políticas anti-inflacionarias.

Los resultados se aprecian en temas tan neurálgicos para la sociedad contemporánea como la pérdida de valores y la destrucción de los vínculos familiares. Esto hace parte de los efectos de la reducción del gasto público, principalmente en lo que tiene que ver con programas sociales no productivos, pero que indiscutiblemente repercuten de modo notable en las relaciones sociales, como los programas de atención a los hijos de madres solteras, prevención y atención a la drogadicción, etc.

Colombia debe soportar esta dualidad aparente: por una parte, el neoliberalismo impuesto por los organismos internacionales en el proce-

so de integración, y por otra, la atención de las necesidades básicas de la población, principalmente en estado de pobreza absoluta. Posiciones que no son irreconciliables si se tiene en cuenta el beneficio que en materia de paz y bienestar social generan estas inversiones.

Por otra parte, existe la creencia de un sobredimensionamiento del actual Estado colombiano, lo que en realidad es tan sólo cierto a medias por cuanto lo que se presenta es una indebida distribución funcional, es decir, la presencia ineficiente del Estado en el ejercicio de actividades que tradicionalmente corresponden a los particulares, descuidando aquellos aspectos en los cuales debería tener presencia real. Entonces lo que se requiere es una mayor presencia del Estado en el manejo de los asuntos fundamentales, por cuanto actualmente es totalmente impotente para cumplir tales fines.

## 3. El concepto moderno de servicio público

Por cometidos estatales entendemos el conjunto de funciones que el Estado asume en un momento histórico determinado. Así, el profesor Bielsa señala que el Estado, además de tener por atribución la de regular y encauzar la actividad privada, realiza funciones esenciales, presta servicios públicos y de carácter social y desarrolla, excepcionalmente, actividades privadas<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I Montevideo. 1986, p. 55.

El artículo 2º del decreto 01 de 1984 establece al respecto que las actuaciones administrativas tienen por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales, la prestación de los servicios públicos y lograr la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley, disposición concordante con lo establecido en los artículos 3º de la ley 80 de 1993 y 209 de la Carta.

Teniendo en cuenta las finalidades del Estado, Sayagués Laso define el servicio público como «*un conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa o inmediatamente a los individuos bajo un régimen de derecho público*»<sup>3</sup>.

El concepto anterior merece, sin embargo, algunos comentarios: por una parte, una necesidad adquiere carácter público cuando el Estado asume su prestación. En el Estado moderno, las necesidades asumidas por éste son en su mayoría colectivas, pero pueden ser igualmente individuales atendiendo al impacto que éstas tienen en la sociedad. De igual manera, existen servicios públicos que, siendo prestados por particulares, no se enmarcan dentro del concepto de autoridad a que se refiere el artículo 1º del C.C.A., regulándose su relación con otros particulares a través de las disposiciones del derecho privado, aunque existe la vigilancia y el control del Estado.

Este manejo pragmático del concepto permite al profesor Agustín Gordillo señalar que el concepto de servicio público termina siendo independiente del régimen jurídico que se le aplique, por cuanto éste depende de la evolución o regulación positiva de cada forma de administración, por lo que «*no cabe sino suprimir una noción teórica que no tiene asidero en la realidad, que no sirve para explicar el derecho positivo y que introduce más confusiones que clarificaciones dentro del pensamiento jurídico sistemático*»<sup>4</sup>.

### 3.1. Clasificación general de los servicios públicos

En la exposición de motivos y discusión del articulado en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente presentada por Horacio Serpa y Eduardo Verano se distinguen cuatro (4) formas de servicios públicos:

a) Los que protegen o crean bienes de consumo colectivo, tales como los de fuerza pública, administración de justicia, protección al medio ambiente, protección a la creación de conocimientos, etc. Esta categoría de servicios es definida por Richard Musgrave como de satisfacción de necesidades sociales, o servicios esenciales, según el profesor Ramírez Cardona, y se identifican por las siguientes características: son indivisibles, de tal forma que todas las personas gozan colectivamente de su prestación; no están sometidos en su prestación a ninguna forma de exclusión, por cuanto no puede

<sup>3</sup> SAYAGUES, op. cit., p. 65.

<sup>4</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Parte General, Tomo 2, Ed. Macchi, 1980, p. XIII-12.

evaluarse su costo o beneficio por el sistema de precios y la preferencia de los usuarios está determinada a través de «procesos políticos y de toma de decisiones de las instancias gubernamentales»<sup>5</sup>.

b) Los que satisfacen necesidades colectivas y poseen externalidades significativas en su consumo, tales como los de educación, salud y nutrición materno infantil. En esta categoría de servicios, la satisfacción de las necesidades de un individuo beneficia a la colectividad.

c) Los que satisfacen necesidades colectivas y presentan indivisibilidades y economías de escala que conducen a la constitución de monopolios naturales, tales como los servicios de provisión de agua potable, energía eléctrica, gas domiciliario y transporte público.

d) Los que satisfacen necesidades colectivas y que, aun cuando son de consumo individual y no tienen externalidades significativas, constituyen bienes meritorios cuyo consumo, socialmente deseable, está restringido por la distribución inequitativa del ingreso, como es el caso de la vivienda de interés social, la recreación, etc.

Teniendo en cuenta esta clasificación de servicios, los constituyentes consideraron que los de carácter esencial debían ser prestados de manera exclusiva por parte del Estado, mientras

que los meritorios podían ser compartidos con los particulares, dependiendo de las condiciones especiales de su prestación y su impacto social.

De igual manera, y teniendo en cuenta el principio de la capacidad contributiva, se determinó que si bien algunos servicios como el de salud y educación debían ser gratuitos, en otros debía existir subsidio generalizado, como en el caso de la gasolina o la prestación del servicio de aseo y agua potable en los municipios más pobre, y en otros, subsidio redistributivo, como en el caso de los demás servicios domiciliarios.

#### 4. Postulados constitucionales sobre servicio público

El artículo 2º de la Constitución Nacional establece que «son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados de la Constitución». En virtud de lo anterior, la Constitución garantiza el acceso igualitario de los asociados a su prestación, observando los principios de continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad, obligatoriedad para el Estado, y exigibilidad por los usuarios. Así lo establece el artículo 366 de la Carta al disponer que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, por lo que todos sus esfuerzos deben estar dirigidos a la solución de las necesidades insatisfechas en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

Sin embargo, este principio constitu-

<sup>5</sup> RESTREPO, Juan Camilo. *Hacienda Pública*. Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 22.

cional forma parte del gran listado de pasivo social generado por la actual Carta, enmarcada en una concepción nominal, de acuerdo a la clasificación que de las constituciones hace Karl Lowenstein.

#### *4.1. Servicios públicos constitucionales*

La Constitución de 1991 consagra tanto los servicios públicos esenciales como los de carácter general, dentro de los cuales se pueden ubicar los domiciliarios.

En la primera categoría encontramos servicios como los de seguridad nacional, incorporados en el título VIII, capítulo 7 de la Carta; los de vigilancia sobre la prestación de servicios públicos, establecida en el artículo 189, numeral 22; los de vigilancia sobre el sector financiero, bursátil, asegurador y cualquiera otro relacionado con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público; los de administración de justicia a cargo de los órganos que integran la rama judicial, aunque en este último caso se establecen excepciones a través de las cuales tanto las autoridades administrativas como los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia (artículo 116), etc.

Dentro de la segunda categoría encontramos servicios que satisfacen necesidades colectivas y de gran efecto social, tales como los de asistencia y protección a la mujer embarazada durante su estado y después del parto (Art. 43); servicio de asistencia al menor, que garantice su desarrollo armónico e integral (Art. 44); asistencia so-

cial y alimentaria a las personas de la tercera edad en caso de indigencia (Art. 46); la atención de la salud y el saneamiento ambiental (Art. 49); el servicio público de promoción a planes de vivienda de interés social (Art. 51); el servicio de formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran (Art. 54), etc.

Finalmente, encontramos los de carácter domiciliario, los cuales se establecen como competencia exclusiva de los municipios, concurriendo los departamentos en cumplimiento de una función de apoyo y coordinación; sin embargo, la función de vigilancia y control sobre la prestación de estos servicios la ejerce el presidente a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

#### *4.2. Régimen económico de los servicios públicos*

Los servicios públicos esenciales se sostienen fundamentalmente a través de impuestos, al igual que los servicios colectivos de repercusión social, tales como programas de vivienda o de asistencia a las personas de la tercera edad o a los niños. Para la atención de estos últimos, la Constitución ha establecido de manera especial la incorporación en el presupuesto del denominado «gasto público social», el cual tiene por objeto impulsar programas en los que se tengan en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población y la eficiencia fiscal y administrativa, según reglamentación que hará la ley.

Para los efectos anteriores, el artículo 356 de la Constitución establece el situado fiscal, el cual será recibido por

los departamentos con destino a la atención de los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que dispone el Sistema Nacional de Salud y la ley 60 de 1993 sobre distribución de competencias y recursos. De igual manera, los municipios deben destinar sus ingresos por concepto de participación sobre los ingresos ordinarios de la nación, que reemplazó la participación sobre el impuesto al valor agregado un 30% con destino al sector educación, un 25% al sector salud, en los niveles que le corresponde, y un 5% en educación física, recreación, deporte, cultura y aprovechamiento del tiempo libre.

Los servicios públicos domiciliarios se financiarán con las tasas de servicios públicos, para lo cual se tendrán en cuenta criterios de costo, solidaridad y redistribución de ingresos. Para tales fines, las entidades públicas territoriales podrán conceder subsidios a través de partidas presupuestales con destino a la población de menores ingresos, con el objeto de que accedan a la prestación de estos servicios. Además, dentro de la participación que reciben los municipios de los ingresos tributarios de la nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 357 de la Constitución y 22 de la ley 60 de 1993, un 20% deberá destinarse a la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento básico, porcentaje que podrá disminuir en la medida en que se incremente la cobertura del servicio en la respectiva municipalidad.

A pesar de lo anterior, los problemas financieros de las entidades prestarias de servicios públicos domiciliarios

están determinados por factores tanto intrínsecos como extrínsecos: dentro de los primeros podemos ubicar la falta de contabilidad de costos— que esperamos se resuelva con la puesta en funcionamiento de la figura del Contador General— los malos manejos administrativos, la corrupción, el exceso de burocracia, etc.; los otros factores son: el manejo de conceptos como el de tasa, que trabaja con el costo, y el subsidio, de tal manera que la actividad no es rentable por sí misma, necesitando del apoyo financiero de los entes territoriales a los cuales se encuentran adscritos estos organismos a través de la cesión de impuestos municipales; igualmente, dentro de esta categoría podríamos ubicar la adquisición de equipos en el exterior y la falta de una adecuada política de exención y los altos costos financieros para la suscripción de créditos con este propósito.

En este sentido, la Constitución establece la posibilidad de que los servicios domiciliarios sean prestados directamente por particulares, no propiamente a través del sistema de concesión, sino a través de un libre juego de ofertas y demanda, cuando el servicio que presten, además de ser deficiente, sea improductivo desde el punto de vista económico.

#### *4.3. Servicios públicos y democracia participativa*

Una de las características centrales de la Constitución de 1991 es el haber establecido una democracia participativa, postulado que se encuentra incorporado desde el preámbulo. El artículo 40 de la Carta incorpora, desde el punto de vista político,

los distintos mecanismos para hacer efectivo este derecho, y el artículo 369 establece la obligatoriedad de diseñar mecanismos de participación en materia de servicios públicos. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-540 de septiembre 24 de 1992, con la ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, señaló que *«Para hacer realidad el fin esencial del Estado de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica política, administrativa y cultural de la Nación (C.P., art. 2º), el constituyente previó la posibilidad de que la ciudadanía participe, a través de organizaciones representativas de usuarios y consumidores, en el proceso legislativo de regulación de servicios públicos (C.P., art. 78), así como en la gestión y fiscalización de las empresas estatales encargadas de su prestación (C.P., arts 369 y 48 transitorio). La Constitución no consagra un derecho fundamental a participar en la toma de decisiones administrativas en materia de servicios públicos. Corresponde al legislador consagrar tales derechos y desarrollar los mecanismos de participación de conformidad con el marco constitucional que regula la materia»*.

En virtud de lo anterior, el gobierno nacional expidió el decreto 1842 de 1991. *«Por el cual se expide el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios públicos Domiciliarios»*, a través del cual se estableció que para tales efectos se entienden los de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, telefonía local y telefonía de larga distancia, local e internacional, recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos y gas natural domiciliario. Además del decreto anterior, cada uno de los servicios mencionados se regula por disposiciones especiales. Así, en

materia de acueducto y alcantarillado se encuentra el decreto 0951 de 1989, y de aseo, el 196 del mismo año.

En el decreto 1842 de julio 22 de 1991, aunque se establecieron disposiciones sobre acceso a los servicios públicos domiciliarios, régimen de consumo y facturación y procedimientos de reclamación, no se estableció ningún aspecto relacionado con los mecanismos de participación a que el artículo 369 de la Carta se refiere, teniendo en cuenta que tal regulación le correspondía al legislador, como se destaca en el texto jurisprudencial de la Corte Constitucional transcrito.

Sin embargo, a nivel municipal la ley 11 de 1986 estableció la participación de las entidades cívicas o de usuarios en las juntas directivas de las entidades descentralizadas encargadas de la prestación de servicios públicos; posteriormente, el decreto 700 de 1987 reglamentó el procedimiento para la designación de tales representantes, disposición que fue anulada por el Consejo de Estado al considerar que los procedimientos establecidos no consultaban el espíritu de participación consagrado en la ley. Actualmente tales mecanismos se encuentran regulados por el decreto 1967 de 1992.

#### 4.4. Régimen jurídico de los servicios públicos

Teniendo en cuenta los diferentes servicios públicos que vinculan la gestión del Estado, directa o indirectamente, y los distintos órganos encargados de su prestación, podríamos identificar su régimen a partir de la naturaleza de sus actos, de las disposiciones que le son aplicables en mate-

ria contractual, en materia presupuestal y en lo que respecta a la función pública.

#### 4.4.1. *Naturaleza de los actos vinculados al servicio público*

Los actos proferidos por las entidades públicas de carácter nacional prestarias de servicios públicos esenciales son de acuerdo a la naturaleza de su función. Así, la rama judicial, en ejercicio de sus funciones de *juris dictio*, expedirá providencias judiciales; el Congreso, en ejercicio del servicio esencial de expedir leyes, ejercerá una función legislativa.

Los órganos ejecutivos, al igual que el cumplimiento de funciones administrativas cumplidas por otras ramas del poder público y por los órganos autónomos e independientes, son de carácter administrativo y se someterán a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, y el control sobre sus actos lo ejercerá la jurisdicción contenciosa administrativa.

Igualmente, los actos proferidos por las entidades descentralizadas, territoriales y de servicio (decreto 3130 de 1968), tienen carácter administrativo. Sin embargo, sobre este aspecto se mantiene la duda acerca de la naturaleza de los actos de las sociedades de economía mixta, teniendo en cuenta que la Constitución, por una parte, las excluye de las entidades que forman la rama ejecutiva del poder público (inciso final, art. 115), y por otra, se les incluye, hasta con una participación accionaria oficial superior al 50%, como entidades a las cuales se les aplica la ley de contratación estatal.

Al respecto considero que si el Código Contencioso le es aplicable aun a los particulares que cumplen funciones administrativas (art. 1º del C.C.A.), con mayor razón le es aplicable a las entidades que tienen una participación accionaria mayorista del Estado, siempre que la naturaleza de los actos lo justifique. Así, si se trata de un acto que se encuentre afectado por el servicio público, le sería aplicable el régimen especial; pero si se trata de un acto de carácter comercial o industrial, que implica un desarrollo pleno de la autonomía de la voluntad bajo las leyes de la oferta y la demanda, le serán aplicables las normas pertinentes del Código Civil y de Comercio, y sus litigios se someterán a la jurisdicción ordinaria, principio que le es igualmente aplicable a las empresas industriales y comerciales respecto a sus actos de esa naturaleza.

#### 4.4.2. *Régimen de los contratos*

De conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la ley 80 de 1993, le son aplicables las normas especiales en materia de contratación estatal a «*la nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; así como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que el Estado tenga participación mayoritaria, cualquiera que sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles*». Es el caso de las sociedades de economía mixta con participación oficial superior al 51%.

Igualmente le son aplicables las disposiciones de la ley 80 de 1993 a los demás organismos estatales a los cuales la ley les haya conferido capacidad para celebrar contratos, tales como el Senado y la Cámara de Representantes, la Fiscalía General, la Procuraduría, las Contralorías, el Consejo Superior de la Judicatura, etc.

#### 4.4.3. Régimen presupuestal

En materia presupuestal, la ley 38 de 1989 cubre dos niveles: el llamado sistema presupuestal, que le es aplicable a todos los organismos de carácter nacional, incluido los establecimientos públicos, y la fijación de metas financieras que buscan armonizar el presupuesto (política fiscal) con los programas macroeconómicos del Estado (política monetaria, cambiaria y crediticia) que son aplicables a todo el sector público.

En el primer nivel se encuentran, además de los establecimientos públicos, las tres (3) ramas del poder público: El Ministerio público, la Contraloría General de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil; en el segundo nivel se encuentran además las empresas industriales y comerciales del Estado, a las cuales se les aplica además la ley 38 de 1989 en lo que respecta a la consignación de las utilidades, las cuales pertenecen a la nación.

En cuanto a las entidades territoriales encontramos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 94 de la ley 38 de 1989, éstas deben seguir, al expedir sus respectivos códigos fiscales, principios análogos a los contenidos en la ley.

Además, a nivel departamental sigue parcialmente vigente el decreto 2407 de 1981, y a nivel municipal son aplicables además las disposiciones del título XI del Código de Régimen Municipal.

Las sociedades de economía mixta se rigen en materia presupuestal por los principios generales previstos para las sociedades en el Código de Comercio.

#### 4.4.4. Régimen de función pública

Los empleados de los organismos nacionales son servidores públicos, los cuales pueden ser de elección popular, y los empleados públicos y trabajadores oficiales, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Nacional.

Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia de agosto 21 de 1992, distingue entre el concepto de «servidores públicos» y «autoridades», a que se refiere el artículo 1º del C.C.A.: *«Mientras las expresiones 'servidores públicos' son adecuadas para referirse a todas las personas que laboran para el Estado en cualquiera de las ramas del poder, bien sea en los órganos centrales o en las entidades descentralizadas o por servicios, los términos 'autoridades públicas' se reservan para designar aquellos servidores públicos llamados a ejercer, dentro del ordenamiento jurídico que define sus funciones o competencias, poder de mando o decisión, cuyas determinaciones, por tanto, afectan a los gobernados».*

Los empleados oficiales de los distintos niveles, nacional, departamental, municipal o distrital, al igual que en los establecimientos públicos, serán en su mayoría empleados públicos

(relación legal y reglamentaria), con excepción de los que desempeñan funciones de construcción o sostenimiento de obras públicas, que tendrán carácter de trabajadores oficiales (relación contractual).

En el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, serán empleados públicos los encargados de la dirección y manejo de la entidad, de conformidad con lo establecido en los respectivos estatutos. A los demás se les considera trabajadores oficiales.

En las sociedades de economía mixta, les será aplicable el mismo régimen previsto a las empresas industriales y comerciales del Estado cuando el capital oficial sea superior al 50%; en las sociedades en las cuales el capital oficial es inferior, los empleados serán de carácter privado y se registrarán por el Código Sustantivo del Trabajo.

En materia prestacional, los empleados nacionales se rigen por lo dispuesto en los decretos extraordinarios 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969, 1045 y 1042 de 1978 y otras disposiciones; los empleados municipales y departamentales se siguen rigiendo en esta materia por la ley 6ª de 1945, ley 65 de 1946, ley 24 de 1947, ley 72 de 1947, ley 4ª de 1976 y otras disposiciones.

En materia disciplinaria, tanto los empleados del orden nacional como los de las entidades descentralizadas se rigen por lo establecido en la ley 13 de 1985 y su decreto reglamentario 482 de 1985; en materia de carrera administrativa les son aplicables las disposiciones pertinentes de las leyes 61 de 1987 y 27 de 1992 y los decretos

reglamentarios 1221, 1222, 1223 y 1224 de 1993.

#### *4.5. Control sobre la prestación de servicios públicos*

La Constitución de 1991 preve diferentes sistemas de control en relación con la prestación de los servicios públicos, y básicamente sobre los domiciliarios. Así, el artículo 189, en su numeral 22, establece como función del Presidente la de inspeccionar y vigilar la prestación de los servicios públicos, función que se cumplirá a través de la Superintendencia de Servicios Públicos, en los términos del artículo 370 del mismo estatuto.

Pero de igual manera, el artículo 369 de la Carta señala que corresponde a la ley establecer los mecanismos de fiscalización con que contarán los usuarios respecto a la prestación de los servicios públicos. Coincide esta disposición con el establecimiento por parte de la ley 80 de 1993, artículo 66 de instancias de participación comunitaria con este mismo propósito, dentro de un espíritu general constitucional de la participación social.

El decreto 1842 de 1991, además de institucionalizar la existencia en todas las entidades prestatarias de servicios públicos domiciliarios de una oficina de quejas y reclamos, establece los trámites administrativos e instancias para recurrir cuando de reclamaciones se trate; sin embargo, definida la actuación por parte de la misma entidad, queda al usuario la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa a demandar la decisión de la respectiva autoridad.

Esta instancia jurisdiccional constituye una violación al derecho del usuario, por cuanto los costos de un proceso contencioso, la demora de los trámites judiciales y las cuantías poco representativas de las reclamaciones no permiten que se constituya como un mecanismo idóneo. Teniendo en cuenta lo anterior, y partiendo del hecho de que el principal conflicto del hombre contemporáneo con el Estado surge a partir de las fallas en la prestación de los servicios públicos, debe pensarse en constituir una instancia con fuerza jurisdiccional a través de la cual, de manera sumaria y en audiencias y con fuerza de verdad definitiva, se diriman esta clase de conflictos.

### 5. Síntesis

No existe, en definitiva, una crisis del servicio público, sino una transformación de los elementos clásicos del concepto.

Los países subdesarrollados, en la medida en que no han podido satisfacer las necesidades básicas y mínimas de la colectividad, deben seguir afe-rrados a la noción de servicio público como finalidad esencial del Estado. Así lo entendió el constituyente de 1991 al incorporar un capítulo especial para el desarrollo del tema.

El estado colombiano no encuentra solución al problema de la prestación de servicios públicos en la reducción de su tamaño, teniendo en cuenta que lo que se presenta actualmente es una incapacidad para atender las necesidades mínimas de las comunidades, por lo que, en lugar de su disminución o debilitamiento, el Estado requiere fortalecerse mediante la efectiva distribución funcional, entregando a los particulares las actividades que de manera ineficiente y costosa ha venido realizando y asumiendo las funciones esenciales que le corresponden.

El Estado social de derecho se cimienta sobre principios de justicia que ameritan la garantía efectiva de los derechos de los asociados, y no de beneficiencia.

Es necesario establecer a favor del usuario verdaderos mecanismos de control que le permitan hacer valer sus derechos a través de la creación de una jurisdicción especial ante la cual se ventilen con fuerza de verdad definitiva los conflictos que surjan con las entidades prestatarias de los servicios públicos.