

SALA JURÍDICA

PANEL JURÍDICO:

Seguridad jurídica

Mínimo vital

Competencia de las Comisiones de Regulación

Panelistas:

H.M. Humberto Sierra Porto, Ex presidente de la Corte Constitucional

H.M. Rafael Osteau De La Font, Ex presidente del Consejo de Estado

H.M. María Victoria Calle, Magistrada de la Corte Constitucional

H.M. Mauricio Fajardo, Vicepresidente del Consejo de Estado

Dr. Alfredo Coral, Consultor de Andesco

H.M. Enrique Gil Botero, Ex presidente del Consejo de Estado

Moderador: Dr. Alier Hernández, presidente de Incoes

Doctor Alier Hernández

Un saludo muy especial a los señores magistrados, a la señora magistrada y a los conferencistas. Agradecerles su presencia que honra esta mesa jurídica que ha ido convirtiéndose en un evento muy importante en este Congreso de Servicios Públicos que se organiza anualmente por Andesco.

Tendremos las conferencias sobre seguridad jurídica, mínimo vital y competencias de las Comisiones de Regulación y posteriormente, tendremos la intervención del Señor Contralor General de la República, del Señor

Procurador General de la Nación, un panel de la Auditoría, de la Contraloría de Manizales y del señor gerente de Aguas de Manizales.

Infortunadamente el tiempo es siempre nuestro enemigo en estos casos, les pido a los señores conferencistas una autorregulación en el manejo éste. Por limitación de tiempo, no podremos formular preguntas.

SEGURIDAD JURÍDICA

Honorable Magistrado Humberto Sierra Porto

La idea es transmitirles unas reflexiones generales sobre el tema de la seguridad jurídica en el ordenamiento colombiano. Cualquier tema, cualquier institución jurídica siempre puede ser estudiada desde una triple perspectiva y esa es la teoría tridimensional del derecho. Primero, se puede utilizar una perspectiva filosófica, la razón de ser, cuál es el propósito, cuál es la finalidad que se busca con el concepto de seguridad jurídica, y en ese campo tenemos que poner el énfasis en los fines últimos, en las causas primeras. Las preguntas que debemos hacer son: qué es seguridad jurídica, qué la genera, por qué la necesitamos y es una perspectiva filosófica que eventualmente podrá ser abordada más adelante.

Una segunda perspectiva es la sociológica, es mirar la relación entre el derecho y los hechos, si el derecho es eficaz, si cumple los objetivos para los cuales han sido establecidos. Sería como utilizar una metodología de observación directa, encuestas, entrevistas, apreciación de la realidad y eso nos permitiría por ejemplo en el tema de los servicios públicos, si las normas jurídicas que regulan los servicios públicos son eficaces, proporcionan reglas de juego que permiten un auge, un desarrollo de este sector y qué significa eso, pues si el derecho sirve para que haya mayores utilidades económicas, si el derecho sirve para que haya una mayor cobertura y calidad en materia de servicios públicos, si el modelo de prestación de servicios públicos es coherente, le sirve al país para su desarrollo en general, ése sería un análisis que privilegiaría esa perspectiva.

Una tercera perspectiva es la típica de nosotros como abogados que es la perspectiva normativa, miramos las normas jurídicas que regulan el área de servicios públicos y vemos cómo la aplicación del derecho, nos da la respuesta que necesitamos para resolver el día a día de la actividad nuestra. Qué sucede con el problema tarifario, será que si se cambian las condiciones, cómo se modifican, cuándo se pueden conservar, en fin, son problemas de aplicación específica del derecho y también puede ser esa una perspectiva de seguridad jurídica.

Es evidente tener presente que nosotros como juristas siempre tenemos que utilizar las tres perspectivas, la sociológica, la filosófica y la normativa. No son excluyentes, son esencialmente complementarias. Voy a dar énfasis más en la perspectiva sociológica pero sin dejar de tener presente esos otros aspectos.

Una buena forma de analizar o de enfrentarse con el tema de seguridad jurídica, es ubicar la discusión de la seguridad jurídica como una perspectiva sociológica, como un instrumento para atraer la inversión extranjera y nacional en un sector de la economía, como podría ser por ejemplo éste de los servicios públicos. Dicho de otra forma, qué consideraciones se tienen presentes para invertir en un país.

La anterior inquietud está determinada por una serie de aspectos de distinta naturaleza, los economistas nos han ilustrado mucho sobre este particular, el Banco Interamericano de Desarrollo, Doing Business y en fin una serie de fuentes que nos dicen esos criterios que se determinan para que haya una mayor inversión en el país. Inversión extranjera pero también inversión nacional, situación macroeconómica del país, acceso a insumos, régimen fiscal, acceso del país anfitrión a terceros, la amplitud del mercado, la

posibilidad de ampliación del mercado, la infraestructura y los servicios para poder montar industria en un país y la seguridad ciudadana, elementos generales a los que siempre hay que adicionarle uno, que es el tema de la seguridad jurídica como elemento transversal.

Qué es seguridad jurídica, seguridad jurídica de una manera muy sencilla es claridad en las reglas de juego, previsibilidad de las decisiones y que existan vías, mecanismos para resolver los conflictos de una manera ágil y eficaz. Eso es para no complicarnos la vida porque podemos abordarlo y utilizar muchas definiciones sobre este particular.

Que el derecho de un país sirva para establecer reglas claras, saber esencialmente qué se puede y qué no se puede hacer, previsión de las decisiones, se permite hacer una planeación, hacer una presupuestación más o menos racional, de ingresos, de actividades, de cómo se puede desempeñar la industria en un determinado momento y siempre que existan mecanismos ágiles, eficaces para resolver los conflictos, que la justicia se pronta, rápida. Eso sería un buen punto de partida.

La seguridad jurídica es un elemento determinante para la inversión extranjera y para la inversión nacional, para decidir y meterse en un negocio como en este caso el de los servicios públicos.

De una manera todavía más concreta y es un lugar común en la literatura sobre este tema, podremos sintetizar y enunciar cuáles son los elementos jurídicos que operan como fuente de seguridad jurídica, de manera más concreta en el caso colombiano; cuáles son los elementos que determinan la seguridad jurídica para invertir como un elemento que atraiga la inversión extranjera y nacional en un momento determinado.

En Colombia y voy a ser aquí muy esquemático, estos elementos podemos resumirlos en unos ocho o nueve que son quizá los más importantes.

En primer lugar, todo lo relativo a los tratados internacionales de inversión, los ByT con toda la complejidad de temas que esto supone, el tema de la globalización del comercio, un tema de internacionalización en el cual Colombia está creciendo en la implementación de este tipo de modalidad de convenios.

En segundo lugar, las normas sobre el tratado de libre comercio y las normas sobre comercio internacional.

En tercer lugar, lo relativo a los tratados y las normas internas sobre solución, los mecanismos alternativos de solución de conflictos. También son instrumentos concretos que en el ordenamiento colombiano existen y con un gran desarrollo, para garantizar este tipo de condiciones.

Otro aspecto que merece una discusión más profunda pero también se ha utilizado como un elemento para traer inversión extranjera, es el régimen jurídico de las zonas francas. A eso también tenemos que sumarle uno que es quizá uno de los instrumentos más usuales, que son los contratos de estabilidad jurídica.

Hay otros aspectos, la calidad en los registros públicos, eso en muchos países puede ser un gran problema, en Colombia en líneas generales es un asunto manejado pero no excepto de dificultades.

Hay otros elementos concretos que son la independencia judicial, la manera como funcione la rama judicial, el aparato judicial. La independencia judicial es importante porque eso conlleva una aplicación objetiva del derecho: la previsibilidad. Por eso la independencia judicial es un elemento esencial en la determinación de qué es seguridad jurídica o si hay seguridad jurídica en un país.

La calidad de la educación, la calidad de las escuelas de derecho y la claridad de la formación jurídica de un determinado país.

Un último elemento, el de la estabilidad política. La estabilidad política e institucional es el fundamento de todo lo anterior.

Viendo cada uno de estos elementos, hablar de seguridad jurídica, es referirse a cualquiera de estas temáticas. Seguridad jurídica y comercio internacional; seguridad jurídica y mecanismos declarativos de resolución de conflictos; seguridad jurídica y estabilidad del derecho; seguridad jurídica e independencia judicial; seguridad jurídica y estabilidad política.

Como pueden ver, este es el panorama dentro del cual podemos ubicar la temática de la seguridad jurídica. Por el tiempo, me limito a hacer unas pinceladas a manera de claves, para socializar una serie de instrumentos e ideas que permitirían tratar de tener una visión sobre la complejidad de la problemática judicial en nuestro país y todo en clave de independencia judicial y estabilidad institucional como elementos determinantes para la seguridad jurídica de un determinado país.

La primera idea es la relativa a la independencia judicial, particularmente a la relación entre seguridad jurídica y estabilidad institucional. El punto de

partida que es importante que tengamos presente, es que es una realidad que no podemos dejar de mencionarla, la fortaleza de la rama judicial colombiana y la fortaleza comparándola en el contexto latinoamericano. La fortaleza de la rama institucional significa que los jueces en Colombia, el 100% de los jueces y magistrados hasta niveles de tribunal, entran por concurso de méritos. Esto es un gran logro en el contexto latinoamericano y para la estabilidad administrativa de nuestro país, existe una carrera judicial y nuestros jueces tienen una estabilidad y sobre todo tienen un saber hacer, tienen mucha experiencia y cuando se enfrentan a resolver problemas, tienen una gran trayectoria, tienen un recorrido que hace que no se improvise con facilidad a la hora de decidir sobre los asuntos.

El nivel de formación de los magistrados es alto, solamente hay que ver las hojas de vida y no queda bien decirlo pero hay que decirlo porque es un elemento de fortaleza institucional, la Escuela Judicial Colombiana es la que ofrece mayores programas y mayor número de horas de capacitación en todo el contexto latinoamericano y es modelo de desarrollo, es modelo de formación en todo el aparato judicial de América Latina y es líder en este punto.

La Sala Administrativa del Consejo Superior quien administra la rama judicial, independientemente de algunas dificultades técnicas que se le puedan presentar, sus seis miembros por la estabilidad que tienen, por el origen de donde éstos provienen, han podido y han implementado las políticas públicas en materia de administración judicial, que hacen que la rama judicial tenga la fortaleza que tiene hoy en día.

La rama judicial en Colombia y este es el punto de partida, es independiente del Congreso de la República y del gobierno. Ha permitido nuestra rama la

consolidación de nuestro Estado de Derecho y del principio de separación de poderes. Este es un hecho que se reconoce, la solidez de la rama judicial colombiana en todo el entorno latinoamericano, hay una gran prestancia del sistema judicial.

Punto de partida, la fortaleza de la rama judicial en Colombia, independientemente de los problemas que pueden existir, ese es el punto de partida.

A partir de allí, hablemos de diversos aspectos sobre el particular. En primer lugar, en Colombia hay un elemento clave de seguridad jurídica y es la aceptación por parte de todos los operadores jurídicos incluyendo todos los jueces, del modelo económico. Qué significa esto: Un modelo en el cual la prestación de servicios públicos y la prestación de derechos prestacionales, puede hacerse, colaboran, participan directamente sectores de carácter privado y el Estado conserva la responsabilidad del control, inspección y vigilancia.

Este modelo no es objeto de discusión y es la principal fuente de estabilidad jurídica en el caso colombiano y es quizá en la principal fuente de garantía para cualquier tipo de inversión y de seguridad para el sector privado que interviene en este sector.

Nuestro sistema jurídico ha sido exitoso para el desarrollo de muchos sectores y uno de ellos sin duda alguna es el sector de los servicios públicos. La previsión aquí hablando de seguridad jurídica es, que es conveniente hacer un llamado de sensatez, de prudencia para que las reflexiones sobre cómo mejorar el sistema jurídico que son siempre necesarios, no nos vayan

a conducir a la implementación de revoluciones, de transformaciones de nuestro sistema jurídico institucional.

Qué significa lo anterior. Un llamado a la sensatez se hace indispensable en esta estado porque el Estado colombiano ha tenido la tendencia de replantear con regularidad aspectos esenciales de la organización política. Nosotros con mucha facilidad tenemos la tendencia a transformar las bases de toda nuestra estructura política y jurídica. El hecho de que en Colombia se hayan hecho nueve Constituciones y cada una de ellas haya tenido distintas reformas, la Constitución más estable, la de 1886 tuvo más de 60 reformas constitucionales, la actual Constitución ya lleva 30 reformas constitucionales, se han presentado casi 600 proyectos de reforma constitucional, lo que nos pone de manifiesto que eso es un aspecto de riesgo, de peligro.

El problema de la seguridad jurídica concreta, de cómo se fijan las tarifas, de cuál es la naturaleza jurídica de las decisiones de las empresas de servicios públicos respecto de los usuarios, esos problemas hay que mejorarlos, pero tenemos que tener mucha prudencia al no utilizar eso como un elemento que justifique una transformación de un sistema, insisto, que ha sido exitoso.

La problemática de la seguridad jurídica en el sentido de los problemas concretos de aplicación en un sector, debe ser considerado como un aspecto secundario y no nos puede llevar a generar factores de inestabilidad judicial.

Se habla de reforma a la justicia, eso es importante tenerlo presente. Esto plantea riesgos, hasta qué punto es indispensable, hasta qué punto es necesario, hasta qué punto una reforma judicial es determinante para cambiar las reglas del mercado, para cambiar las reglas de relaciones del poder en el Estado colombiano. Tan mal está funcionando la economía?.

El discurso de inauguración de este Congreso planteaba cómo se ha mejorado la calidad de los servicios públicos, la cobertura, las utilidades de las empresas, entonces el sistema jurídico podrá ser susceptible de mejoras pero no de una reforma radical y revolucionaria que nos puede llevar justamente a lo contrario. Esa tendencia a mirar al abismo, hay que tenerla con mucho cuidado.

Cuál es el famoso choque de trenes entre la rama judicial. Hay que tener visión de Estado, lo que significa que en un sistema pluralista y democrático, es normal que órganos como el Consejo de Estado o la Corte Suprema, critiquen las decisiones de otros colegas y que el ejecutivo pueda manifestar algún tipo de discrepancia con las decisiones judiciales, que haya pluralismo significa que puedan tener diferencias de opiniones, pero lo esencial de un Estado para que haya seguridad jurídica y que existan los mecanismos institucionales que permitan resolver los conflictos que en Colombia existen, es importante que quede bien claro para mirar en perspectiva la problemática del Estado Colombiano.

La falta de visión de Estado no puede hacer que la coyuntura del problema del día a día, sea el que determine, que sea la fuente generadora de constantes y frecuentes reformas constitucionales.

Una segunda reflexión para hablar de seguridad jurídica: el papel del juez en el Estado social de derecho y qué es Estado social en Colombia. También es una idea básica para entender cómo funciona el derecho, cómo es la problemática judicial y el alcance de la seguridad jurídica en nuestro entorno.

El sistema colombiano tiene unas peculiaridades muy interesantes, Colombia podríamos definirlo de una manera gráfica, como un país que es social, intervencionista en la parte de declaración de derechos y en la organización del Estado en la parte orgánica de nuestra constitución, es un Estado neoliberal. Neoliberal en la organización en el aparato estatal y social, intervencionista, garantista, en la declaración de derechos. Cómo compatibilizar esos dos elementos.

El modelo económico que dice: los particulares colaboran y prestan derechos prestacionales y además de eso, servicios públicos y el Estado se reserva el control, la inspección y vigilancia del sistema. Ese es el modelo que es la fuente de mayor estabilidad en nuestro ordenamiento porque jamás ha sido cuestionado que apareció en la Constitución de 1991.

Aquí la bisagra es que el Estado tiene que ser órgano efectivo de control, inspección y vigilancia. Qué es lo que está sucediendo en nuestro país. El asunto de fondo es que tenemos que compatibilizar esos dos aspectos: el afán de lucro, el ánimo capitalista que induce e impulsa la actividad de los particulares que prestan servicios públicos, que prestan derechos prestacionales y por otra parte tenemos que hacerlo armónico con los propósitos del Estado en materia de solidaridad, igualdad, cobertura efectiva de realización de los derechos fundamentales. Compatibilizar esos dos aspectos ha sido el gran reto del Estado colombiano y dentro del cual la rama judicial tiene un protagonismo y mucho que decir. Compatibilizar esos dos, aparentemente contradictorios intereses que no necesariamente tiene que ser así, ahí es donde está el deber del Estado.

Este Estado social de derecho que permite la intervención de particulares con el control del Estado, se está transformando, ha generado un

protagonismo judicial que es el que está haciendo que cada vez más seamos los magistrados de las Cortes y la rama judicial, quienes estamos dando tanto protagonismo y tanta presencia en eventos como éste. Ha generado un protagonismo judicial que concita inicialmente lo siguiente:

La ineficiencia o la deficiencia que han tenido para resolver problemas relativos a satisfacción de derechos por parte de las empresas del sector privado y por parte de la administración pública, está generando una mayor actividad judicial. Si un ciudadano no encuentra respuesta a una necesidad en mantener los servicios públicos, la respuesta no se la da la empresa directamente, no se la da la Superintendencia porque termina siendo es un problema judicial, eso está generando cada vez más una mayor concentración de competencias y acciones judiciales. Pero insisto, es más consecuencia de la manera como está funcionando el sistema. Es un protagonismo judicial no querido por la rama judicial, producto de la ineficiencia o de la deficiencia que se pueda presentar directamente por quienes prestan los servicios públicos o por el Estado.

Hoy en día hay más manifestaciones frente al Palacio de Justicia que frente al Capitolio Nacional. La policía me entregó los registros de cuáles son las manifestaciones que se están haciendo y cuáles son por problemas judiciales de la Corte Suprema, del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional.

Qué es lo que está pasando. La rama judicial, la actividad judicial está teniendo unas responsabilidades producto del funcionamiento del sistema, que no son las que originalmente están establecidas en una lógica de separación de poderes prevista por el constituyente. Esto es un problema de consecuencia del sistema. Al final, creo que la reflexión que tiene que quedar

en este punto, es que el sector de servicios públicos, Estado social implica derechos prestacionales tales como salud, educación, vivienda, una serie de sectores donde participa también el sector privado y otros que son los servicios públicos.

El sector de servicios públicos debe tomar nota de esta lógica de funcionamiento del Estado, de esta lógica de articulación y funcionamiento del Estado social en Colombia y que se está generando por la ausencia, por la no presencia de instancias previas y eficaces tanto en las empresas que prestan servicios y la administración pública. Es importante que esta lógica de funcionamiento que tiene sus méritos, que se ha dado en lo relativo a derechos prestacionales, no se traslade también porque todavía no ha llegado a ese nivel en el caso de los servicios públicos.

SEGURIDAD JURIDICA

Doctor Rafael Osteau De La Font:

El doctor Sierra ha hecho un planteamiento integral y muy acabado además en una brillante exposición sobre el tema de la seguridad jurídica que yo quiero retomar en algunas de sus dimensiones para efectos de conceptualizar sobre el particular y complementar la parte que nos corresponde al respecto.

Lo primero es que el derecho tiene que seguir siendo considerado como lo que es, un sistema normativo que pretende regular el comportamiento en sociedad de una colectividad determinada y que como tal, se funda un sistema también de valores. Eso que suele denominarse doctrinalmente, la axiología, encuentra en una de sus expresiones más importantes a su vez el concepto de seguridad jurídica. Yo diría que más que entender el concepto de seguridad jurídica, lo que tenemos que identificar es para qué es la seguridad jurídica.

Ahí hay que tomar posición y dentro de las distintas expresiones que sobre el particular existen, quiero identificarla con una que me parece que acompasa mucho más con esa nueva consideración acerca del modelo de Estado en el que nosotros en Colombia estamos, el Estado Social de Derecho y habría que tender la seguridad jurídica como una expresión garantista de ese mismo Estado.

La finalidad de la seguridad jurídica es una garantía, tiene que ser una garantía para el Estado todo, no solamente para uno de los sectores estatales. Bajo esa premisa que la axiología jurídica presenta, también

dentro de las distintas valoraciones que al respecto se han formulado, quiero retomar como modelo orientador esta breve posición, la posición de Kant el excelente tratadista alemán de filosofía del derecho y otros temas importantes, cuando al aludir a la seguridad jurídica lo hace desde tres puntos de vista: la seguridad jurídica en su concepción positivista, la seguridad jurídica en su concepción operativa o de aplicación y la seguridad jurídica desde el punto de vista de la invariabilidad de la misma o estabilidad de dicha seguridad.

Lo primero incluye entonces la necesidad de que en un Estado, el régimen jurídico aplicable sea un régimen jurídico conocido, sea un régimen jurídico claro, que responda a la finalidad última que es la de propiciar la satisfacción de las necesidades básicas de la comunidad para que ésta se pueda impulsar.

Igualmente el concepto de aplicabilidad que en cierto sentido mencionaba el doctor Sierra, implica la utilidad del derecho, para qué la regulación jurídica, en qué frente debe operar esa regulación jurídica, a quiénes va dirigida y con qué se pretende alcanzar los objetivos propugnados por una legislación determinada.

El concepto de invariabilidad implica cierto grado de permanencia del derecho, que el trato en la aplicación de las normas jurídicas genere progresivamente en el tiempo, una concepción de las personas destinatarias de dichas reglas en cuanto a tener la certeza y la confiabilidad de que el régimen que le va a ser aplicado a la regulación de sus actividades, va a tener un estatus en el tiempo que le va a permitir no solamente conocer sino decantar y aún prever posibilidades de acción en cuanto a los comportamientos posibles.

Desde ese punto de vista, si aplicamos esas tres concepciones al tema que aquí nos ocupa como lo es el de los servicios públicos y en el caso particular del Estado colombiano, uno encuentra lo siguiente:

En cuanto al primer aspecto, efectivamente hay un régimen jurídico en Colombia, en materia de servicios públicos podríamos decir que existen unas regulaciones de carácter legal que tienden a ser estables. Leyes como la 142 y 143 y algunas que las modifican y temas adicionales como la estabilidad financiera en materia de servicios públicos, la prestación e inversión sobre los mismos, son disposiciones que tienden a perdurar en el tiempo, pero al mismo tiempo existe toda una estructura administrativa que igualmente se puede considerar estable en tanto que existe un aparato del Estado, encargado de impulsar o de prestar en compañía de los particulares, los servicios públicos.

Dentro de ese contexto, el segundo aspecto de la aplicabilidad del régimen desde el punto de vista institucional, presentaría en principio también esa misma consideración de permanencia, sin perjuicio de que podamos observar cómo en Colombia a partir de la Constitución, leyes, actos administrativos, actos de particulares, específicamente en estos dos últimos niveles, existe un régimen de producción normativa supremamente amplio, que alcanza a veces niveles que no le permiten en muchos casos al destinatario final de dichas regulaciones que es el usuario, conocer con certeza el contenido y el alcance de las decisiones normativas que se producen.

Por ejemplo en España que tiene un tratado excelente sobre la seguridad jurídica, observan cómo uno de los factores de generadores de la misma, lo

constituye la producción permanente de normas no perdurables en el tiempo y particularmente en el tema de los servicios públicos, que reitero hacen que el destinatario final de las mismas nunca pueda saber con certeza en determinados casos, cuál es el régimen aplicable para resolver una situación que en esta materia pueda generarle un conflicto.

Bajo esa premisa, en esa estructura administrativa pareciera ser que hay que tornar a ser compatible la existencia de ese aparato administrativo productor de normas, con la finalidad esencial por ejemplo que en el caso Colombiano se le señala al tema de los servicios públicos cuando el artículo 365 constitucional, determina que la prestación eficiente de los servicios públicos forma parte de la estructura esencial del Estado y que éste se compromete a que ella sea una realidad.

Será muy interesante entonces desde ese punto de vista de la verificación de ese régimen de producción normativa escuchar las opiniones que luego se van a formular aquí por parte de los doctores Fajardo y Gil, sobre el tema de las Comisiones de Regulación y la potestad reguladora que a su vez ellas tienen desde el punto de vista normativo.

En tercer aspecto en cuanto a la invariabilidad, ésta no solamente se predica de la producción de normas en cuanto al aparato administrativo se refiere, si no en cuanto a eso que el doctor Sierra llamaba aquí la posición del juez en las Comisiones de Regulación. Entonces el concepto de seguridad jurídica se traslada igualmente al ámbito judicial, en donde el afán primordial y la preocupación permanente, es la de que los conflictos puedan tener una pronta y estable definición de los mismos para efectos de que las partes intervinientes en dicho conflicto puedan tener la certeza acerca de que éste ha culminado definitivamente, en una forma o en otra pero que ha culminado.

En ese orden, en el aparato judicial además del factor de independencia que también se mencionaba aquí, aparecen regulados los instrumentos a través de los cuales esa consideración de seguridad con certeza jurídica debe garantizarse.

Bajo esa premisa, aparece necesariamente el instrumento o la figura de la cosa juzgada en materia judicial, la cosa juzgada como expresión de permanencia y de perdurabilidad de esas decisiones judiciales como regla universal de aplicación del criterio judicial para la solución de los conflictos.

Es el mismo derecho el que con toda claridad debe gozar, establecer y regular cuáles son los instrumentos utilizables por quienes consideren que una decisión judicial, puede que no le favorezca en sus intereses o le afecte de alguna manera los intereses y puedan volver a plantear un debate sobre una decisión que ha alcanzado tal grado de estabilidad en el orden social de un país determinado.

En ese sentido el derecho colombiano también tiene los instrumentos propicios y por eso se establecen recursos extraordinarios y especiales para que no obstante una sentencia haber alcanzando el grado de cosa juzgada que le compete como definición del tema sometido a la consideración de juez, se puedan formular consideraciones que impliquen la revisión de dicha decisión.

En el ámbito de lo contencioso administrativo históricamente se han regulado con ese propósito como en las otras jurisdicciones, los recursos extraordinarios, en el caso nuestro, de revisión del recurso ya derogado extraordinario de suplica. Pero igualmente todas esas consideraciones van

acompañadas con otra serie de mecanismos que permiten identificar la posibilidad de que el juez pueda revisar decisiones ya adoptadas.

En el día de ayer cuando planteábamos en un foro interesante sobre la explicación acerca del alcance del proyecto del nuevo código contencioso administrativo que está cursando en el Congreso de la República, se explicaban instrumentos que allí se proponen, que tiene que ver mucho con el tema de la seguridad jurídica desde el punto de vista del funcionamiento del Estado, particularmente del funcionamiento del aparato administrativo y la posibilidad de revisar ciertas decisiones judiciales, y se señalaban mecanismos tales como el de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado para aplicar a situaciones administrativas en las cuales los administrados invoquen de la administración, el reconocimiento de ciertos derechos y cómo mediante ese instrumento de la extensión de la jurisprudencia, un usuario de un servicio por ejemplo que invoque del Estado el reconocimiento de un derecho en relación con los mismos, puede solicitarle al aparato administrativo que aplique la jurisprudencia del Consejo de Estado que ya ha sido reconocida, que ya ha sido reiterada y reafirmada en numerosos fallos y en el caso de que la entidad administrativa se niegue a tal reconocimiento, tenga esa persona la posibilidad sin necesidad de un proceso ordinariamente entendido, de invocar del Consejo de Estado el que revise la jurisprudencia sobre el tema planteado y encontrar que la situación fáctica de él se acomoda a esos criterios jurisprudenciales tantas veces reafirmado por la corporación, el Consejo de Estado le puede ordenar al ente administrativo la aplicación de esos criterios jurisprudenciales.

Si nosotros logramos que esa figura finalmente sea mantenida como suponemos que así va a ser, seguramente muchos conflictos en materia de servicios públicos van a ser resueltos sin necesidad de que los usuarios de

los servicios ni las entidades que también en muchos casos se ven obligadas a hacerlo, tengan que recurrir a un proceso de los que normalmente se demora un tiempo en una primera instancia y seguramente otro tiempo en una segunda instancia y seguramente otro tiempo en la interposición de recursos extraordinarios.

El otro instrumento al cual quiero hacer alusión y que tiene que ver mucho con la prestación de los servicios públicos, es el tema relacionado con el mecanismo de la revisión eventual de los fallos que se producen en las actuaciones relacionadas con las acciones populares.

Recordemos cómo la ley 472 de 1998 al regular la garantía y la protección de los derechos colectivos o difusos y en materia de acciones de grupo, desarrolla en una forma específica y detallada el tema de la acción popular y enuncia con carácter valorativamente importante en ese sentido, cuáles son los posibles derechos colectivos a proteger y entre ellos el tema de los servicios públicos encuentra asiento en una forma bastante amplia y en una cobertura también bastante importante en dicha legislación, y cómo ese instrumento que es también una garantía porque así está concebido en el capítulo de las garantías en el texto constitucional colombiano, permite la definición de muchas situaciones que en materia de servicios públicos se presentan permanentemente alrededor de las distintas comunidades en el país y como a través de una actuación procesal sometida a un régimen especial pero igualmente un proceso específico, este tema de la acción popular puede propiciar la definición de conflictos que se suscitan entre el Estado administrador y los administrados en relación con la prestación eficiente de los servicios públicos.

Habida cuenta de que de acuerdo con la legislación mencionada, en la primera instancia de estos procesos aparecen los jueces administrativos y en la segunda, en los tribunales administrativos, abonando además que de acuerdo con una norma de descongestión que se acaba de aprobar, es posible que esa competencia se replantee y en determinados casos, la primera instancia va a quedar en los tribunales y la segunda, en el Consejo de Estado, cosa que no ha contado con el aval del Consejo de Estado mismo por cuanto nosotros hemos venido respetando la competencia que la ley 472 de 1998 estableció.

Sin perjuicio, repito, de esa consideración, este mecanismo de la revisión eventual de los fallos en acciones populares, le permite por ahora a la sala plena contenciosa del Consejo de Estado, unificar la jurisprudencia que en materia de acciones populares y entre ellas repito, la de los servicios públicos, produzcan los tribunales del país, con el propósito de consolidar esa jurisprudencia.

Esa es una expresión también de seguridad jurídica como garantía para los administrados y para todo el aparato del Estado en cuanto a la prestación eficiente de los servicios públicos, de tal manera que en ese orden, en el caso colombiano podríamos afirmar que desde el punto de vista de la estructura del aparato administrativo, contamos con una institucionalidad en materia de servicios públicos de carácter estable, pero igualmente contamos con un régimen de producción normativa que alcanza a veces niveles exorbitantes que implican una difusión y confusión, especialmente en los destinatarios de los servicios y que le impone a su vez al juez una carga adicional con el propósito de definir en muchos casos la legalidad de este régimen productivo, con el propósito de hacer claridad acerca de la permanencia de la legislación o no.

Para terminar retomo algunas expresiones que el citado tratadista Arcos, formula en su texto sobre seguridad jurídica diciendo lo siguiente; “Efectivamente la bondad moral y el consenso existente sobre los objetivos que da el alcanzar el estado social, no alcanzan a compensar los problemas que su realización práctica lleva consigo y frente a los cuales la seguridad del derecho, la certeza de las leyes, debe manifestarse como una exigencia que sin ahogar su dinamismo, la racionalice volviendo transparente y controlable las regulaciones emanadas del Estado”. Yo agregaría, con la finalidad última de que se cumpla el mandato constitucional según el cual la prestación de los servicios públicos constituye parte integrante de la estructura que persigue propiciar el logro de los fines esenciales del Estado.

MÍNIMO VITAL

Doctora María Victoria Calle

Básicamente me referiré a tres aspectos sobre el mínimo vital que es importante que entendamos.

El primero de ellos es la evolución que ha tenido el concepto en el Estado Social de Derecho. Es importante entender cuál es la evolución de ese mínimo vital dentro del concepto del Estado Social de Derecho.

El segundo aspecto es una precisión conceptual que quiero hacer en cuanto a los derechos que cuestan. Las personas tienen una apreciación de derechos fundamentales que cuestan y no cuestan, y me parece importante tener una precisión sobre ese punto antes de pasar a la sentencia que nos ocupa.

Dentro de ese contexto después de hacer la precisión conceptual, referirme a la defensa de esas dimensiones prestacionales de esos derechos y en especial a la defensa que los jueces hacen desde el punto de vista constitucional para garantizar todos esos derechos fundamentales, los que cuestan y no cuestan desde el punto de vista prestacional y no prestacional.

Desde el punto primero que es la evolución de concepto dentro del Estado Social de Derecho, tomaré una definición que hace poco leí, se refería al concepto de mínimo vital señalando que dentro de un Estado Social de Derecho, el mínimo vital tiene que ser ajeno a la pobreza y sobre todo no entenderse como una condición de mal vivir, eso me parece maravilloso, en eso tenemos que trabajar todos, la empresa privada, el país en pleno, los

particulares y los jueces, porque siempre que nos hablan de un concepto de mínimo vital entendemos que eso quiere decir mal vivir, me parece que es grave. Ese es el compromiso que el Estado colombiano tiene a partir de la Constitución del 91, procurar que ese concepto cambie y que las condiciones sociales sean diferentes, en eso tenemos que comprometernos todos.

Cuando le hablan a uno de mínimo vital, generalmente lo relaciona con salario y no tiene nada que ver, en una sentencia muy interesante en la T1049 del año 03, se establece claramente que este concepto no es equivalente al salario. En la sentencia 1038 del 06 del doctor Sierra Porto, sobre la construcción del concepto de mínimo vital, en un caso de licencia de maternidad, él hacía referencia a que ese concepto se fija desde condiciones básicas que pueden ampliarse de acuerdo a cada caso en particular, es decir, se hace una evaluación cualitativa del tema y lo que se pretende es abarcar necesidades básicas que tienen que ser de alguna manera garantizadas y se toma para construir el concepto, las condiciones de cada caso en particular, no puede ser desde una construcción genérica. Eso es bastante importante precisarlo.

En el Estado Social de Derecho, la fórmula debe ser entonces, que las garantías mínimas que se dé a las personas, tengan un alejamiento de la pobreza. Indudablemente tenemos que construir relaciones laborales por especialidades, y estas construcciones que hacemos, hacen que tengamos que interactuar en la sociedad y en tanto tenemos que interactuar en la sociedad, es obvio que tenemos que tener regulaciones, parámetros para actuar, para no actuar, para detenernos y solucionar los conflictos y que las políticas públicas, suplen muchos aspectos de esas consideraciones de las relaciones sociales; pero en todo caso toda política pública debería estar interesada en cubrir aspectos que den una especial protección a los sectores

menos favorecidos. De hecho materialmente esos sectores hoy dentro del Estado Social de Derecho, tienen protecciones especiales, pero ello no quiere decir que las personas con mayor influencia o mayores posibilidades económicas en la sociedad, no tengan la posibilidad de una protección dentro del Estado Social de Derecho, porque definitivamente ellas incluso son las que más interactúan con ese Estado en virtud de las relaciones que tienen con él.

Ese concepto ha sido muy criticado y se dice que para Latinoamérica no es posible dadas las condiciones económicas y sociales, y que fue traído de un concepto europeo que de alguna manera no puede compararse con nuestra situación social ni económica. Me parece que esta crítica no es factible porque de alguna manera en el momento que se tomó en Europa la fórmula política de Estado Social de Derecho, las condiciones no eran las mejores porque venían de la segunda guerra mundial y en general, la situación económica era desastrosa, las ciudades estaban destruidas, no había tejido social.

Desde esa construcción escénica que les estoy haciendo, se logro de verdad garantizar mejores situaciones y posibilidades para personas que lo necesitaban. Entonces yo me pregunto si Colombia a partir de 1991 cuando toma la decisión de ser un Estado Social de Derecho, básicamente debe tratar la sociedad, el Estado, de garantizar a todos los ciudadanos una vida en condiciones económicas dignas y el goce efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Desde ese punto de vista, el Estado Social de Derecho debe trabajar en ese mínimo vital entendido no como una característica propia del salario que es con lo que solemos confundir.

La segunda parte que es la prescripción conceptual, que trataré de hacer porque muchas personas hablan de derechos fundamentales que cuestan y derechos fundamentales que no cuestan. Para decir cuáles cuestan, dicen: no cuestan las libertades y por ende su protección es inmediata y cuestan los sociales: la educación, la vivienda, la alimentación, la salud, el agua potable y por lo tanto su protección no debe ser inmediata si no progresiva.

De todas maneras es importante entender que todos estos derechos fundamentales tienen que mirarse a veces desde el punto de vista prestacional y otras veces no desde el punto de vista prestacional y que no es tan acertado decir que los derechos de primera generación como las libertades no cuestan y que los de segunda generación si cuestan o que por ejemplo el derecho a la locomoción, a la libertad de reunión, hoy cuesta indudablemente. Cuando se trata de proteger la vida de ciudadanos comprometidos con los derechos humanos o de líderes sindicales o de personas que por el capital que han recogido durante toda su vida son amenazadas, o de servidores públicos que corren riesgos. Necesariamente ese sería un costo, entonces no podríamos hablar de derechos que cuestan y de derechos que no cuestan porque me parece que estaríamos incurriendo en una equivocación grande.

Como tienen aspectos prestacionales todos los derechos y otros no prestacionales, hay unos que podrían costar independientemente que sean derechos fundamentales relativos a libertades o derechos sociales; es importante abandonar ese concepto y precisarlo un poco.

En esa precisión aparece el juez constitucional en una defensa demasiado importante de los derechos fundamentales a nivel prestacional. Esa defensa

tiene cotidianamente muchas críticas, porque la mayoría de las personas que son administradas piensan que los jueces cuando actúan de una u otra manera lo están haciendo como dicen, el gobierno de los jueces o la dictadura de los jueces o en ocasiones se señala que suplen de alguna forma la democracia, porque algunas de sus decisiones debían haber sido tomados en el foro de la democracia., Sin embargo la jurisprudencia tiene respuestas para ello, las objeciones que se formulan son desde el punto de vista técnico porque se dice que el juez a veces cuando toma decisiones no tiene la precisión técnica y conceptual para tomarla y que le hizo falta la precisión o el punto de vista de alguien que tenga una experiencia específica sobre el punto. Generalmente un juez sensato cuando tiene una duda sobre algún tema técnico, consulta porque tiene auxiliares de justicia, tiene peritos y tiene personas que pueden ayudarle en tomar esa decisión.

En cuanto a las competencias que muchas personas señalan que el juez es constructor hoy de políticas, implementa las políticas y las controla, la respuesta de la jurisprudencia ha sido, no es así. Simplemente hay un respeto por las competencias pero cuando tanto los actores privados como los actores públicos están por fuera del ámbito constitucional, al juez constitucional le compete señalar cuál es el lugar del no, nunca señalará dónde debe estar situado ese actor, porque no es su papel y su competencia la cuida. Lo que tiene que respetar es que la posición dentro de una especie de partido de fútbol, sea cuando es fuera de lugar, no, por favor vuelva a entrar al sitio que le corresponde, sin señalarle en qué sitio le corresponde porque esa no es su función.

La posición del juez aunque a veces es muy criticada por los sectores sociales, es importante entenderla, el juez lo que hace es una defensa de

esos derechos fundamentales para garantizarlos y procurar que prestacionalmente sean atendidos.

Sobre este punto me referiré muy rápidamente a la sentencia que el doctor Alíer mencionaba ahora y que es una muestra un poco precisa de lo que puede considerarse como, la evaluación cualitativa a que se refería el doctor Sierra Porto, en la sentencia 1038 del 06, en donde lo que se pretende después de la evaluación cualitativa de la situación particular, es lograr precisamente que ese mínimo vital, esas condiciones dignas de existencia y la garantía del goce efectivo de los derechos fundamentales, se dé y en ello debe haber un compromiso del juez.

En aquella sentencia estábamos decidiendo por vía de tutela, un caso de una señora que había incumplido reiteradamente sus convenios de pago a una empresa pública de una capital. Ella simplemente había realizado algunos pagos parciales pero reiteradamente incumplía el acuerdo de pago. En tanto ella fue así, se le suspendió el servicio de agua, ella tuteló señalando que vivía con su familia, que estaba constituida por una niña de 5 y un niño de 11 años y su esposo, en una casa que era de una sucesión y que estaba vulnerándose su derecho a la vida digna en condiciones de salubridad.

Básicamente la Corte consideró varias situaciones: se pidieron unas pruebas y se logró determinar que la señora había reconectado el servicio de agua a través de un medio ilícito, es decir ella tenía servicio de agua pero había sido reconectado de una manera no regular. Sin embargo también se señaló que mientras ello ocurrió, la señora había tenido que padecer una situación crítica porque no tenía forma de suministro de agua y los vecinos le habían tenido que facilitar el líquido vital, que entre otras cosas ha sido reconocido como derecho fundamental desde 1992.

Dada la situación que se pudo constatar a través de las pruebas y la inspección judicial de la vivienda, de que los niños podían estar en peligro de condiciones de salubridad, porque el líquido se les estaba suministrando en vasijas que los vecinos pasaban hasta el momento en que se hizo la reconexión ilegal, la Corte lo que decidió fue no proteger de alguna manera ese derecho que ella reclamaba, porque su reconexión fue ilegal y no puedo acudir a un medio para que me proteja si el fundamento de lo que estoy pidiendo es ilegal, y ella reconectó ilegalmente, pero la Corte sí señaló, partiendo de precedentes muy interesantes que se han producido también en la Corte Constitucional, la sentencia 578 de 1992 con ponencia de Alejandro Martínez en la que se señaló que el derecho al agua es un derecho fundamental y que es esencial y necesario para la vida y la salud y sin embargo en aquella ocasión tampoco se tuteló el derecho porque se consideró que no se protegía sino para personas, no para particulares y aquella controversia se daba en esa ocasión, en relación con unos particulares que pretendían la instalación en una unidad residencial del agua.

También un precedente importantísimo que es la sentencia de tutela 207 del 07 de Jaime Araujo, en donde una persona a la que se le había suspendido la energía eléctrica y el agua, tenía unas condiciones de salud que necesariamente implicaban el que ella tuviese esos dos servicios domiciliarios pero no tenía con qué pagar la luz ni el agua. Sin embargo la Corte ordenó que por su situación de vida y de salud, era necesario reconectarlos y no se podía volver a proceder de esa manera.

La Corte en la sentencia nuestra, retomo esos precedentes, recordó la C153 del 03 donde se declaró la constitucionalidad condicionada de la posibilidad que tienen las empresas públicas de suspender el servicio cuando se dan

incumplimientos reiterados hasta dos facturas, pero recordó que en aquella ocasión se había dicho que no era posible hacer esa suspensión cuando hubiese en la vivienda sujetos de especial protección como ancianos o niños, que tampoco podía hacerse si el incumplimiento se debía a una razón involuntaria y en todo caso que cuando perjudicara a una comunidad como hospitales, tampoco podría darse esta situación, y que aunque el servicio de agua no se iba a ordenar su reconexión, era necesario considerar a través de unos parámetros que las mismas empresas de servicios trazaran tomando parámetros internacionales, como un informe que hizo el Comisionado de derechos humanos para señalar cuáles son los parámetros que una persona necesita diariamente para que tenga condiciones dignas en salubridad y en higiene a través del agua, entonces se dijo allí que aunque el servicio podía ser cortado, necesariamente había que hacerle llegar a través de otra forma el agua necesaria para proteger a los niños que vivían en esa vivienda y que el agua que se suministrara, necesariamente tenía que obedecer a unos parámetros que la empresa tratara conforme a sus propios criterios y a parámetros internacionales.

Lo que sucedió allí no fue otra cosa que hacer una evaluación de la situación, una evaluación cualitativa de los supuestos de hecho y de derecho que hay en ese momento y tomar una decisión que garantice las condiciones de vida digna de unas personas que son sujetos de especial protección dentro del Estado Social de Derecho.

MÍNIMO VITAL

Doctor Alfredo Coral

El doctor Humberto Sierra hacía referencia a un tema bien importante que está muy relacionado con el tema de mínimo vital y es el tema de la seguridad jurídica. Tal vez el tema de mínimo vital ha tenido tanta controversia, tanto desarrollo, tantas aristas, tal vez por el vacío que ha venido dejando el Estado y un poco el sector en general, sobre un tema que ha sido dejado en el cuarto de atrás, que es el tema del mínimo vital. Tal vez esa falta de acción del Estado de regular el tema, de asumirlo como una realidad, de asumirlo como un compromiso internacional, ha llevado a que necesariamente sean los jueces y en este caso, la Corte Constitucional la que un poco haya tenido que venir a desarrollar el tema, en mi concepto bien desarrollado o traído a partir del derecho internacional, pero que no deja de ser un desarrollo jurisprudencial producto de la falta de regulación del tema.

El primer llamado que pretendo hacer en esta presentación es, hay una necesidad importante de seguridad jurídica en el tema de mínimo vital, es importante que el sector compuesto por las empresas por el Ministerio desde el punto de vista de la política, la Comisión de Regulación desde el punto de vista regulatorio, haga mancomunadamente un ejercicio pendiente a que se dé seguridad jurídica, haya normativa reglamentación que asuma como propio, que asuma esa responsabilidad que tenemos sobre el tema del mínimo vital.

Vamos a hacer unas reflexiones las cuales parto de la sentencia de la Corte Constitucional, concretamente la T546 de 2009 de la doctora María Victoria

Calle quien nos ha hecho aquí una presentación muy especial y completa sobre el tema. Me voy a permitir con la venia de la doctora María victoria, leer algunos apartes de esa sentencia para empezar a hacer esas reflexiones de las que les hacía mención anteriormente.

Esta sentencia señala entre algunas de sus apartes que los servicios públicos se rigen por el principio de solidaridad y redistribución del ingreso, en virtud el cual cada usuario debe asumir las cargas razonables que le son propias, en virtud de la Constitución, la ley y el contrato de condiciones uniformes. De manera tal que todos deben pagar de acuerdo con sus posibilidades por la prestación de los servicios públicos. Los servicios públicos de acueducto y alcantarillado son indispensables para llevar una vida en condiciones dignas. Así, cuando una persona se ve imposibilitada para realizar el pago de los mismos, no se debe suspender la prestación del servicio sino la forma en que ésta se presta, es decir, debe cambiar la forma en que se suministra el servicio y ofrecer al destinatario final unas cantidades mínimas básicas e indispensables, en este caso de agua potable.

Fíjense el contenido tan grande que tiene esta sentencia, como les decía, ante el vacío normativo que existe sobre la materia y un poco utilizando los términos del doctor Humberto Sierra Porto, dada la necesidad del protagonismo judicial que esa falta de seguridad jurídica genera, creo que la Corte y en mi criterio, en buena hora señala unos requisitos, unas reglas de juego del partido como lo decía la doctora María Victoria sobre la prestación el servicio y el mínimo vital que se debe garantizar a las personas.

En este aparte breve tenemos varios elementos que voy a ir tocando en la presentación y es por ejemplo, el término que todos deben pagar de acuerdo a sus posibilidades por la prestación del servicio. En este tema en ninguna

parte de la sentencia y en eso quiero ser enfático, se ha dicho que el servicio público debe ser gratuito o que el mínimo vital debe ser gratuito, en ninguna parte de la sentencia se hace alusión a la gratuidad. Ese es un tema que hemos tenido que venir explorando pero que no se encuentra obviamente en los tratados internacionales como lo veremos más adelante, pero tampoco en la sentencia de la Corte Constitucional.

Otro elemento fundamental es, dice la Corte, no suspenda totalmente el servicio, usted lo que debe hacer es modificar la forma de prestarlo, modificar la forma en que suministra el servicio, ofrecerle al destinatario final unas cantidades mínimas básicas e indispensables, en este caso de agua potable. Eso es bien importante para el desarrollo del concepto de mínimo vital.

Quiero traer a colación también otra sentencia la C041 de 2003 cuyo magistrado ponente es Jaime Córdoba Triviño y un poco para tocar los temas de gratuidad y es, los servicios públicos en Colombia no gozan de principio de gratuidad, hay una obligación en cabeza de las personas de contribuir con los gastos e inversiones que se realizan para garantizar la prestación. Las prestadoras de servicios públicos no pueden trabajar a pérdida, deben poder recuperar los costos en que incurren y obtener recursos que permitan invertir en el mismo sector de manera tal que sean competitivos y puedan proporcionar un mejor servicio y beneficios a los usuarios.

Como decía anteriormente, ninguna de las sentencias que hemos recapitulado en este estudio, ha señalado que haya alguna posibilidad de gratuidad del servicio, lo que sí ha llamado la atención la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, es que el servicio debe no suspenderse totalmente porque estaríamos afectando derechos constitucionales de rango superior sino, cambiar la forma de prestar el servicio, hacer un servicio parcial,

proporcionando un mínimo vital de agua para las personas. De dónde viene este antecedente. Por qué la Corte señala esos postulados y presenta las sentencias que señalamos de esta manera.

Ante la falta de desarrollo legal en Colombia sobre este tema de mínimo vital, tenemos que remitirnos al derecho internacional, el convenio sobre los derechos del niño hizo el primer reconocimiento parcial sobre este derecho pero fue solamente hasta en el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales de 1966, que se reconoció formalmente el derecho al mínimo vital. Este pacto internacional fue ratificado por Colombia en la ley 74 del 68. Esto quiere decir que este compromiso internacional está ratificado y afirmado, aceptado por Colombia, es decir, el Estado colombiano está en la obligación de garantizar el mínimo vital y por eso el llamado en el que insistimos, al desarrollo legal que tiene que tener este compromiso internacional el cual obviamente hace parte del bloque de constitucionalidad de nuestro país.

Este pacto internacional desarrolla muy bien el tema del mínimo vital en la observación general número 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Fue así como en el mismo, reconoce el derecho al agua como un derecho humano de tipo económico, social y cultural. Como bien también aquí lo señaló la doctora María Victoria Calle, es un derecho económico, social y cultural derivado de los derechos a un nivel de vida adecuado y al disfrute del más alto nivel posible de salud. De allí deviene toda esta situación del mínimo vital, toda la necesidad de garantizarlo y de que el Estado colombiano a través de sus distintos órganos y a través obviamente de las empresas públicas que hacen parte del sector, empiecen a desarrollarlo.

Qué más dice esta observación 15 que es el parámetro general. Dice: Obligaciones que surgen del derecho al agua, garantizar el acceso a una cantidad mínima de agua apta y suficiente para satisfacer las necesidades personales y domésticas y para prevenir enfermedades, asegurar que el acceso a los servicios de suministro de agua y saneamiento básico se realice sin discriminación alguna, especialmente en lo que se refiere a personas o grupos en situación de vulnerabilidad, velar por la distribución equitativa de las instalaciones y servicios de suministro de agua y saneamiento y ejecutar programas de agua de costos relativamente bajos que busquen proteger a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad.

En conclusión, este derecho al mínimo vital al agua es un derecho de toda persona y aquí quiero ser muy enfático, es un derecho de todos, el cual se debe desarrollar para todas las personas sin distinción de estrato o condición social. No debe ser una condición de pobreza como bien lo decía la doctora Calle, no podemos empezar a tratar el tema como una situación o una forma de ser excluyentes y de tratar simplemente a personas de escasos recursos dentro del principio de mínimo vital.

En este estudio hemos considerado que el mínimo vital es para todas las personas, porque es un derecho de todos sin distinto de estrato social o posición económica dentro de la sociedad. Entonces, como derecho de toda persona, acceder a un precio asequible, a una cantidad suficiente de agua potable o apta para el consumo humano que le permita satisfacer necesidades básicas personales y domésticas.

El derecho internacional en distintos países que han desarrollado este mínimo vital, se han dado distintas tendencias. En Sudáfrica por ejemplo es un derecho constitucional desde 1996 y es una garantía gratuita de un

mínimo vital de agua para toda la población. En Sudáfrica han desarrollado esto a partir de la gratuidad, caso contrario en Colombia y otros países en los cuales la gratuidad no se ha dado. En el derecho internacional, es decir, en el tratado de derechos económicos, culturales y sociales, en ninguna parte se hace mención a la gratuidad, es decir, el compromiso internacional de Colombia no es atado a la gratuidad sino a asegurar y garantizar de manera progresiva la existencia de un mínimo vital.

En Ecuador desde el 2008 también es un derecho constitucional, sin embargo, hacen una diferencia tarifaria entre la tarifa vital y la tarifa ordinaria. En Argentina también se ha incorporado ya este derecho dentro de su Constitución.

Si bien, es claro que el derecho al mínimo vital es un derecho reconocido en Colombia y que debemos reconocer dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, ¿qué propuestas hacemos en este foro? Parte de la finalidad del estudio que amablemente me invitó a hacer ANDESCO sobre el particular, era llegar a unas propuestas, no buscando ser la solución salomónica, ni más faltaba, porque el tema es muy complejo pero sí hacer el primer acercamiento al tema con el fin de poder invitar a los diferentes actores del sector a que nos unamos en esa causa.

Qué presupuestos básicos tenemos entonces para desarrollar esta propuesta. El derecho al mínimo vital de agua es un derecho de todos, como les mencioné, no está relacionado al estrato social ni a la condición socioeconómica ni al color ni a la raza, todas las personas tienen derecho al mínimo vital. El mínimo vital debe ser garantizado por el Estado, el mínimo vital de agua busca satisfacer necesidades básicas personales y domésticas

y por lo tanto, no cobija a los usuarios industriales o comerciales de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado.

Se han probado diferentes dispositivos que permiten la continuidad del servicio, modificando la forma de prestar el servicio pero garantizando el acceso a un mínimo vital. En este punto es importante hacer ver que este tipo de dispositivos son un poco la línea de pensamiento que ha presentado la Corte Constitucional, es decir, no suspenda totalmente el servicio, cambie la forma de prestárselo, redúzcale el caudal para prestar un servicio que le llegue agua a la persona pero en unas condiciones diferentes que le permitan continuar con su vida digna.

El mínimo vital de agua no tendrá que ser gratuito, eso es muy importante, tenemos que buscar el mecanismo de subsidiar, de hacer viable financieramente el tema, porque entiendo y los entiendo especialmente a ustedes como gremio, y es claro, el mínimo vital es un derecho, lo compartimos pero quién va a asumir el costo de este servicio, quién va a subsidiar esta situación, porque la empresa no está en capacidad financiera de hacer las inversiones que tiene que hacer para garantizar la continuidad y la calidad del servicio sin que haya una forma financiera de obtener el desarrollo de esta infraestructura.

Deben revisarse los temas de servicio de alcantarillado así como la facturación del servicio público de aseo para contar con una propuesta integral sobre la materia. En el estudio hemos encontrado que dado que la facturación en la mayoría de las empresas está conjunta, acueducto, alcantarillado aseo, quedan algunas preguntas que resolver frente al alcantarillado y el aseo frente al desarrollo del concepto del mínimo vital de agua.

Con estos presupuestos básicos nosotros desarrollamos tres propuestas muy generales. La primera posibilidad es modificar el régimen de subsidios de la ley 142 del 94, hacia dónde, hacia subsidiar en 100% de un mínimo vital que fije el Estado a los usuarios de los estratos 1 y 2, las personas que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad frente al resto de la población. Ésta sería en mi criterio la propuesta más sencilla pero no sé si viable financieramente desde el punto de vista del Estado realmente.

Esta propuesta lo que haría era clarificar de manera definitiva la situación del mínimo vital, es decir, estratos 1 y 2 están subsidiados el 100% en un mínimo vital, pero financieramente tendríamos algunas dificultades en que el Estado pudiera ampliar sus subsidios a los que actualmente existen.

La segunda posibilidad que presentamos es crear por medio de la ley del plan nacional de desarrollo, un fondo nacional para la garantía del mínimo vital de agua potable, financiándolo con recursos estatales de la nación, departamento, municipios con cargo al SGP. A esta garantía de mínimo vital gratuito accederían las personas que se consideran en situación de vulnerabilidad siempre y cuando la acreditaran ante la autoridad correspondiente, es decir, se crearía una actuación administrativa garantizándole el debido proceso, las causales de vulnerabilidad estarían consagradas en la ley pero quien decidirá si un usuario está o no en una de las causales de vulnerabilidad y por lo tanto es beneficiario de la garantía de mínimo vital, es la autoridad municipal. Se aplicaría el mínimo vital por persona y no por inmueble, pues se fijarían unidades de mínimo vital per cápita.

Esta es una posibilidad bien interesante, parte del esquema general de planes departamentales de agua, en los cuales se desarrolló a partir de la ley del plan de desarrollo y se crean la posibilidad de que uniendo los apoyos financieros de los departamentos, los municipios y la nación, se pueda en el caso concreto de planes departamentales, desarrollar la infraestructura en los distintos municipios y apalancarse entre sí mismos. En este caso lo que lograríamos es apalancar entre la nación, los departamentos y los municipios, el subsidio al mínimo vital y los municipios serían lo llamados a determinar quiénes estarían en situación de vulnerabilidad para otorgarles este beneficio.

La tercera posibilidad, poco para no dejar al ente regulador por fuera de las propuestas anteriores que están más atadas al desarrollo de la política, una política de Estado frente al mínimo vital, es crear un fondo provisión por vía regulatoria, aprovechando el tema del estudio que se está haciendo del nuevo marco tarifario. Se crearía un fondo provisión vía regulatoria en virtud de la función de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA, con el fin de establecer la fórmula tarifaria que deben seguir los prestadores de servicios de acueducto y alcantarillado para cubrir este mínimo vital. En caso de no pago se consideraría que la persona está en situación de vulnerabilidad y no se suspende el servicio sino que se modifica la forma de prestarlo mediante mecanismos técnicos como los dispositivos que nos presentaban el día de ayer.

Esta propuesta me parece un poco audaz, interesante y creo que la Comisión de Regulación podría y tendría la capacidad y la competencia de analizarla en virtud de la ley. Como lo vimos, ya asumimos el tratado internacional y dos, que es deber del Estado garantizar la eficiente prestación del servicio. Hay un mandato constitucional al Estado, la CRA podrían

asumirlo de manera general aprovechando el nuevo marco tarifario que está estudiando, mirándolo dentro de la fórmula tarifaria para incluir la posibilidad de ese mínimo vital.

Finalmente reitero, esta presentación y el estudio general que se hizo por parte de ANDESCO, no busca dar la solución definitiva al tema pero sí hacer un llamado al gremio, a las empresas, al Ministerio, al ente regulador, a la Superintendencia, a trabajar mancomunadamente en el desarrollo legal del principio del mínimo vital porque nos estamos viendo abocados a que por falta de esa seguridad jurídica que tanto nos han expresando en esta mañana, por falta del desarrollo legal hayamos tenido que llegar a que los jueces de la república tengan que darle un tratamiento constitucional a una situación que ya ha sido reconocida tanto por el derecho internacional como por el derecho interno.

COMPETENCIA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

Doctor Mauricio Fajardo

Estamos ya a 19 años de vigencia de la Constitución Política y sin embargo creo que el tema que nos ha sido propuesto apenas se está asomando en nuestro ordenamiento jurídico. No hay ni de lejos respuestas claras, mucho menos suficientes para resolver los diversos aspectos que el mismo envuelve.

Hemos de empezar por señalar que en este punto el lenguaje que sirve para expresar las ideas, para consagrar las disposiciones, para que nos comuniquemos entre nosotros, muestra sus debilidades, muestra sus complejidades y las limitaciones. Unido ello a los temas de interpretación, naturalmente no hay tiempo para ocuparnos de todas las reflexiones que tanto en la teoría de la interpretación como en las teorías de la argumentación jurídica, se han venido desarrollando con enorme profundidad para mostrar todas sus aristas, pero sí hemos de decir que cuando hablamos de la facultad de regulación que es lo que se nos ha propuesto, la competencia y el alcance de la facultad de regulación que tienen las comisiones a quienes se les ha encargado ese propósito, la primera gran pregunta es, qué es regulación, qué es regular.

El lenguaje ya empieza a plantearnos dificultades, porque el verbo regular tiene muchas y muy variadas acepciones, medir, ajustar, poner en orden algo, determinar las reglas, pero también la expresión regular tiene el carácter de adjetivo, regular es algo que resulta uniforme, sin cambios bruscos, regular también representa o refleja en una escala de mejor, bueno regula, malo. Una situación que nos muestra que la expresión regular no es

una expresión que facilite el manejo del tema. Naturalmente surgen otras expresiones completamente hermanas en este punto al tema de la regulación, como el tema de la reglamentación, reglamentar finalmente termina en una de las acepciones de regular, siendo sinónimo de aquélla, y el reglamento que en últimas termina concretando la actividad de una de las modalidades de la regulación, no es más que la colección ordenada de las reglas, de los preceptos así entendidos.

Cuando descendemos de ese panorama puramente teórico y semántico del alcance de la facultad de regulación, nos encontramos con que esa regulación bien puede ser entendida como un género dentro del cual es posible encontrar diversas especies. Así por ejemplo, si nosotros reparamos en que cada vez como los medios de comunicación permanentemente nos lo informan, cada vez que el Banco de la República sale a comprar divisas, pues está sin duda alguna regulando o buscando regular el precio de las mismas en el mercado. Cada vez que el Banco de la República disminuye su tasa de interés, está contribuyendo a regular el mercado y fomentando o promoviendo una serie de actividades. Pero cuando ese mismo Banco de la República expide circulares externas que contienen una serie de disposiciones o de normas sobre por ejemplo régimen de cambios internacionales o relaciones sobre las cámaras de riesgo, etc., componente normativo de la regulación, también está ejerciendo la facultad de regulación.

Pues bien, eso ocurre cuando se revisan las funciones de las Comisiones de Regulación, se encuentra con que las competencias, las facultades que la ley le señala a las Comisiones de Regulación, abarcan no solo la posibilidad de expedir normas que es uno de los componentes de la función de regulación, sino muchas otras actividades que tienden a regular el mercado, a combatir los monopolios, a facilitar la prestación de los servicios. En ese sentido es

muy amplia la concepción de la función de regulación. El planteamiento que se espera que desarrollemos aquí con un poco más de detalle, dice, relación específica con el componente normativo, con esa posibilidad de expedir disposiciones de carácter general abstracto que les ha sido atribuida a las Comisiones de Regulación, pero ese no es más que un componente, es una especie del gran género de la función de regulación.

Entendido así, cuando tratamos de concentrarnos en ese componente normativo, en esa facultad de expedir normas de carácter general abstracto, necesitamos hacer un esfuerzo realmente importante para efectos de preguntarnos, cuál es la relación que debe existir y o que se da entre ese componente normativo de la función de regulación, entre esa regulación y la ley. Para efectos de responder esa pregunta, esa relación entre el reglamento y la ley, disponemos al menos de dos criterios, un criterio, el tradicional, el normal, el que nos enseñaron a nosotros en la universidad y el que se admitía de manera absolutamente pacífica, que es un criterio eminentemente jerárquico, un criterio de subordinación jerárquica, constitución, ley, reglamento, y de ahí para abajo podemos seguir encontrando otra clase de disposiciones.

En virtud de esa relación de subordinación jerárquica tenemos unas respuestas muy sencillas, cuando hay contradicción entre dos normas, prevalece la que sea jerárquicamente superior y naturalmente será y o deberá ser anulada o declarada inexecutable, la que siendo de nivel inferior, la esté contradiciendo. Sin embargo creo que ya en este momento ese criterio resulta absolutamente insuficiente, ya no podemos en el marco normativo de que disponemos aquí en Colombia, contentarnos con ese criterio de subordinación jerárquica porque no nos explica ni nos permite entender

todos los fenómenos que se dan en esa clase de relaciones entre el reglamento y la ley.

Por lo anterior, debemos acudir a un criterio distinto, un criterio de distribución de competencias normativas por materias, en donde así como en algunos casos la Constitución Política hace reserva de ley para que ciertos temas solamente puedan ser desarrollados por la ley, también la propia Constitución empieza a ocuparse de asignar una especie de reserva de reglamento para que sea a través de ciertos reglamentos que se desarrollen ciertas materias y o que lo puedan hacer solo ciertas autoridades y ello naturalmente obliga y o permite explorar cuáles son los tipos de reglamento que nosotros podemos encontrar.

En principio sin que el asunto esté ni mucho menos acabado, vale la pena tener en cuenta el esfuerzo que se hace en la sentencia de agosto 14 de 2008 expediente 16230 expedida por la sección 3 del Consejo de Estado, en la cual se trata de hacer una tipología de los reglamentos. Sentencia que se encuentra parcialmente reiterada por aquélla que expidió la sección segunda por ponencia del doctor Gustavo Gómez Aranguren en abril 2 de 2009 expediente 1831-07. En ese sentido podemos decir que entre los diversos tipos de reglamentos podemos identificar, primero, esos reglamentos típicos generales, tradicionales que expide el presidente de la república para asegurar la cumplida ejecución de las leyes, en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución. La relación en ese caso, reglamento – ley, es inminentemente jerárquica, en ese caso no hay manera de acudir a otro criterio para establecer esa relación. Encontramos los reglamentos que desarrollan leyes habilitantes, que son aquellos eventos en los cuales la Constitución le otorga o le atribuye a diversas autoridades, competencias para que las desarrollen de acuerdo con

la ley, luego ahí también va a surgir un criterio eminentemente jerárquico para examinar esa relación.

Los reglamentos que expiden las autoridades administrativas en general en desarrollo de sus propias y especializadas competencias, esa relación tiene necesariamente que mirarse o seguirse mirando con la óptica del criterio de subordinación jerárquica. Pero nos aparecen ahora los reglamentos constitucionalmente autónomos, de hecho también en la Constitución anterior ya existían algunos de ellos pero hoy quizá con más fuerza, como los que recoge el artículo 355 de la Constitución u otras normas que le atribuyen a diversas autoridades entre ellas por ejemplo a la Corte Suprema de Justicia, a la Corte Constitucional, al Consejo de Estado, directamente la Constitución les atribuye facultades para que expidan reglamentos y desde ese punto de vista la relación entre el reglamento y la ley no es jerárquica sino que es una relación de distribución de competencias por materias.

En ese caso, la anulación o la inexecutableidad no viene dada por la contradicción entre las normas sino por el hecho de que una de ellas invada la órbita de la otra cuando no podía hacerlo y cambian desde ese punto de vista el sentido y la óptica del análisis.

Los reglamentos para el desarrollo de leyes marco. Ahí se presenta una mixtura, porque naturalmente coexisten el criterio de subordinación jerárquica pero también el criterio de distribución de competencias por materia, en la medida que la ley encuentra limitada la posibilidad de desarrollar ciertos aspectos que solamente pueden trazarse desde un punto de vista muy genérico, con el propósito de que después el reglamento correspondiente haga los desarrollos en forma exhaustiva y específica.

Encontramos también el tema de los reglamentos residuales, que son aquellos reglamentos que se expiden cuando el Congreso de la República no ha ejercido sus competencias en función del tiempo, como por ejemplo cuando no se expide el plan de desarrollo dentro de un determinado tiempo; como por ejemplo cuando en virtud de las normas del artículo 41 transitorio de la Constitución, el gobierno tuvo que expedir el hoy conocido decreto 1421 que constituye el estatuto de Bogotá.

En esos casos tenemos unos reglamentos residuales en donde no hay ningún tipo de relación jerárquica entre el reglamento y la ley. Cuando examinamos esa tipología, esa clasificación de los reglamentos, encontramos que los que expiden normativamente las Comisiones de Regulación no corresponden definitivamente a los reglamentos del 189 11 ni a los que podemos considerar como constitucionalmente autónomos, ni desarrollo de leyes marco, ni reglamentos residuales. Luego es claro que los reglamentos de las Comisiones de Regulación no pueden desplazar la ley, no pueden llenar los vacíos de la ley, no pueden modificar la ley y desde ese punto de vista, también creo que es claro que la relación entre esos reglamentos y la ley, sigue respondiendo a un criterio de subordinación jerárquica, pero no creo que podamos llegar a sostener como lo ha venido consistentemente señalando la Corte Constitucional, que esa relación jerárquica este sometida necesaria y obligatoriamente tanto a la ley como a los reglamentos del 189 11 conocidos como decretos reglamentarios y a la vez a las directrices o políticas que señalen los jefes de los diferentes sectores, entiéndase los ministros, porque ahí tenemos una complicación adicional enormemente difícil de resolver.

Si las Comisiones de Regulación están ejerciendo sus competencias por virtud de una delegación del presidente de la república y por ende sus

funciones deben entenderse de alguna manera ejercidas como si las estuviera haciendo el delegante, mal puede el delegante presidente de la republica entenderse sometido o subordinado en el ejercicio de sus funciones, a aquello que los ministros jerárquicamente inferiores a él señalen como jefes de los sectores en las respectivas materias.

Desde ese punto de vista todavía nos queda un camino importante por recorrer, un camino muy arduo para tratar de esclarecer con total precisión, cuál es el alcance, cuál es la naturaleza, cuál es el campo de acción de esos reglamentos que expiden las Comisiones de Regulación.

Por ahora, me atrevo a decir como gran conclusión, que esos reglamentos desde el punto de vista de su relación con la ley tienen que seguirse mirando con la óptica del criterio de subordinación jerárquica frente a la ley, sin perjuicio de incluir el criterio de distribución de materias para que coexistan estos dos y nos permitan explicar, entender y aplicar de manera armónica y suficiente en nuestro ordenamiento, estas regulaciones normativas que permanentemente expiden y están llamadas a expedir las Comisiones de Regulación.

COMPETENCIA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

Doctor Enrique Gil Ruter

En primer lugar un aspecto que me parece sugestivo, es el intento de análisis lingüístico que ha hecho el doctor Fajardo respecto al vocablo regular. Wittgenstein señalaba que el uso de una palabra es el significado, es el uso que le hemos dado dentro de diario vivir. Rodolfo Vigo, destaca un aspecto bien importante dentro de los desafíos del derecho y de los desafíos de los jueces y es el uso del lenguaje.

No entraré en las honduras lingüísticas del uso del lenguaje en el sentido común ni en el sentido jurídico, porque creo que el marco de la regulación está dentro de un campo específico determinado y concreto, que es la reinención de la intervención del Estado en la economía. En esa medida el espacio del mercado se ha ampliado y al Estado le corresponde su gobierno mediante el establecimiento de límites y reglas institucionales.

Esta realidad ha ocasionado una transformación del derecho que ha desdibujado la frontera entre lo público y lo privado. El análisis de la regulación lo deberíamos emprender desde un punto de vista que desafortunadamente no podemos examinar y es el contexto en el que surge la regulación, la nueva noción de servicio público y el redimensionamiento del sector público.

Se habla de la regulación económica como una nueva forma de intervención pública, esta función se caracteriza básicamente por tener un amplio soporte jurídico toda vez que son las normas las que regulan lo que está permitido y lo que está prohibido y en segundo lugar, el derecho respecto a esta función

no agota su contenido, porque tiene un base técnica que se adecúa de acuerdo al sector económico de que se trata.

Por tanto, desde el punto de vista jurídico la principal manifestación de la regulación, es precisamente la producción de normas vinculantes y la creación de una autoridad administrativa que asegure su cumplimiento. En otros términos, la regulación no puede confundirse con los instrumentos normativos a través de los cuales se manifiesta, como quiere que se trata de una función pública mediante la cual se realiza la intervención en la economía, que se materializa con la expedición de actos administrativos individuales y actividades materiales concretas.

La regulación en síntesis constituye el conjunto de técnicas que permiten instaurar y mantener un equilibrio económico óptimo que no podría obtenerse por sí mismo en un mercado abandonado a sus propias reglas.

Otra cuestión fundamental para entender el concepto de regulación, es el de su justificación, toda vez que la misma pretende la corrección de fallas de mercado o su generación en un escenario en el que éste se encuentra ausente. Vemos cómo el artículo 73 de la ley 142 señala las diferentes funciones y facultades de las Comisiones de Regulación y ese es el punto de partida que permite señalar las siguientes conclusiones de ese precepto.

- 1) La función de regulación es una actividad de intervención en la economía por sectores de actividad, de forma tal que cada servicio público domiciliario en Colombia posee su propio marco regulatorio, el cual obedece a especificadas mismas de la actividad desarrollada.

- 2) Las técnicas e instrumentos que se utilizan para regular tienen una relación directa con la dinámica de cada sector económico.
- 3) El dinamismo de la economía exige continuidad en la función de regular.
- 4) En no pocas oportunidades la regulación no se agota con la prescripción de pautas generales de conducta, sino que es necesario decidir de acuerdo con el caso concreto.
- 5) Las autoridades administrativas a quienes se confía la labor de regulación, gozan de discrecionalidad técnica para la asunción de decisiones.

Visto esto, es necesario preguntarnos entonces si la regulación constituye una función administrativa nueva, la respuesta a este interrogante es negativa. El principal rasgo distintivo es precisamente la de ser una limitación de la libertad individual, de forma tal que encuentra su identidad inicial con la denominada función de policía.

Es cierto que la función de policía administrativa se ha identificado tradicionalmente con una función de control externo realizado por la administración, que pretende evitar principalmente mediante reglamentos y sanciones, los posibles daños que un comportamiento determinado puede comportar en la sociedad.

Durante mucho tiempo la policía administrativa era una sola, no obstante el crecimiento de las tareas y la asunción de nuevas responsabilidades por la administración, ampliaron la posibilidad de intervención del poder público y ello consecuentemente originó una proliferación de denominadas policías administrativas especiales con sus propias instituciones, con un lenguaje diferenciado y con relaciones jurídicas particulares.

La regulación económica a los servicios públicos domiciliarios, constituye un ejemplo concreto de lo que acaba de exponerse. El cambio de modelos de servicios públicos implicó en el derecho colombiano, la identificación de un nuevo bien jurídico a integrar en el concepto de orden público, ese nuevo bien jurídico, es la libre competencia económica.

Adicionalmente, esto determinó la asignación de nuevas competencias a agentes administrativos especializados y cualificados, las Comisiones de Regulación y la aplicación de un régimen jurídico diferenciado conforme a la ley 142, los decretos reglamentarios y las disposiciones administrativas que ordenan cada servicio público domiciliario. La regulación por sectores de actividad económica, aparece especialización, manejo de conocimientos técnicos precisos y toma de decisiones neutrales.

Tratándose de servicios con vocación industrial y comercial, los ordenamientos jurídicos que nos sirven de referencia se han identificado con la creación de autoridades administrativas independientes cuya mayor característica, es precisamente un ejercicio de funciones que no depende orgánicamente de la rama ejecutiva y en el que no es posible pensar en los controles que se desprenden del clásico principio de jerarquía administrativa y en esto difiere de lo expuesto con antelación.

Cada realidad jurídica concreta parte de presupuestos propios generando modelos únicos que ameritan indiscutiblemente un análisis de las particularidades. Bajo esta premisa es que se deben abordar las llamadas Comisiones de Regulación ya que si bien es cierto, se encuentran influenciadas por la moda anglosajona, también es verdad que obedecen a un modelo constitucional presidencialista adoptado en la Constitución del 91

en la que independencia no significa indispensablemente una diferenciación orgánica del ejecutivo.

Visto lo anterior, el primer aspecto a subrayar es que en la realidad del nuevo modelo de Estado, el gestor del servicio no puede seguir conduciéndose con la organización administrativa encargada de su regulación.

En segundo término, dada la especificidad técnica no es posible un modelo centralizado en el que un solo ente administrativo se ocupe de los diferentes servicios públicos domiciliarios, sino que al contrario, se requiere de una desconcentración funcional que en el caso colombiano se traduce no en la creación de una si no de varias Comisiones de Regulación, para así responder a las características propias de cada actividad objeto de intervención. Sin embargo, el modelo de desconcentración funcional no conlleva a una distinción orgánica de la rama ejecutiva, es más, ni siquiera implica una diferenciación de carácter organizativo como quiera que no se presenta un fenómeno de descentralización a través de la creación de personas jurídicas diferenciadas del Estado. Esta circunstancia conduce a varios interrogantes, la naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación es incompatible con el ejercicio de funciones independientes. Independencia de quién o de qué. Los artículos 67, 68 y 69 de la ley 142, nos arrojan dos conclusiones:

- 1) La pertenencia orgánica del regulador a la rama ejecutiva del poder público.
- 2) El sometimiento a un principio de jerarquía administrativa si se tiene en cuenta que la delegación implica una relación superior, inferior y conlleva necesariamente un poder de avocación.

De lo expuesto pareciera deducirse una inevitable dependencia de la autoridad regulatoria respecto de la rama ejecutiva del poder público. No obstante, no puede llegarse a la conclusión de que las Comisiones de Regulación no deciden o no ejercen sus funciones de manera imparcial y de ahí la pertinencia de la segunda pregunta, lo relevante no es que la independencia de la autoridad reguladora sea orgánica sino funcional.

Por ello, lo primero a asegurar es la imparcialidad respecto de los diferentes operadores privados. De ahí que uno de los mayores temores en los ordenamientos jurídicos en los que se desvincula al regulador de la rama ejecutiva, sea precisamente el de la captura del mismo por el sector privado.

Por este motivo, la vinculación con los organismos encargados de la formulación de políticas públicas otorga mayor legitimidad a las decisiones y las reconducen a elecciones democráticas. Se trata de una reinversión del poder de policía, toda vez que las normas son adoptadas bajo estrictos criterios técnicos que en muchas oportunidades obedecen a la lógica de la delegación de funciones y se reconoce la potestad de controlar su cumplimiento no solo mediante instrumentos de coacción sino también de concertación y de disuasión.

De igual modo, la independencia funcional se predica del ejecutivo y la primera razón que soporta esta afirmación es que no todas las funciones desarrolladas por las Comisiones de Regulación responden a una delegación realizada por el presidente, muchas de sus competencias han sido establecidas y determinadas por el legislador.

Por otra parte, opera como ya tuve oportunidad de indicarlo, un fenómeno de desconcentración funcional y aunque es verdad que no se reconoce una

personería jurídica diferenciada, esta circunstancia no se traduce en una confusión desde el punto de vista de la autonomía del ejercicio de las funciones asignadas, salvo aquellas que lo son en virtud de la delegación.

Por último, la independencia funcional se asegura a través del estatuto orgánico de las Comisiones de Regulación que en sentir de la doctrina, constituyen la clave de bóveda del sistema de las autoridades regulatorias.

En el derecho colombiano presentan las siguientes cuatro características:

- 1) Se opta por una organización colegiada y de esta forma se asegura la participación de delegados del gobierno y las decisiones son asumidas mediante un procedimiento de deliberación en el que se someten a consideración los diferentes puntos de vista de manera reflexiva.
- 2) Aunque la selección de sus miembros obedece a un acto discrecional del presidente de la república, la independencia se asegura mediante tres garantías:
 - Los requisitos para ser comisionados.
 - El establecimiento de un periodo para el desempeño de sus funciones
 - La limitación de la posibilidad de remoción.

En efecto, en el ordenamiento jurídico colombiano se exige para ser comisionado, ser experto dentro del sector objeto de regulación y aunque son nombrados discrecionalmente por el presidente de la república, ello no se traduce en un garantía o desde una perspectiva laboral sino algo más consustancial, más profundo y de más calado y es la connotación de que ello

constituye una garantía institucional de independencia en el desempeño de las funciones que evita evitar presiones políticas respecto de las decisiones a tomar.

Ahora bien, cuáles son los diferentes instrumentos de regulación. Las funciones de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos o la de promover las competencias para evitar situaciones de abuso dominante y conseguir prestaciones eficientes y de calidad, se lleva a cabo mediante la utilización de diversos instrumentos jurídicos propios de la policía administrativa que como ya lo sostuve, se utilizan obedeciendo a una inevitable especialización técnica y jurídica por parte de las Comisiones de Regulación.

Las múltiples posibilidades de actuación se pueden agrupar en cuatro instrumentos concretos que simplemente voy a enunciar para poder cumplir con el tiempo que se me ha asignado:

- 1) La expedición de normas administrativas de carácter general. Se trata de un verdadero reconocimiento de potestad normativa y respecto de la naturaleza reglamentaria de las normas generales expedidas por las Comisiones de Regulación.
- 2) La expedición de actos administrativos individuales de ejecución de la función de resolución vinculante de conflictos. Ésta sí que es importante, se trata del ejercicio de una función que aunque de carácter administrativo, se acerca a la actividad jurisdiccional, toda vez que la manifestación de voluntad de la Comisión de Regulación, es el producto de un procedimiento administrativo en el que dos operadores someten una controversia a un tercero para

que éste decida de forma imparcial. Por este motivo la doctrina internacional ha asimilado esta competencia a una tarea de arbitraje o mediación, la posición de resolución vinculante de conflictos, se justifica porque las controversias que se suscitan entre los operadores como lo dije en un salvamento de voto de marzo 27 de 2008, requieren una solución casi instantánea que es imposible que pueda esperarse del debate judicial que siempre se produce de un modo irremediablemente más lento. Las Comisiones Reguladoras han sido por ello llamadas a ejercer una función de arbitraje que resulte imprescindible para el correcto funcionamiento del mercado. Es esta función un componente esencial de las competencias de regulación que se atribuyen a las indicadas Comisiones.

- 3) La expedición de actos administrativos individuales para hacer posible la concreción de normas de carácter general. Se trata de una competencia relacionada directamente con la ejecución, inmaterializarían de la competencia de ordenación del sector para lo cual es inevitable la toma de decisiones individuales ajustada supuestos fácticos concretos.
- 4) La expedición de actos administrativos individuales en ejercicio de la potestad sancionadora reconocida por la ley. La doctrina especializada señala la posibilidad de imponer sanciones como una consecuencia del crecimiento directo de las competencias de la administración pública. Frente a la posibilidad de expedir normas que ordenan un sector, surge a su vez la necesidad de conminación de derechos individuales principalmente pecuniarios cuando los administrados incumplen las disposiciones a las cuales se encuentran sujetos.

Si en nuestro ordenamiento jurídico se otorga esa potestad sancionadora principalmente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como entidad encargada del control, inspección y vigilancia no se desconoce, sin embargo la posibilidad de imposición de sanciones por parte de las Comisiones de Regulación como se desprende del inciso final del artículo 43 de la ley 142.

A modo de conclusión, regular es una función administrativa compleja que conlleva a la utilización de diversos instrumentos clásicos de policía administrativa, como quiera que no se materializa únicamente a través de normas de contenido general sino también de actos administrativos individuales que responden al reconocimiento de diferentes potestades, la aplicación y materialización de normas reglamentarias y la necesidad de resolver conflictos que se presentan entre operadores y la imposición de sanciones ante el incumplimiento de la legalidad que rige un sector económico determinado.

El que se trate de una función de policía administrativa no se traduce en ausencia de identidad de la regulación, es más, su carácter técnico apareja una consecuencia, la generación de micro ordenamientos sometidos al principio de jerarquía administrativa y de técnicas diferenciadas de la intervención general de la economía. En otras palabras, la generación de ramas especiales dentro del derecho administrativo.

Esta circunstancia se presenta por los nuevos retos que ofrece la prestación de servicios públicos domiciliarios en un contexto de competencia económica en el que la libre entrada no disminuye la responsabilidad en la eficiencia, en la cobertura, en la prestación y en el que se requieren nuevas fórmulas organizativas, autoridades administrativas independientes y un

desplazamiento de la función de gestión directa para hacer reemplazada por otra función de ordenación.

CONTROL DISCIPLINARIO EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS Y TIC

Doctor Alejandro Ordoñez, Procurador General de la Nación

Me ha correspondido intervenir sobre un tema que tiene mucho que ver con la función que desempeño, se refiere al control disciplinario en las empresas de servicios públicos.

La Procuraduría General de la Nación en el ámbito de la vigilancia y control de la conducta de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas, hace una de las labores de mayor reconocimiento e importancia en el ámbito nacional, vital para la comunidad en general que requiere asegurar un bienestar y unas condiciones dignas.

Lo anterior debe motivar a que las personas comprendan que las investigaciones disciplinarias buscan no solo la verdad, la justicia y el pleno esclarecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos que incumplen con sus deberes, sino también hacer realidad la protección de los principios constitucionales.

En otras palabras, al derecho disciplinario no solo le debe interesar la obediencia debida de los servidores públicos vinculados con el Estado y de los particulares que desempeñen funciones públicas al explicar criterios materiales de justicia en sus decisiones, la acción de la Procuraduría se dirige también a la realización de los fines, principios y valores constitucionales vulnerados con la conducta irregular del servidor público o del particular, declarando la falta, su responsable, la sanción pertinente y un llamado de prevención general.

El derecho disciplinario se concibe entonces en un Estado Social de Derecho, como un muro de contención a la arbitrariedad de los servidores públicos y la herramienta para el cumplimiento de la carta política, tiene por objeto garantizar una estricta vigilancia en el cumplimiento de los deberes especiales que se imponen a los servidores públicos y su consecuente responsabilidad, así como preservar el ejercicio de la función pública conforme con los principios de moralidad, eficacia, economía celeridad e imparcialidad.

Es importante acotar que con el avance en la nueva orientación filosófica de extensión de los derechos constitucionales fundamentales, aquellos denominados en el pasado derechos prestacionales, cobra mayor importancia la búsqueda de controles a la actividad estatal y de los particulares que prestan servicios públicos domiciliarios, para evitar desbordamientos en su ejercicio.

Actividades que si bien hoy en día no constituyen un poder exclusivo del Estado o a su cargo, ni asimilables a la noción de poder público, se convierten en un tema prioritario en la agenda gubernamental. El poder disciplinable de la Procuraduría General de la Nación en relación con sus destinatarios naturales, esto es los servidores públicos, es diáfano y claro, según las voces del artículo 25 del Código Único Disciplinario.

En relación con los organismos cuya participación mayoritaria corresponde al Estado colombiano y su objeto sea la prestación de un servicio público en cualquiera de sus ramos, agua potable, saneamiento ambiental, energía, gas, telecomunicaciones, salud, educación, todo servidor público que preste sus servicio o esté vinculado ya sea mediante una relación legal y

reglamentaria o mediante contrato de trabajo al ente estatal dedicado a la prestación de un servicio público, puede ser sujeto pasible de la acción de la Procuraduría en materia disciplinaria si se dan los presupuestos para que su conducta se pueda catalogar como falta disciplinaria.

Este poder correctivo de la Procuraduría sobre tales servidores es posible por la condición personal y el vínculo de sujeción especial que tiene el servidor público con el Estado, más no por la naturaleza de la labor que llevan a cabo, porque se reitera hoy, servicio público no puede ser confundido como sinónimo de función pública.

Al encontrarnos en un esquema constitucional que a partir de 1991 permite la participación de los particulares en la prestación de los mismos bajo el esquema de libre competencia, sometidos a un régimen de igualdad donde el Estado puede ser actor prestatario y además en forma independiente a su cargo de regulación, control y vigilancia sobre los servicios públicos.

Para llegar a esta conclusión se tuvo que cambiar de paradigma dada la influencia en nuestro incipiente derecho administrativo de la escuela de servicio público francés, de la visión geopolítica del estado bienestar o intervencionista que guió los destinos de las naciones occidentales a partir de la crisis del 29 y la segunda post guerra, hasta la interpretación extrema de una libertad económica sin frenos, ni contrapesos que se trató de imponer en la década de los 80's del siglo pasado, la cual se deberá considerar hoy morigerada por nuestra visión de Estado social y el principio de dignidad humana.

Es importante presentar en forma muy sucinta la evolución de concepto de función pública en materia de servicios públicos. Desde sus inicios hasta su

consideración actual, según el tratamiento dado por alguno de los tratadistas más renombrados y la judicatura especializada, ya que ellos nos servirá para responder la pregunta, cuándo los particulares son sujetos disciplinables por la Procuraduría General de la Nación, cuándo son prestatarios de servicios públicos domiciliarios y no solo de los señalados en el artículo 366 de la Constitución Política. Porque no hay duda de que los particulares prestatarios de los servicios públicos de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable son disciplinables cuando ejerzan el imperium o poderes propios del Estado, más no por el simple hecho de la prestación del servicio.

Se recuerda que en sentencia C037 de 2003, la Corte Constitucional optó como criterio diferenciador, el del ejercicio de potestades exorbitantes o de imperiums según las cuales el particular que presta un servicio público solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado y éstas sean asignadas explícitamente por el legislador.

El honorable Consejo de Estado, la sección 3°, una decisión con ponencia del doctor Ariel Eduardo Hernández Enríques, al analizar el tema pone de relieve las corrientes principales relacionadas con el alcance y con el contenido de lo que se deberá entender como función pública en materia de servicios públicos de la siguiente manera:

Primero. El concepto se deberá asumir en relación con la función social asignada al Estado. Esto es, la prestación de los servicios públicos implica el ejercicio de una función pública por su vinculación constitucional con la función social del Estado. Los servicios públicos pueden ser considerados una actividad económica pero de ninguna manera se puede desconocer que

el interés general que rodea esas actividades, puede asimilarse al ejercicio de una función administrativa. Bajo esta posición doctrinal, la prestación de los servicios públicos será el desarrollo de una función pública.

Segundo. El servicio público será función pública cuando esté vinculada con parámetros de ponderación relacionados con los fines constitucionales a cargo de las autoridades públicas a diferencia del ejecutado por los particulares que los motiva el interés de lucro. La finalidad de un servicio público es satisfacer necesidades con base en los principios de igualdad, imparcialidad y publicidad, por lo cual para colegir que un particular ejerce funciones administrativas, se requiere previamente que una norma haya establecido que la actividad encargada al particular es una actividad administrativa. Esto es, que se haya encomendado a una autoridad o como dicen algunos tratadistas al referirse a los servicios públicos, que haya sido objeto de una publicación previa.

Bajo esta orientación, dado que la actividad desarrollada por los prestatarios de los servicios públicos se basa en un esquema de libertad de empresa y competencia, solo por vía excepcional se puede asimilar el término servicio público con función administrativa, quedando reservado el concepto de función pública cuando es exclusivamente ejecutado por el Estado.

Por tanto para esta orientación cuando un particular presta un servicio público no se lo puede imputar al ejercicio de una función pública.

Tercero. En materia de servicios públicos se está en presencia de ejercicio de una función pública cuando se manifiesta ésta a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan el general ejercicio de la autoridad inherente al Estado. Como ejemplo, cuando

se ejerce sujeción de dominio frente al usuario, cuando se ejercen facultades especiales para la prestación de los servicios, cuando se aplican prácticas de contribuciones sin subsidios o cuando para garantizar la prestación de los servicios ejercen poderes exorbitantes en sus relaciones contractuales.

Se resaltan en la jurisprudencia del máximo tribunal contencioso administrativo, tres criterios ilustrativos para colegir cuando se está en presencia de una función pública referida a la noción de servicio público para que nos sirva de orientación al tema aquí tratado.

La primera, que todo servicio público implica una función pública; la segunda que solo lo será si dicha actividad le es atribuida en forma exclusiva al Estado, es ejecutado por una entidad pública y requiere publicación previa, y la tercera, según el marco constitucional de 1991, donde el servicio público no constituye una función pública y solamente algunas actividades en donde se emplee el imperium propio del Estado por el operador del servicio, se podrán catalogar de dicha manera.

Más allá de la muy conocida doctrina tradicional de servicios públicos de origen francés como actividad y como organización, hoy se requiere es una nueva conceptualización acorde con el papel del Estado y la incursión de los particulares en labores que le eran propias a principios del siglo XX.

Hoy las actividades que se conocen como servicios públicos se enmarcan en el esquema de libre competencia y regulación estatal bajo el principio de igualdad de los actores prestatarios de los mismos, pero con responsabilidad social ya que es menester asegurar su prestación continua eficiente y universal a todos los habitantes del territorio nacional.

El análisis de los artículos 209 y 366 de la Constitución que regulan la actividad administrativa y la de los intervinientes en la prestación de los llamados servicios públicos regulados por la cláusula general de competencia en cabeza del poder legislativo según las voces de los numerales 1 y 23 del artículo 150 constitucional y en especial, la diferenciación hecha por el artículo 3° de la ley 4 89 del 98 que enseña que los principios de la función administrativa, se aplicaran igualmente en la prestación de servicios públicos en cuanto fuera compatibles con su naturaleza y régimen.

Implican como conclusión ineludible, que la prestación de los servicios públicos no es una función pública pese a que el Estado dentro de su poder regulatorio adopte medidas para garantizar su prestación.

En sentencia 037 de 2003 al referirse el artículo 53 del Estatuto Único Disciplinario que extiende el régimen disciplinario a los particulares que presten servicios públicos a cargo del Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución, concluye que dicho particular por el simple hecho de servicio público no se encuentra sometido al régimen disciplinario, ya que el particular que presta dicho servicio si bien se encuentra sometido a la regulación y control del Estado para asegurar el cumplimiento de los fines que en este campo ha señalado el constituyente, no cumple una función pública objeto del control disciplinario. Esta decisión de la Corte se refiere al servicio público de educación.

Las empresas prestadoras de salud, dice la sentencia de la Corte Constitucional, igualmente están encargadas de un servicio público por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, cuya prestación está

reglamentada, vigilada y controlada por el Estado pero sin que ello signifique el sometimiento de las entidades privadas promotoras y prestadoras de la salud a la ley disciplinaria, en tanto en sí mismas, su actividad no implica el ejercicio de una función pública.

Para los particulares que presten servicios públicos en todos los órdenes incluida en la rama de las telecomunicaciones, hoy señaladas de forma más apropiada como el área de tecnologías de la información y las comunicaciones, en caso de emplear las prerrogativas propias del imperium del Estado amén de la delegación efectuada mediante ley solo en ocasión del ejercicio de tales prerrogativas. Esto es no de las propias del servicio público delegado sino de aquellas potestades inherentes al Estado, como son por ejemplo las potestades de coerción, expedición de actos unilaterales, tipificación de faltas a cargo de los usuarios, cláusulas exorbitantes, uso del espacio público, ocupación temporal de inmuebles, constitución de servidumbres hasta la enajenación forzosa de bienes a favor de servicios, podrán entonces verse sometidos al régimen disciplinario a cargo de la Procuraduría General de la Nación con base en lo normado en el artículo 53 del Código Único Disciplinario cuando se afirma que serán destinatarios de la ley disciplinaria los particulares que ejercen funciones públicas en lo que tienen que ver con ésta.

Textualmente en el artículo 53 del Código Único Disciplinario, al regular el tema establece: el presente régimen se aplica a los particulares que cumplen labores de interventoría en los contratos estatales, a los particulares que ejercen funciones públicas en lo que tiene que ver con éstas y a los particulares que presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución.

Puede ser controversial tal postura pero se recuerda la afirmación del tratadista Juan Miguel de la Cuétara Martínez que señala que un servicio público sin potestades sería un simple servicio al público, por lo que considera la Procuraduría que hoy en día los prestatarios de servicios públicos y servicios públicos domiciliarios, hacen un uso muy cotidiano de las potestades inherentes a la organización estatal en sus relaciones con sus usuarios, que deberán ser revisados en cada caso por los órganos de control público amén de que se involucren o ven afectados fines deberes y derechos fundamentales de los asociados.

Se reitera, la Procuraduría General de la Nación solo es competente para disciplinar a los particulares en los casos expresamente señalados en el artículo 53 de la ley 734 de 2002 cuando ejerzan funciones públicas en lo que tiene que ver con éstas.

No es de extrañar que por parte del legislador se hayan trasladado competencias a las empresas estatales de servicios públicos domiciliarios que revisten verdaderos ejemplos de poder del dominio o del ejercicio de potestades inherentes al ejercicio de funciones públicas, en procura de garantizar cobertura calidad y el bienestar general de la población pero cuyo control es preciso garantizar para evitar efectos contrarios al deseo del constituyente.

Es por ello que todo lo inherente al trámite de peticiones, quejas, reclamos, que tiene una connotación eminentemente atada al derecho público y con ello a todas luces es indicativo de que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cumplen funciones administrativas al tenor de la vía gubernativa que asumen, esto es en cuanto conocen y deciden sobre

peticiones, quejas, reclamos y recursos presentados por suscriptores y usuarios sentencia C558 de 2001 de la Corte Constitucional.

En relación con lo referido al artículo 33 de la ley 142 del 94 en cuanto al uso de espacio público, ocupación temporal de inmuebles, promover constitución de servidumbre, enajenación forzosa de los bienes que se requieren para la prestación de servicios, es preciso notar que tales actos son expedidos por los entes territoriales a instancias de los operadores de servicios públicos domiciliarios y corresponderá a la jurisdicción contenciosa administrativa revisar la legalidad de sus actos y la responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos.

No hay propiamente un ejercicio directo de la prerrogativa de la función pública en los operadores de los servicios públicos en general, solo por parte de los operadores de servicios públicos de origen público en cuyo capital, la nación o sus entidades centralizadas posean el 90% o más incluidos a las empresas de servicios públicos domiciliarios de naturaleza oficial o mixta cuando quiera que cumplan con este porcentaje, si se pregona la competencia y posibilidad de ejercer potestades públicas en cuanto a la constitución de servidumbres y a la enajenación forzosa de inmuebles.

El ejercicio de la función administrativa se observa palmariamente por parte de las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando expiden actos unilaterales como los emitidos en inciso primero del artículo 154 a saber los de la negativa del contrato, la suspensión, terminación, corte de facturación y por supuesto las decisiones de tales empresas al resolver el recurso de reposición que instauran los ciudadanos. Decisiones de autoridad que deberán regirse en el trámite previsto en los artículos 106 a 115 de la ley de servicios públicos.

Según la naturaleza del contrato de servicios públicos domiciliarios, tema en donde la doctrina especializada no ha fijado una postura pacífica para señalar su verdadera naturaleza contractual o reglamentaria, legal u objetiva, pero donde se puede corregir su carácter mixto o si se requiere decir especial, por ser uniforme, consensual, de trato sucesivo, oneroso y de adhesión, da lugar a concluir como de vital importancia los principios de publicidad y contradicción cuyo sentido no será el yusprivatista sino lo fijado en el ámbito del derecho público.

Cuando se realizan actos unilaterales pendientes a menoscabar prerrogativas de los usuarios, estaremos en presencia de un ámbito regulado que interesa a lo público porque el escenario del debate de las relaciones contractuales, usuarios empresas de servicios públicos domiciliarios, es el de las actuaciones administrativas y el de la vida gubernativa especial creada en la ley 142 del 94.

Según las potestades consagradas en el artículo 88 de la ley 142 son las empresas de servicios públicos las entidades competentes para fijar las tarifas por la prestación de servicios públicos, entendiéndose que para estos efectos ellos no actúan como autoridades públicas sino como prestadoras del servicio y que tal fijación no la harán a su propio criterio y libre determinación, sino sometidas a régimen de regulación, el cual podrá incluir modalidades de libertad regulada y libertad vigilada o un régimen de libertad de acuerdo con las reglas determinadas en la citada disposición.

Cuando asumen una posición dominante en el mercado, se da un control directo, el ente regulatorio sobre sus tarifas y deberán someterse a tal regulación. La potestad prevista en el artículo 150 de la ley de servicios

públicos para la empresa de servicios públicos: cobren bienes y servicios no facturados en forma oportuna ya sea por error, omisión o investigaciones de desviaciones significativas frente a consumos anteriores dentro de los 5 meses siguientes a tales eventos, corresponde a un acto de corrección como potestad pública delegada que puede ser objeto de controversias por la vía gubernativa especial e implica un acto reglado de parte de los prestatarios del servicio.

La posibilidad de sancionar a los usuarios en materia de servicios públicos domiciliarios por parte de los prestatarios públicos o privados, por corresponder a la esencia propia de la actividad pública o imperium, exige de autorización expresa por parte del legislador.

Dicha reserva legal en tal tema se debe por el acatamiento estricto al principio de legalidad que rige nuestro Estado de derecho según el cual el legislador fijará los eventos, clases y procedimientos para la imposición de sanciones a los ciudadanos. La ley 152 del 94 señala en forma precisa los eventos y el procedimiento para adoptar medidas sancionatorias en contra de los usuarios consistentes en suspender el servicio por incumplimiento observando el debido proceso por incumplimiento del contrato en condiciones uniformes para lograr el cobro por el servicio consumado y no facturado y el cobro de intereses legales por valores adeudados.

Pero tales prerrogativas no se extienden a la imposición de sanciones peculiares a los usuarios según variación jurisprudencial de nuestro alto tribunal constitucional y menos con base en los reglamentos internos expedidos por los prestatarios del servicio.

A manera de conclusión, puede afirmar entonces que las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios independientemente de su condición estatal o privada, gozan de un conglomerado de derechos, poderes y prerrogativas de autoridad pública que las habilitan para cumplir funciones administrativas que van desde la resolución de las peticiones, quejas y reclamos, hasta la decisión de recursos de reposición, ofreciéndose como en una balanza el acervo de facultades de autoridad pública y el control de auto tutela que se ve complementado con la revisión superior encomendada a la Superintendencia de Servicios Públicos para la culminación de la vía gubernativa.

En resumen, el control disciplinario en las empresas de servicios públicos está resumido en un artículo del Código Único Disciplinario que fue lo único que hice, desarrollarlo, explicarlo y contextualizarlo a través de la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional.

Lo leo para terminar mi exposición: Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica, es decir, el régimen de deberes, inhabilidades, incompatibilidades, extralimitación de funciones, conflicto de intereses; el presente régimen se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas, en lo que tiene que ver con éstas, hay otro sinnúmero de actividades y funciones que no tiene que ver con éstas y por tanto lo ahí acontecido no es sujeto, no es materia disciplinable. La materia disciplinable se concreta exclusivamente a aquellas funciones que se ejercen y que sean del trasunto de la potestad estatal, por eso será sujeto disciplinable quien ejerza funciones públicas, las acá referidas en lo que tiene que ver con éstas y solo con éstas; igualmente a los particulares que presten servicios públicos a cargo del Estado, de las contempladas en el 366 de la Constitución. La Constitución se refiere a la salud, educación, saneamiento ambiental, agua

potable, algunos podrían pensar que lo que se refiere a energía y telecomunicaciones no, pero igualmente está incluido cuando se refiere, cuando indica el artículo que el presente régimen se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas en lo que tiene que ver con éstas, y si en la actividad de energía y telecomunicaciones hay funciones públicas pues igualmente ello es sujeto o es materia disciplinable, cuando los funcionarios en el ejercicio de sus competencias y sus funciones, incumplan deberes, incurran en el régimen de prohibiciones, de inhabilidades, de incompatibilidades.

Muchas gracias.

EFICIENCIA Y RACIONALIDAD EN EL CONTROL A PARTIR DEL ANÁLISIS DEL CASO DE E-CONTROL DE MANIZALES

Doctor Fredy Céspedes

En relación con el tema que nos corresponde sobre el control fiscal a las empresas de servicios públicos domiciliarios vamos a hacer la exposición con cuatro referentes básicos que fueron expuestos inicialmente por el doctor Rafael Lafount y el doctor Humberto Sierra Porto, sobre la existencia de dos líneas constitucionales en relación con el neoliberalismo, la intervención del sector privado en la prestación de servicios públicos y el cumplimiento de los postulados constitucionales del Estado Social de Derecho.

Nos decía el doctor Humberto Sierra, cómo la labor del operador jurídico y en este caso de las contralorías territoriales y la Contraloría General de la Republica, es lograr un punto de equilibrio en el cual se pueda hacer una vigilancia y un control fiscal garantizando los principios del Estado Social de Derecho, tales como la solidaridad, la igualdad, una cobertura y el tema nuevo que nos exponen hoy sobre el mínimo vital que se debe garantizar a los ciudadanos para la satisfacción de sus necesidades básicas.

Ese Estado Social de Derecho se confronta con el ánimo privado de las empresas de servicios públicos, con el ánimo de lucro dentro de ese concepto de neoliberalismo donde la Constitución Política permite que la iniciativa privada, preste servicios públicos. En ese concepto, en esa confrontación entre dos principios constitucionales, se debe lograr un equilibrio a partir del cual el ejercicio del control fiscal permita el cumplimiento del ánimo empresarial de las empresas de servicios públicos domiciliarios, pero a su vez se procure y se garantice que se le preste a la ciudadanía y en

especial a la población menos beneficiada, la prestación de un servicio público de manera suficiente para la satisfacción de sus necesidades y como lo vimos hoy, garantizar un mínimo vital para su subsistencia.

Ese es el primer referente dentro del cual consideramos importante generar unas líneas conceptuales y metodológicas sobre el alcance que tiene el control fiscal de las contralorías a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

El segundo referente que se enmarca dentro del contexto de este panel de la seguridad jurídica, es que no existen unas líneas unificadas para el ejercicio del control fiscal en las contralorías, de tal manera que la Contraloría General de la República podrá tener una metodología y cada una de las 62 Contralorías, podrán también adoptar otras metodologías dentro de su autonomía constitucional y legal para ejercer vigilancia.

Ahí surge la situación bien especial para las empresas de servicios públicos respecto de los cuales no tiene unas reglas especiales mediante las cuales las contralorías las vigilan. Ahí es donde nosotros queremos generar una propuesta de unificación y de generación de unas líneas claras para que las empresas de servicios tengan definido previamente cuál es el alcance de ese control fiscal que se realiza por parte de las contralorías, dependiendo de si hay o no hay patrimonio del Estado, depende los porcentajes que existan y depende de cada una de las líneas de servicios públicos que presten.

El tercer referente es la necesidad de que exista una política pública de control fiscal frente a los servicios públicos situación doctrinal respecto de la cual queremos asumir en la Auditoría General de la República el liderazgo para la consolidación de estas metodologías unificadas que permitan el

ejercicio de un control fiscal garantizando los dos postulados constitucionales que acabo de manifestar.

El cuarto referente es, qué es la auditoría y cómo puede la auditoría servir de integrador o de unificador respecto a estas metodologías. La Auditoría General de la República constitucionalmente está creada para la vigilancia de las 63 contralorías pero además de la vigilancia, tiene una labor legal de coadyuvar al fortalecimiento del control fiscal. Dentro de esa coadyuvancia estamos trabajando para efectos de apoyar aquellas contralorías pequeñas que no tienen unas metodologías sólidas y se hacen unos procedimientos, unos protocolos, unas vías unificadas de cómo se hacen algunos ejercicios auditores y son entregadas a las contralorías para que ellas de manera voluntaria y respetando su autonomía constitucional, las puedan adoptar.

En ese contexto, con la Contraloría de Manizales, se ha elaborado una primera propuesta de cómo hacer un control fiscal a las empresas de servicios públicos domiciliarios para efectos de seguirla trabajando, la segunda propuesta la tenemos con la contraloría de Bogotá para diseñar un instrumento de cómo hacer control fiscal a las empresas de servicios públicos y la seguiremos consolidando para entregarla a las contralorías y obviamente siempre garantizando que haya una unificación de criterios.

La Auditoría General valoró la inquietud existente por parte de los operadores de empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la necesidad de poseer un método especializado, estandarizado y normalizado de auditoría para este tipo de entidades especiales, que sirviera de soporte para evaluar los resultados de su gestión fiscal.

Lo anterior a que solo algunas contralorías han establecido procedimientos que le dan alcance a reglas especiales de un control fiscal de naturaleza empresarial debidamente proporcionado y eficaz, lo cual podría conllevar a que estas empresas se les generen desgastes administrativos, dificultades en la consecución del mejoramiento continuo, etc., ante la ausencia de estos parámetros por parte del control fiscal.

Realizado el diagnóstico, se concluyó que existe enfrentamiento de criterios y duplicidad de programas de auditoría enmarcados en las diferentes metodologías que aplican cada una de las entidades del Estado que en cumplimiento de su deber legal y constitucional ejercen vigilancia sobre dichas empresas.

Así encontramos por ejemplo las metodologías de las Superintendencias, las metodologías de las auditorías internas y obviamente la metodología de las auditorías externas que conllevan que estén sometidas este tipo de empresas a diversas modalidades o parámetros para el ejercicio del control fiscal.

El nuevo sistema que se está proponiendo, la nueva metodología la nueva estrategia, pretende hacer más efectivo y eficiente el ejercicio del control fiscal, por tanto las contralorías pueden sin ceder espacios respecto a sus facultades constitucionales y legales que les da autonomía, crear mecanismos de coordinación bajo su dirección y parámetros metodológicos de trabajo con la revisoría fiscal, con la auditoría interna y con la auditoría externa de las empresas de servicios públicos.

Esta metodología surge como consecuencia de un análisis especial en donde se construyen unos protocolos básicos que van a ser expuestos y que están fundados en los siguientes postulados:

Primero. La gestión empresarial estatal en donde las empresas de servicios públicos domiciliarios deben competir en igualdad de condiciones con los demás operadores que participan de su mismo mercado.

Segundo. El riesgo empresarial razonable en donde la prestación de los servicios públicos domiciliarios bajo el esquema de las leyes 142 y 143 de 1994, conllevan que tenga que asumir riesgos comerciales, financieros, jurídicos y tecnológicos que el Estado debe y puede razonablemente asumir.

Tercero. La planeación empresarial dinámica en donde los planes de negocios y en general las previsiones comerciales, técnicas y financieras en las que se apoya el desarrollo empresarial de una empresa de servicios públicos domiciliarios son referentes, que aunque técnicos, no son ni exactos ni inamovibles.

Cuarto. La gestión empresarial integral para los efectos de evaluar la gestión fiscal y en especial el daño fiscal, la gestión empresarial que debe ser evaluada integralmente y no de manera aislada por instancias, procedimientos, eventos y proyectos específicos.

Bajo estas cuatro premisas, se considera que el control fiscal que se aplica a las empresas de servicios públicos no puede tener, el mismo referente, el mismo resorte y la misma connotación que se aplica a las demás entidades del Estado, a los ministerios, a un colegio, a una entidad descentralizada etc., si no que tiene que tener una metodología específica.

Hoy la Auditoría quiere hacer esta propuesta, que la metodología se inicia con la contraloría de Manizales, que puede continuar con la Contraloría de Bogotá y que se puede ampliar a otro tipo de contralorías que quieran vincularse al proyecto para efectos de elaborar una metodología única. Cuáles son las tareas:

Primero, tendríamos que continuar con la segunda prueba con la Contraloría de Bogotá. Segundo, tendríamos que coordinar con la Contraloría General de la República que tiene la facultad constitucional de armonizar las normas de control fiscal, y tratar de elaborar un proyecto unificado para efectos de que tanto la Contraloría General como las contralorías territoriales tengan una metodología única.

Para esos efectos haremos las conversaciones con la Contraloría General quien ya tiene una metodología que iba a exponer hoy, por razones de fuerza mayor, el Contralor General no pudo asistir, pero consideramos que ese tipo de metodología se debe analizar dentro del contexto tanto del control fiscal nacional como del control fiscal territorial, para efectos de unificar esos procedimientos.

Una vez realizadas esas actividades, elaboraremos una guía metodológica y la entregaremos para que las contralorías que la consideren importante adoptarla, la puedan aplicar garantizando el objetivo de este panel que es la seguridad jurídica en cuanto a la función que adelantan las contralorías.

Muchas gracias.

Gustavo Castañeda, Contralor de Manizales

La Contraloría de Manizales consciente de la necesidad de la estandarización de una metodología para el proceso auditor, se dio a la tarea de construir un referente que sirviera de soporte para que los procesos de monitoreo y supervisión sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios tuvieran un grado de especificidad de acuerdo con los lineamientos especiales que tienen este tipo de entidades.

Como lo decía el doctor Freddy, ésta es un versión 1.0 susceptible de ajustes, es una propuesta que se está haciendo, toda vez que hemos visto cómo de manera indiscriminada se aplican diferentes métodos de auditaje a las diferentes empresas de servicios públicos domiciliarios sin tener esos estándares referenciadores que sirvan de soporte y que den una garantía de seguridad jurídica para todas las entidades que están siendo auditadas.

Nuestra propuesta la trabajamos con la empresa Aguas de Manizales, que sirvió de entidad piloto para hacer una referenciación de todo el marco normativo exigible y aplicable para este tipo de empresas, las cuales requieren de una especificidad normativa en su aplicación, es decir, cualquier proceso de auditoría no hace otra cosa que comparar si las cosas que dijeron que iban a hacer se están haciendo de manera adecuada y de acuerdo con los lineamientos de eficiencia, eficacia, economía y equidad.

Bajo este precepto la Contraloría compiló con la coadyuvancia de todos los expertos de la empresa de Aguas de Manizales, todo el marco normativo que le es aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios y determinó como referente exigible para realizar cualquier proceso auditor, iniciar con un entendimiento del negocio. Cualquier equipo de auditoría que llegue a una

entidad de servicios públicos, tiene que iniciar con reconocer de manera clara, concreta y precisa, qué tipo de entidad es, qué estrategia metodológica de gestión tiene implementada, reconocer cuáles son sus procesos misionales, cuáles son sus procesos de apoyo, identificar los ciclos y procesos operacionales que debe tener, es decir tener una plena y total claridad transversal sobre la entidad antes de empezarla a auditar.

Consideramos absolutamente improcedente cuando se inician estos ejercicios de auditoría sin un reconocimiento claro de la entidad, de quién es, de qué hace, cuáles son los marcos exigibles, cuáles son los marcos normativos, y se propone un análisis transversal al proceso iniciando por la fase de planificación, lo cual a nuestro juicio es un elemento sustantivo para verificar que el proceso y la actividad misional que viene desarrollando la entidad se encuentra debida y adecuadamente sustentada en una planificación que le va permitir alcanzar con una mayor probabilidad de aceptabilidad los objetivos diseñados.

Hay unos postulados básicos que se deben tener en cuenta para este tipo de empresas como son la gestión empresarial estatal. Ustedes las empresas de servicios públicos domiciliarios, tienen una dinámica particular como empresa de servicios, que debe ser tenida en cuenta. El riesgo empresarial, el manejo y el análisis de aquellas situaciones o factores que pueden incidir y que pueden generar un impacto negativo en el alcance de los objetivos institucionales. La planeación empresarial dinámica, la necesidad de que todas las organizaciones que maneja el sector requieren de una permanente y dinámica planificación a efectos de estar ajustando, afinando y optimizando sus procesos y la utilización de las TICs.

Nosotros como Contraloría de Manizales, hemos diseñado una serie de instrumentos que nos permiten hacer un control posterior inmediato sobre las diferentes actividades que viene desarrollando la entidad. Para el efecto se diseñaron dos software, uno que se llama el software COBRA, que hace un control a la obra pública en línea y en tiempo real, monitoreando a través de la web la ejecución de todos los contratos y verificando el grado de ajuste a la planificación determinada.

Bajo ese instrumento hemos podido entregar insumos, incluso a la misma entidad para que ella a partir de ese control y ese chequeo, tenga esa posibilidad de estar verificando cómo se están ejecutando estos procesos contractuales específicamente para la obra pública. De manera simultánea se creó otro software que se llama SIVICOS sistema integrado de vigilancia y control social, donde la ciudadanía tiene la capacidad de estar observando y monitoreando la ejecución de los diferentes contratos, teniendo en cuenta una información útil, pertinente y oportuna sobre la ejecución que se vienen desarrollando.

Nosotros presentamos una primera matriz donde hacemos toda la compilación como les estaba diciendo de todos los marcos normativos que tienen las empresas de servicios públicos domiciliarios. El negocio misional o lo que tiene que ver, hicimos una clasificación del tipo de empresa que se va auditar, si es una empresa 100% oficial, si es una empresa industrial y comercial del Estado, si es una empresa mixta que tiene participación accionaria entre el 50 y el 90%, o una empresa privada con una participación accionaria de lo público inferior al 50%.

Se desarrollaron todas las normas que le son aplicables y el auditor cuando llega a realizar o a iniciar este proceso de auditaje, hace una primera

ubicación en todos los tópicos, en la parte misional, en la parte contractual, en la parte financiera, en la parte presupuestal, en lo que es aplicable, en la gestión de talento humano, en la gestión de control interno, en los sistemas de gestión de calidad, en las técnicas de la información y comunicación en las TICS, o sea reconoce todas las normas que se pueden y que se le deben aplicar.

Ese es el primer momento de verdad que tiene el auditor, no solo entender el negocio si no reconocer, cuáles normas son aplicables. Estamos tratando de evitar con esto, que haya auditores que apliquen normas que no se le apliquen a la empresa y finalmente generen hallazgos que para ustedes se les vuelve un desgaste tratando de hacerle entender al auditor que esa norma no se le aplica. Entonces se genera todo un proceso de desgaste por una mala planificación y ubicación de los criterios o referentes auditores que son exigibles.

El primer momento de verdad es que se ubiquen, el auditor y la entidad auditada, qué me aplica y qué no me aplica, qué se me va a exigir y qué no se me va a exigir. Cuando ya se tenga un reconocimiento claro, ya vamos a tener un gran camino avanzado, una alta probabilidad, acertabilidad y una disminución del riesgo de equivocación que se tengan en los procesos auditores. Este es el primer elemento, esto fue una construcción colectiva que se hizo con los jurídicos, todo el equipo jurídico de la empresa Aguas de Manizales y de la Contraloría de Manizales y tenemos una matriz que ya está colgada en nuestra página web que va a servir de soporte para hacer esa primera ubicación conceptual.

Una vez terminado ese proceso de ubicación conceptual, se generaron y se desarrollaron una serie de variables que van a servir de insumo para evaluar la gestión fiscal.

En este momento las empresas de servicios públicos domiciliarios tienen o están siendo auditadas bajo una modalidad de auditoría gubernamental con enfoque integral donde se emite un concepto sobre gestión y un dictamen sobre la razonabilidad de los estados financieros. En el concepto sobre gestión es donde nosotros hemos tenido nuestra particular dedicación por que para muchas entidades no es claro, cómo se está emitiendo el concepto de gestión por parte de los entes controladores.

Cuando se está diciendo si es eficiente, si es eficaz, si es económico y equitativo, esas valoraciones no siempre están debidamente soportadas en un acervo probatorio que le sirva de aval para garantizar la transparencia y la objetividad en el auditaje que se está realizando.

Se tomaron ocho variables que se van a analizar, una primera que tiene que ver con el negocio misional para reconocer por parte del ente de control, el grado de adecuación y ajuste que tiene la entidad a las exigibilidades normativas. Posteriormente se hace una evaluación del sistema de control interno, para reconocer vía pruebas de cumplimiento, el grado de ajuste que tiene la entidad a los controles que le son exigibles y le son aplicables. Se hace una valoración del cumplimiento del plan de mejoramiento, para el efecto, nosotros estamos haciendo una propuesta que creemos, es absolutamente importante y es buscar una compilación de todas las observaciones que le han hecho a las diferentes empresas de servicios públicos, todos los agentes de control que tienen. Ustedes tienen, control interno, contraloría externa de la contraloría, auditorías externas, revisores

fiscales, auditorías internas de calidad. Tienen mínimo cinco controles y qué es lo que está pasando hoy, esos cinco controles ni se hablan, no hay una interacción, no hay una comunicación y muchas veces la entidad se tiene que ver obligada a hacerle planes de mejoramiento a cada uno de esos entes de control interno y externo que los están auditando, generando retrocesos, generando desgastes y generando muchas veces actividades que en vez de dinamizar el proceso propio de la entidad, lo obstaculizan lo frenan.

Estamos proponiendo un sistema unificado de control gubernamental donde todos los actores de control interno y externo, tengan una comunicación sincrónica que sin perder las autonomías y las discrecionalidades, le permitan a la entidad tener unos informes con mayor alcance, con mayor profundidad y unos planes de mejoramiento unificados, es decir, no tener un plan de mejoramiento por cada actor de control que lo solicita. De esa forma va a tener una mayor posibilidad de acertar, se van a disminuir la gran cantidad de informes que se tienen que generar y se va a tener una unidad procedimental para efectos del control que realizan unos y otros.

Bajo esos preceptos pues se le generan y se les entregan unos porcentajes de calificación de acuerdo con la ley, si la oficina de control interno o el revisor fiscal ya hizo una observación, por qué los entes de control y para qué tienen que volver a observar y volver a hacer pruebas para hacer la misma actividad o llegar a la misma conclusión que ya llegaron. Qué es lo que está pasando hoy en día.

Las auditorías que demoran 5 y 6 meses en una entidad, se pasan gran cantidad de tiempo volviendo a revisar lo ya revisado, lo que debe hacer el agente de control es verificar las observaciones que ya se entregaron y si

están obviamente debidamente capturadas, pues compilarlas y solicitar un solo plan que dé respuesta y ajuste las deficiencias que eventualmente se hayan presentado.

De esa forma se mejoran los alcances, de esa forma se tiene una mayor interacción y se da un valor agregado cierto a las entidades que van a entrar a realizar y a desarrollar las acciones de mejor a través de un único plan de mejoramiento. Hay unos procedimientos para cada una de las variables que nosotros estamos marcando, los cuales se encuentran fundamentados en los criterios que inicialmente nosotros referimos, es decir, para efectos de adecuación misional, para efectos de análisis contractual, se establece cuáles son las normas exigibles, cuáles son los criterios aplicables y se marca un procedimiento que le permite al auditor seguir paso a paso el procesos en un proceso posterior y selectivo, que va a mejorar la probabilidad de aceptabilidad, reducir los tiempos de auditoría y tener unos informes mejor sustentados, mejor soportados y mejor avalados de forma tal que cuando se garantice el debido proceso al ente auditado, se tenga una claridad de cuál fue el marco normativo eventualmente transgredido y que la empresa entre a ajustar, a afinar esas deficiencias.

Para cada modelo, para cada una de las variables, se tiene un procedimiento, la evaluación del sistema de control interno la generamos mediante ambiente coso, en donde tenemos un esquema de auditaje que permite reconocer en la entidad cuál es el ambiente de control que se posee, cuáles son los compromisos, los protocolos éticos, los principios y los valores como base fundamental para reconocer un ambiente optimo y adecuado de transparencia de responsabilidad y objetividad.

Analizamos la valoración del riesgo, cómo las entidades están valorando el riesgo. Los entes de control no los entendemos como aquellos que están sentados esperando a ver dónde se equivoca la entidad, haciendo solo un control correctivo represivo y policivo, sino un ente de control propositivo coadyuvante, donde sí se puede advertir un riesgo, si hay una adecuada valoración de riesgo, debe generar una función de advertencia que llame a la entidad y les diga: Cuidado! Tome medidas, ahí hay un riesgo que puede impactar de manera indebida la gestión fiscal y hacerla ineficiente o ineficaz.

Entonces para nosotros es absolutamente sustantivo e importante la valoración del riesgo, cómo la empresa está valorando el riesgo, cómo la empresa está valorando la planificación y dentro de la planificación qué instrumentos se utilizan para mirar aquellas situaciones que pueden impactar indebidamente el alcance de un objetivo. Muchas empresas tienen deficiencias en la valoración de los riesgos y por consecuencia después tienen impactos indeseados por la carencia de distinguir o analizar o contextualizar aquellas situaciones que pueden impactar indebidamente el alcance de los objetivos.

Después miramos, cuáles son los instrumentos de control que tiene implementada la entidad para contrarrestar esos riesgos que ya ha visualizado. Esa parte de evaluación del sistema de control interno, nos dan una seguridad en cuanto a los criterios que están sirviendo de soporte a las entidades para optimizar los controles y garantizar una eficiente y una alta probabilidad de esa estabilidad en el alcance de los objetivos.

Miramos los criterios de información y comunicación, cómo la empresa se está comunicando y está informando las diferentes directrices y parámetros que se vienen desarrollando. Sacamos un procedimiento para hacer esa

evaluación y le damos una ponderación a esos análisis que se realizan para valorar y conceptuar sobre la calidad del sistema de control interno que es exigible que lo entes de control de acuerdo con el artículo 209 y 269 específicamente de la Constitución, se establece esa obligatoriedad: Conceptué si la empresa tiene adecuados instrumentos de control que le garanticen tener una mayor probabilidad de aceptabilidad en el proceso.

Hay un procedimiento para este proceso en el marco normativo referente al talento humano también se hacen análisis de talento humano, cómo se está valorando y evaluando la competencia de parte de las personas encargadas de garantizar el adecuado cumplimiento de los objetivos misionales. Se hace un análisis transversal de las competencias vistas desde la óptica de la educación, la formación y la habilidad y la experiencia que le está entregando la empresa a sus funcionarios para garantizar con una mayor probabilidad de aceptabilidad el alcance de los objetivos.

Hay un procedimiento y unos factores de ponderación para esta variable, tenemos la variable contractual, donde analizamos no solo el ajuste normativo sino el alcance de los objetivos de los contratos suscritos. Se les da una ponderación para después tener la capacidad de conceptuar si la gestión contractual fue eficiente, eficaz, económica y equitativa.

En síntesis, cada elemento que se analiza hay un procedimiento basado en un marco normativo y hay unos factores de ponderación que dan garantías a todos los actores que están siendo auditados o auditando de que haya unas reglas de juego unificadas y estandarizadas y que cuando se emita un hallazgo o una situación atípica, haya una clara sustentación y haya una seguridad jurídica que garantice a todas las partes, que el hallazgo tiene la consistencia, la firmeza que es exigible y evitar lo que en muchas ocasiones

puede pasar, que los hallazgos no tiene ese soporte, no tienen ese respaldo jurídico y se generan unas controversias que muchas veces pues debilitan también las mismas organizaciones que están auditadas cuando se generan o se emiten informes indebidamente sustentados o soportados en unas bases legales y en unos acervos probatorios que tengan la suficiencia, la pertinencia y la conducencia requerida.

Estamos proponiendo unos referentes que le sirvan al auditor y al auditado para tener reglas claras en el juego y en el proceso de auditoría, siempre ajustado a los marcos normativos exigibles. Como lo decía el doctor Freddy, no es posible que una entidad sea auditada igual, una empresa de servicios públicos como se audita un colegio o se audita un hospital, o se audita una secretaría de despacho. Ustedes tienen unos entornos específicos, tienen unos marcos normativos especiales que ameritan tener unos procedimientos especializados para el ejercicio del control.

Aquí están los procedimientos para evaluar, entramos a hacer una evaluación igualmente de la gestión presupuestal y financiera. En esa parte hacemos un análisis transversal sobre la eficiencia de la gestión financiera, sobre los instrumentos que se están utilizando para planificar la parte o el manejo financiero de la empresa, el presupuesto de ingresos, el presupuesto de gastos, el presupuesto de inversión de acuerdo con lineamientos de ley 115 en los artículos que le son exigibles. Hacemos un análisis obviamente de los indicadores que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios les aplican para la gestión de las entidades y hacemos un análisis del EBA y el EBITDA, instrumentos que son importantes para reconocer si financieramente la empresa está generando unas dinámicas que le van a permitir alcanzar con una mayor probabilidad de acertabilidad sus objetivos misionales debidamente apalancado financieramente, es decir que estamos

contemplando todos los elementos, siempre estamos sustentando, cada elemento que evaluamos tiene un respaldo probatorio que le sirve de base para garantizar un informe transparente, un informe objetivo, un informe que dé plena garantía a todas las partes, de transparencia, responsabilidad y objetividad.

Seguidamente se presenta para cada una de las variables, cómo es el paso a paso, cuáles son las diferentes dinámicas que tiene que desarrollar el auditor y de esa forma, creemos nosotros, ustedes empresas de servicios públicos domiciliarios van a atener esa seguridad que reclaman al momento de ser auditados.

Esto es una propuesta en construcción, es una propuesta que le presentamos a nuestros colegas contralores para que lo revisen. Como lo decía el doctor Freddy, se requiere una política pública de control fiscal, no se puede seguir con esa anarquía de metodologías y procedimientos que se están utilizando para ejercer el control y este es un ejercicio que a nuestro juicio va empezar a abrir camino en este proceso de garantizar con plena y total certeza, unos informes que den valor agregado a la entidad, porque lo que se aspira con este tipo de metodologías, es que la entidad se nutra de la información que están generando estos informes de auditoría, para mejorar su desempeño, para que tenga elementos que le permitan optimizar su gestión y que no sean unos debates que muchas veces terminan no siempre bien en ese proceso de tratar de desvirtuar cosas porque estuvieron mal capturadas, estuvieron mal reveladas o estuvieron indebidamente generadas en los procesos auditores.

Queremos informes de auditoría con valor agregado, con planes de mejoramiento unificados donde todos los actores de control converjan en un

sistema unificado de control que permita que la empresa justifique, claramente la inversión que tiene que está haciendo en control, porque es que adicionalmente ustedes tienen que pagarle a todos los que los controlan, porque el revisor fiscal paga, la cuota de auditaje a la Contraloría hay que pagarla, todas esas auditorias hay que pagarlas. Estamos buscando que ese valor económico que ustedes invierten, se revierta en una mejor información para tener ese proceso y esa posibilidad de mejora continua pues que es la razón de ser de todos los entes de control.

Esa es la propuesta que trae la contraloría de Manizales en un protocolo que ya lo pueden ustedes revisar en nuestra página www.contraloriademanizales.gov.co donde hay un desarrollo meticuloso de cada una de las fases. Es una primera propuesta a mis compañeros contralores, susceptible de ajustar, de afinar; ya hay una propuesta de hacer una segunda validación con la Empresa de Energía de Bogotá donde se va a hacer con la Contraloría del distrito de Bogotá, otro escenario para buscar como lo decía el doctor Freddy, consensuar con el señor Contralor de la República, un método único de auditaje para las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Este método se sustentó y se soportó en el método de auditoría que en este momento tiene generada la Contraloría General de la República y que fue dispuesta mediante el audite 4.0 en el entendido de que ellos, Contraloría General de la República, son los normalizadores y estandarizadores del proceso auditor en Colombia por disposición constitucional.

Todo lo retomamos a partir del audite 4.0 que se traducen en las normas de auditorías gubernamentales para Colombia. Nosotros esperamos que estos primeros ejercicios que obviamente en el municipio de Manizales ya se

empiezan a aplicar, sirvan de referente para que de una vez por todas tengamos esa unidad de criterio y maximicemos el servicio de control, el cual debe ser útil para mejorar, como decía anteriormente, el desempeño de las entidades.

Muchísimas gracias.

Doctor Álvaro Franco, Gerente de Aguas de Manizales

En estos últimos cinco minutos de charla que nos quedan, quiero aportarle a la propuesta que está surgiendo, como gerente de Aguas de Manizales, y obviamente como empresa piloto que ha estado en este importante proceso que ustedes acaban de ver, presentado por el señor de la Auditoría y por el señor contralor, las bondades que para nosotros está teniendo este proceso y como ya he oído hablar, ese nombre de los operadores y de los que a diario tenemos que atender y trabajar de la mano de las contralorías o de las ías, con el desgaste que esto ocasiona, vamos a ver ya este proceso materializado con unas aplicaciones importantes para nosotros.

Realmente el trabajo nace de una intención que tiene la contraloría de mejorar los procesos de control, pero también de una intención que tiene la empresa operadora, en este caso Aguas de Manizales, de que realmente se le monitoree, se le audite y se le controle bajo la normatividad que nos aplica a nosotros. Era totalmente lamentable, demorado, aburridor y fuera de eso desgastante cuando nos estaban auditando temas que solo tenían que ver con una secretaría de despacho o con un ente territorial. En tiempos pasados, cuando nos auditaban sobre una normatividad que no nos aplicaba y salía un hurgo de hallazgos supuestamente, que al final todos lográbamos obviamente contestarlos y retirarlos del informe final de auditoría. Pero eso generaba inconvenientes no solo para la operatividad de la empresa, no solo por el desgaste de estar sustentándolo cada uno de ellos, sino los que tenemos que ir a los Consejos Municipales a darle claridad a un Consejo de por qué ese hallazgo no aplicaba y qué fue lo que pasó para la explicación del mismo.

Este tipo de cosas nos ponen a conversar a la Contraloría, con lo que es su obligatoriedad de la auditoria que le tiene que hacer a la empresa de servicios públicos, con el normograma que nos aplica a cada uno de nosotros y las particularidades que les explicaba muy bien el señor contralor y que si ya nos vamos a regir por ese protocolo, no vamos a tener que padecer y sufrir este tipo de situaciones que desgastaban y se enmarcaban dentro de una aparente ineficiencia o incumplimiento de la empresa pero que simplemente era una normatividad que no estaba acorde con lo que era su gestión.

En las bondades hay varias, entre ellas un desarrollo de actividades de prontitud al interior de la empresa con objetivos específicos. Esto es muy importante, ya hoy en día en Aguas de Manizales estamos haciendo un ajuste en nuestros protocolos y seguimientos y centrándonos en lo que son las variables que acabamos de establecer, para poder monitorearlas en tiempo real.

Ese monitoreo permanentemente, los planes de mejora, todos estos ajustes los hacemos con control interno, quien los está monitoreando, socializando y llevando a feliz término, trabajando de la mano con la Contraloría. Por lo tanto se vuelve un trabajo de sumatoria de esfuerzos, facilita mucho más el trabajo de control y toda la estandarización de los procesos de monitoreo al interior de cada una de nuestras empresas.

Hacemos ya unas auditorias con criterio, censuados en lo legal, en lo organizacional, en el cliente y en la calidad. Ya las auditorías y pre auditorías las comenzamos a implementar bajo la normatividad que se está haciendo y el protocolo que acaba de mostrar la Contraloría de Manizales.

Hay mayores alcances en los procesos auditores, nosotros tenemos infinidad de ías que nos están visitando, o revisorías o auditorías externas y como ya hay un protocolo, ya estos van a venir centrados. La mayoría de las variables concluyen en ello y ya tenemos cómo sentarnos con ellos a explicarles cómo está el protocoló, cómo se va llevando la normatividad y si en algo no estamos cumpliendo, cómo se está adelantando el plan de mejora para poder llevarlo a cabo.

Un tema muy importante es el tema financiero en las empresas de servicios públicos, el cual es muy diferente al tema de los entes territoriales y en eso a veces se nos complicábamos para explicar por qué una utilidad neta había bajado, por qué no se había ejecutado la totalidad de los costos y gastos de la empresa. Si sabemos que un secretario de despacho o un ministro sino ejecuta su presupuesto obviamente tiene una calificación deficiente o tiene unos parámetros establecidos, pero si nosotros podemos hacer cumplir nuestro objetivo, con la menor aplicabilidad de recursos posibles, es decir hacemos más con menos, obviamente somos más eficientes y a veces eso en ciertas contralorías no lo miden y nos hacen un hallazgo porque no hemos hecho una ejecución total de presupuesto de costos y gastos.

Eso no aplica para una empresa como la de nosotros, porque estamos en un mercado de libre competencia, porque somos una empresa común y corriente compitiendo, esto es lo que nos está llevando a este tipo de irregularidades que no son aplicables. Por lo tanto en los ajustes que estamos haciendo a estos protocolos, nos estamos realmente beneficiando. Estamos como gerente de la empresa y como staff administrativo y directivo, monitoreando en tiempo real, con el control interno, con las alarmas puestas en cada uno de los 8 procesos como ya lo habíamos visto, misionales, contractuales, de talento humano, tecnológicos, en fin todos los que también

aplican para el tema de la empresa y estamos también adelantando unas mejoras considerables y permitiendo que la agilidad de los procesos se dé.

Era inconcebible tener auditorias ordinarias gubernamentales de 5 y 6 meses en la empresa, donde a uno se le va la mitad del tiempo atendiendo los informes que le está pidiendo la Contraloría. Obviamente pasan situaciones difíciles, hay un caso puntual, pero era simplemente porque no se tenía parametrizado éste y no se tenían unos normogramas establecidos.

Ese es el gran aporte que nosotros estamos viendo para esta herramienta, por eso nos hemos prestado como un piloto, por eso la estamos llevando, desarrollando y perfeccionando y esto nos está brindando muchos beneficios para nuestro proceso. Ya el control es en tiempo real, podemos monitorear nuestras inversiones, nuestra relación con la comunidad en tiempo real y eso es lo más importante. Se han desarrollado dos herramientas muy importantes para nuestras empresas, como son el sistema COBRA que es el seguimiento que se le hace a la obra pública y el de SIVICOS que es el de interactuar con la participación ciudadana para que nos ayuden a monitorear y a controlar las inversiones que se están dando.

Dentro del sistema COBRA, tenemos en Aguas de Manizales todas las obras y las inversiones que se están haciendo en obras públicas, cargadas en este software. Un software que es de acceso a la comunidad, se carga a través del link de la página de la Contraloría o un link en la página de Aguas de Manizales para subir al sistema y poder monitorear cómo van las obras.

Aparece visualizado el proceso en la página web, donde se observan cada una de las obras, está con unos alfileres en el mapa de Manizales, qué obra se está llevando a cabo. Así que la comunidad puede acercarse al software y

pinchar en uno de los punticos de alfiler que están ahí e inmediatamente le aparece el nombre de la obra, dónde está, quién la contrató, quién es la interventora, cuánto se está invirtiendo, cuál es el desarrollo, qué dirección tiene, un resumen semanal de cómo avanza la obra y obviamente la posibilidad de estar interactuando con la empresa y con la contraloría cuando algo no se esté dando, esté funcionando mal o cuando la obra no se está ejecutando. Igualmente dentro de ese link pueden dar un vistazo en las fotos y en el video de cómo está quedando la obra, en qué porcentaje de ejecución va, versus la proyección que tiene la obra.

A través de esta herramienta se pueden monitorear los líderes de cada comuna y comunicarse con nosotros cuando algo está funcionando mal o cuando tienen alguna inquietud y nosotros a través de la oficina de control interno, inmediatamente arrancamos con los comunicados y con la trazabilidad de la operación para mirar cuál es el problema que se está presentando. No esperamos a que la obra quede mal para que nos inicien una investigación por un posible detrimento patrimonial, por una obra que ha sido ineficiente, sino que en tiempo real nos podemos dar cuenta y tomar los correctivos de la mano con la contraloría para que el contratista responda y se tomen los correctivos del caso.

Todo este proceso que se está haciendo acompañado de estas importantes herramientas tecnológicas, es lo que nos lleva hoy a tener un mayor control y un monitoreo para nosotros los ordenadores del gasto y los gerentes, para estar seguros de lo que se está cumpliendo y cómo se están haciendo las cosas sin tener que esperar a que se finalicen las inversiones y las obras y tener ya los problemas.

En cuanto al tema de vigilancia y sistema de control social, esto ya aplica para otro tipo de contratos de la empresa, la compra de un equipo o una tecnología para la empresa, efectuar actividades con la comunidad. Aquí igualmente se registra el ciudadano, la contraloría tiene identificados por comuna unos SIVICOS que los denomina, que les tiene un pago para que entren a este tipo de herramientas y puedan dejar ahí sus datos, de dónde está el contrato, cómo se está llevando a cabo el mismo, dónde consideran que no se está ejecutando bien y obviamente nos hagan un llamado. La Contraloría haría un control de advertencia y nosotros tomamos los correctivos del caso.

Para resumir el tema, es un proceso interesante, armónico, es un proceso de cambiar el tema de los controles policivos y correctivos a controles proactivos, a relaciones proactivas, a relaciones de construir y trabajar por un mejor bienestar no solo de la ciudad sino de las empresas prestadoras de servicios.

Es una invitación que les hacemos, esto lo vamos a seguir ajustando, lo vamos a seguir trabajando, vamos a seguirlo socializando por las regiones y algunas de las contralorías que los acompañan a ustedes.

Necesitamos este tipo de herramientas para poder hacer un mejor uso de nuestros recursos y lo más importante, que lo podamos brindar nosotros como ordenadores del gasto público, para evitar mayores dolores de cabeza a futuro y obviamente generar una mayor eficiencia en nuestros resultados y en nuestras gestiones.

Muchas gracias.