

# Constitución política y servicios públicos domiciliarios: dos modelos de Estado en Colombia

Por Germán Darío Valencia A

La filosofía política clásica consideraba el estudio de la Constitución como una tarea ineludible para la ciencia política. La lectura de la Constitución permite conocer el tipo de gobierno, las principales instituciones, la ideología de sus gobernantes e, incluso, el futuro que puede correr como organización política un Estado. Así lo expresaron autores clásicos como Aristóteles, Polibio o Cicerón, quienes ocuparon gran parte de su trabajo al análisis de las constituciones, tanto de sus ciudades-Estados como de otras. Aristóteles, por ejemplo, hizo un análisis de más de 152 Constituciones de las ciudades-Estados helénicas y aunque sólo se conocen algunos fragmentos de ellas, con la exposición de la Constitución de Atenas se puede constatar la importancia que le dio Aristóteles al estudio constitucional. Algo similar ocurre con Polibio, historiador y político romano, quien en sus Historias establece como tarea prioritaria para los políticos e historiadores estudiar las Constituciones de los Estados, en tanto es esta una excelente manera de comprender las razones por las cuáles un Estado es mas poderoso que otro y por qué se

extiende con mayor dinamismo tanto en el tiempo como en el espacio, presentando como principal argumento para su entendimiento la Constitución: “debemos creer que la causa principal es la estructura de la Constitución”<sup>1</sup>.

Esta tradición de estudiar la Constitución como instrumento fundamental para comprender la dinámica del Estado se ha mantenido hasta nuestro tiempo. Una de las escuelas con mayor reconocimiento en la actualidad es la Constitucional Political Economy, que en cabeza de J. Buchanan y G. Tullock, han encontrado en el estudio constitucional la explicación del por qué algunos países son más desarrollados o estables que otros. Entienden la Constitución como un gran contrato que establece un orden social y que se puede estudiar en dos etapas: una es la constitucional, donde surge un orden, se asignan derechos y se establecen reglas claras llamadas a permanecer; y la otra, es la postconstitucional en la cual se elige de

lo que las reglas anteriores han dejado como opciones válidas.<sup>2</sup>

En esta línea de ideas, el presente escrito analiza la Constitución Política colombiana de 1991, mostrando el giro en la concepción de Estado que se tenía hasta la fecha, desde el punto de vista de su modelo económico. Hasta 1991, el Estado colombiano se caracterizaba por ser centralista, proteccionista, con una carga tributaria baja, un gasto social reducido y un banco central de fomento. El actual modelo, imperante desde 1991, se caracteriza por lo contrario: administrativamente descentralizado, con gasto social amplio, con procesos de privatización de algunas empresas del Estado, con un banco central comprometido en reducir el nivel de inflación y, sobre todo, oferente de una mayor libertad económica para los agentes. Lo paradójico es que, a pesar de este giro, se puede decir que en sentido económico, con la Constitución, conviven en Colombia dos visiones contrapuestas del Estado.

Situación claramente visible en los servicios públicos domiciliarios, los cuales, antes de 1991, se caracterizaban por ser propios de un Estado de bienestar; y ahora, por ser propios de una mezcla entre un Estado liberal y otro de bienestar. El ejemplo de los servicios públicos domiciliarios se hace atendiendo a la tesis que el exPresidente colombiano Alfonso

López Michelsen sostuvo a finales de los ochenta, cuando advertía que existían dos formas de hacer visible al Estado: una, a través del uso legítimo de la fuerza como ejercicio soberano; y la otra, a través de la prestación de los servicios públicos.<sup>3</sup> Pero antes de entrar en materia, bien vale precisar algunos elementos teóricos que permiten mostrar los dos tipos de Estados: el liberal y el benefactor.

Las dos tradiciones en la intervención del Estado

La teoría económica históricamente realiza una tipología de Estado, dependiendo del papel que cumple en la economía. Dos de estas tipologías son el Estado liberal y el Estado benefactor. El primero se caracteriza por respetar las reglas de juego del mercado; el segundo, por considerar que el libre juego de los agentes económicos no es suficiente para lograr el crecimiento y el desarrollo aceptable para la sociedad. El liberalismo económico sostiene que el Estado no debe intervenir en la actividad económica; lo que debe hacer es propiciar un ambiente adecuado para que los agentes actúen en el mercado. Los defensores del Estado intervencionista exigen de éste que cumpla un papel clave en el desarrollo, al mejorar la redistribución del ingreso.

El padre del Estado liberal en economía es Adam Smith (1723-1890), quien consideraba el desarrollo económico fruto del libre intercambio entre los individuos. Para él, el papel del Estado tiene que ver con la provisión de la seguridad nacional (interna y externa), el cumplimiento de aquellas actividades necesarias para la sociedad que el mercado no está incentivado para realizarlas, además de la definición y defensa de los derechos de propiedad, y la regulación de los mercados. En este tipo de Estado, el ciudadano es un agente libre económicamente y tiene derechos y responsabilidades de contribuir al progreso de la nación. La participación del Estado en los asuntos económicos debe ser mínima, dejando a los individuos la mayoría de las responsabilidades (oferta y demanda). Por tanto, la concepción clásica de la economía se opone a la intervención del Estado y propone su reducción de tamaño y desmantelamiento.

Por su parte, la idea del Estado benefactor o de bienestar surge, a partir de las ideas de John Maynard Keynes, en el decenio de 1930 en Europa; se caracteriza por garantizar a los ciudadanos un nivel mínimo de vida, independiente de su capacidad económica. Para este modelo, el Estado debe intervenir de manera significativa en los asuntos económicos del país en aras de corregir los fallos del mercado, potenciar el crecimiento y el desarrollo, estabilizar la economía y generar

un ambiente propicio para que los ciudadanos cuenten con unas condiciones de vida dignas. En este sentido, el Estado debe intervenir en la producción de bienes y servicios como infraestructura, salud, educación y servicios públicos domiciliarios, entre otros, además de subsidiar a los ciudadanos que carezcan de condiciones mínimas de vida.

En Colombia han estado en disputa estas dos concepciones de Estado y puede leerse en las Constituciones y sus reformas. Para el caso de la Constituyente de 1886, los temas económicos no quedaron claramente consignados en ella, pero a medida que pasaban los años se le fueron incorporando los aspectos económicos que denotaban una clara concepción de Estado<sup>4</sup>: tanto en la Reforma Constitucional de 1910 como en la de 1936, se nota un aire cada vez más intervencionista del Estado en las esferas económicas de la producción, la distribución y el consumo, pasando de un Estado que se limitaba a supervisar el desarrollo espontáneo de agentes económicos, a uno donde es un sujeto activo y promotor del aprovechamiento racional de los recursos disponibles. El último esfuerzo de esta orientación se encuentra en la Reforma de 1968 y será ratificado en la Constitución de 1991.<sup>5</sup>

Los servicios públicos en las constituciones colombianas

Una de las características de la Constitución de 1991 fue la de poner el tema de los servicios públicos domiciliarios como uno de los sobresalientes. La Asamblea Constituyente presentó sobre el tema 31 proyectos<sup>6</sup> e incluso le dio más importancia que a otros temas clásicos del derecho constitucional. La importancia radica en que en este tema se encuentra, en buena medida, la esencia de la concepción del Estado que se quiere.

Antes de 1991, los servicios públicos domiciliarios eran prestados de manera exclusiva por el Estado; a partir de esta fecha, el sector privado comenzó a compartir responsabilidades con el Estado. Pero esto no fue siempre así: hacia finales del siglo XIX y comienzos del XX (1875-1910), estos servicios eran suministrados por el sector privado, bajo concesión, lo que le daba un carácter suntuario al servicio.<sup>7</sup> El papel del Estado era prácticamente nulo. Pero debido a una serie de tensiones en el modelo, fue necesario que las entidades territoriales municipales se pusieran al frente de la prestación del servicio, dando origen a la intervención directa del Estado. Hasta 1950 y después de la Reforma Constitucional de 1936, el Estado asumió un papel cada vez más intervencionista, de fomento de estas actividades.

Finalmente, en la década de 1950 y hasta 1990 se presentó un dominio absoluto por parte del Estado en la prestación de los

servicios públicos domiciliarios, lo que les acarreó grandes beneficios: se modernizó el sector, se amplió la cobertura, se multiplicó la inversión y se pudo atender con más rapidez a las necesidades sociales. De esta forma y hasta 1991, los servicios públicos domiciliarios en Colombia se convirtieron en una actividad propia del Estado, que se encargaba de hacer grandes inversiones y cumplir con las funciones de planificación del servicio, otorgando subsidios, de acuerdo con sus políticas redistributivas, y promoviendo la equidad desde este sector.<sup>8</sup>

En la década de 1990 se dio un giro en esta concepción del Estado con relación a los servicios públicos domiciliarios. Las razones son diversas: una baja capacidad de financiamiento, desfase en las inversiones e ineficiencia en el manejo de las empresas públicas. Para algunos lo más grave fue el carácter subsidiario del Estado, pues hizo que la industria asumiera pérdidas constantes y déficit financieros crónicos. En palabras de Salomón Kalmanovitz:

La ausencia de incentivos para alcanzar eficiencia y niveles tarifarios que no reflejaban los costos anuales condujeron al pobre comportamiento de las empresas estatales que acumularon gigantescos déficit. Los incentivos inadecuados surgieron de la falta de

separación que los roles del Estado que facilitaron el abuso político de las empresas. Políticos que buscaban capturar rentas y grupos de interés diversos pudieron apropiarse el sector para ello, pervirtiendo sus objetivos. Las consecuencias fueron el otorgamiento de subsidios generalizados y pobremente focalizados, una ineficiente expansión de la distribución y un sector que actuaba como agencia de empleo sujeta a la corrupción.<sup>9</sup>

Lo anterior, unido a la “vieja” idea de que el rol del Estado debía ser mínimo y que debía dejarse que el mercado ofreciera los bienes y servicios que requiere la sociedad, dio origen a la nueva Carta Constitucional, que a su vez originó el mar de reformas que en todos los mercados se dieron en Colombia después de ella. En particular, la reforma de la industria de servicios públicos, que se dio con las leyes 142 y 143 de 1994.<sup>10</sup> A partir de este momento comenzó a desarrollarse el nuevo sistema, caracterizado por argumentar que el bienestar social se maximiza cuando los precios se adaptan continuamente a las variaciones de la oferta y la demanda, es decir a la competencia.

Sin embargo, el modelo liberalista no se dio de manera pura en el sector de servicios

públicos. En esta industria se presenta una propuesta híbrida entre mercado y Estado. La razón, según Kalmanovitz, es que en la Constitución de 1991 participaron muchas fuerzas políticas del país que dieron como resultado una constitución híbrida donde conviven elementos altamente liberales como la libertad de empresa, la defensa de la propiedad privada, la primacía de la competencia, y elementos característicos del Estado de bienestar como las declaraciones genéricas sobre el gasto social como elemento fundamental del Estado de derecho, el acceso a vivienda digna y el libre acceso a otros bienes meritorios.<sup>11</sup> En la realidad práctica, el Estado asumió papeles muy distintos: por ejemplo, la banca central se estableció como independiente, con autonomía para tomar decisiones en el control del poder adquisitivo de la moneda y, lo más significativo a mi parecer, se produce el abandono del monopolio estatal sobre la prestación de servicios públicos, abriendo con ello la posibilidad de su privatización.<sup>12</sup>

Los servicios públicos domiciliarios en Colombia están consagrados en la Constitución en el Título XII relativo al Régimen Económico y de la Hacienda Pública, Capítulo 5 denominado De la finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos (consta de seis artículos desde el 365 hasta el 370). La Constitución define los servicios públicos domiciliarios como “toda actividad organizada que tienda a satisfacer

necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directamente o por personas privadas”, y en esta medida abre la posibilidad de que los agentes privados lo ofrezcan. Debido a esto el tema se asocia a otros derechos que le sirven de base a los servicios públicos domiciliarios como el derecho económico a la competencia de todos los ciudadanos (artículo 333), a la libertad económica, a la propiedad privada, a la libertad de iniciativa privada y a evitar el abuso de posiciones dominantes en el mercado.<sup>13</sup>

Desde este último punto, el Estado, con relación a los servicios públicos domiciliarios, debe buscar por todos los medios no establecer monopolios e inclusive liquidar los que tiene él mismo: se le asignó la responsabilidad de impedir los abusos que firmas o personas puedan hacer de su predominancia en el mercado; los monopolios oficiales podrán existir si cumplen con los requisitos de eficiencia, en caso contrario, se deben enajenar a terceros. Se tiene entonces que el mercado de bienes y servicios gozará de una amplia competitividad. Y esto se debe básicamente a que el Estado debe actuar bajo el criterio constitucional de la eficiencia<sup>14</sup> (el logro del máximo rendimiento con lo menores costos<sup>15</sup>) y que se logra con la competencia.

Pero a su vez, la nueva Constitución consagró como una obligación del Estado asegurar la

prestación oportuna y eficiente de los servicios públicos domiciliarios a todos los habitantes del territorio nacional, pues esto hace parte de la idea de Estado social de derecho.<sup>16</sup> La Constitución les da un carácter de servicios esenciales, relacionados con la dignidad de la vida en el ámbito de la libertad y la intimidad, lo que exige que el Estado no pueda dejar su prestación, completamente en manos del sector privado. Y así, se reconoció el derecho que tienen los ciudadanos de exigir al Estado la provisión de los servicios públicos esenciales para su bienestar.

Por tanto, aunque sean los particulares quienes presten el servicio, es el Estado el que está en obligación de regular, controlar y vigilar el servicio (artículo 365 de la Constitución Nacional). En el mismo artículo dice: “le corresponde al Estado la dirección, coordinación y control en la prestación de los servicios públicos, en cuya actividad se permite la participación de los particulares”. Dada la importancia del servicio, la ley tiene la obligación de reservar la regulación, la inspección y la vigilancia. Por ello en la Constitución queda explícito que la regulación de los servicios públicos pertenece al Estado, y, de ninguna manera, a organismos mixtos o a asociaciones o gremios particulares (artículos 150, 365, 367, 369 y 370). En el artículo 334 de la nueva Constitución fija la intervención estatal “[...] (el Estado) intervendrá, por mandato de la ley, en los servicios públicos [...] para racionalizar la

economía [...] para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos [...] (y) para promover la productividad y la competitividad[...]"'. Obsérvese que la promoción de la productividad y la competitividad son fines no incluidos en el artículo 32 del ordenamiento constitucional anterior.

Igualmente, la Constitución crea la acción de tutela que protege los derechos de los ciudadanos y uno de los derechos más invocados ha sido el derecho a los servicios públicos domiciliarios. La Corte Constitucional ha protegido de manera significativa este derecho, debido a su asociación con otros derechos como los derechos a la vida, la salud y al trabajo.<sup>17</sup> Hay que entender que el derecho a los servicios públicos no implica que el Estado tenga que prestar de manera directa o exclusiva dichos servicios, sino asegurar el acceso a ellos, ya sean prestados por empresas privadas o por el mismo Estado. Aunque también hay que advertir que lo que se tutela es el derecho al servicio, a no ser excluido de su prestación, en ningún caso a no pagarse cuando se suministra.

De esta manera, en la Constitución de 1991 se observa de manera clara cómo conviven las dos ideas de Estado que se han tenido en Colombia: por un lado, la liberal que quiere dejar al mercado –y en ello se encierra la

libertad económica, de iniciativa privada y la protección de la competencia– la libertad de ofrecer bienes y servicios que la sociedad necesita; y por el otro, la del Estado benefactor que entiende que éste debe ocuparse de atender siempre los requerimientos que la sociedad le hace y que debe ofrecer bienes y servicios esenciales para el ciudadano. Así, la Carta Magna, por su origen pluralista, tiene un carácter moderado en lo económico: ni totalmente intervencionista, ni de dictadura de las leyes del mercado. Resultado esto del doble contenido en cuanto a un modelo de Estado deseado.<sup>18</sup>

#### Notas

<sup>1</sup> Polibio, *Historias* (libros I-II y IV), Editorial Gredos, S.A., Madrid, 1991, p. 234.

<sup>2</sup> Aguirre Rodríguez, José A. Prólogo. En: Brennan, G. y J. Buchanan. *La razón de las normas*. Ediciones Folio, S.A. Barcelona 1997.

<sup>3</sup> López Michelsen, Alfonso, 1989, "Cómo veo el siglo XXI". Discurso en Confecamaras. *El Tiempo*, 20 de octubre.

<sup>4</sup> Perry Rubio, Guillermo. Comentarios generales al nuevo título de Economía. En: *Economía Colombiana*, Revista de la Contraloría General de la República, sep.-oct., 1991. pp. 14-19. p. 14.



<sup>5</sup> El antiguo artículo 32 de la Constitución de 1886 se transformó en el 20 y 30 de la Constitución de 1991, que habla de una economía mixta: libre iniciativa privada y dirección general de la economía a cargo del Estado, y cuyo objetivo es alcanzar objetivos generales de desarrollo. El artículo 334 presenta al Estado como el ente encargado de la dirección general de la economía, interviniendo en la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios públicos y privados. Esta esfera de intervención debe estar guiada pro el principio de la racionalidad económica y tendrá como fine el conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitante, la distribución equitativa de loas oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (Restrepo Zea, Jairo Humberto. “Economía y Constitución en Colombia”. En: Lecturas de Economía, No 45 julio-dic. 1996. pp. 55-95, p. 64).

<sup>6</sup>Gaceta Constitucional. Miércoles 29 de mayo de 1991, No 85. p.21.

<sup>7</sup> Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. Servicios Públicos Domiciliarios: calidad de vida y construcción del Estado social de derecho. Unidad de Investigaciones jurídico sociales “Gerardo Molina” Universidad Nacional de Colombia, Santafé de Bogotá, D.C., 1997. p. 26.

<sup>8</sup> ISA. Interconexión eléctrica S.A. ESP. Análisis del mercado mayorista de la electricidad en Colombia 1998-1999. Gerencia servicios de Información. ISA. Bogotá, 1999. p. 5

<sup>9</sup>Kalmanovitz, Salomón. Constitución y modelo económico. En: Seminario de evaluación de la Constitución de 1991. Universidad Nacional e ILSA, Bogotá, 2001. p. 129

<sup>10</sup>Jaramillo, Samuel. Ciento veinte años de servicios públicos en Colombia. Cinep. Santafé de Bogotá, 1995.

<sup>11</sup> La nueva Constitución le asigna responsabilidades económicas al Estado, propias de un Estado Benefactor. Una lista de ellas argumenta claramente la afirmación: los artículos 25 y 334 le obligan a proteger el trabajo y generar pleno empleo, la salud (art. 49), la seguridad social (art. 48), la vivienda (art. 51), capacitación profesional de los trabajadores y el empleo (art. 54), la concertación de los conflictos laborales (art. 55), la promoción de las asociaciones y solidarias de propiedad (art. 58 y 334), la reforma agraria (art. 61), la educación (art. 67).... y continúa la lista.

<sup>12</sup> La Constitución de 1991 estableció que los activos del sector público podían ser vendidos a empresas privadas y utilizar estos recursos en inversiones más eficientes. Luego de la reforma la situación cambió, y las actividades del la industria eléctrica que antes era



controlada por el sector público hoy son de en gran parte de los particulares. Algunas cifras como las siguientes muestran la magnitud de la transformación del sector eléctrico: el 70% de la actividad de la generación se privatizó, el 50% de la distribución y el 10% de la transmisión.

<sup>13</sup> La Carta Constitucional es clara al decir que “la libertad económica reconocida a los particulares, les permite perseguir su beneficio particular y la utilización de los recursos del país” (artículo 333), dentro de los límites del bien común.

<sup>14</sup> Se puede ampliar este concepto en Gaceta Constitucional, jueves 18 de abril de 1991, No 53, p.5.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Ponente José Gregorio Hernández Galindo. “Sentencia T-206 del 26 de abril de 1994”. Doctrina vigente. Tutela (julio, 1994) No 6, p.8.

<sup>16</sup> En Colombia el Estado social de derecho significa que los ciudadanos son participativos, pluralistas y con una relación fluida y horizontal con el ciudadano y la sociedad. Fundada entre otros principios en la solidaridad y la prevalencia del interés general (artículo 1º de la Constitución Nacional). Es Estado social de derecho es el medio para asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la paz, el bienestar y la dignidad, que garantizan un orden político, social y económico justo.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, José Gregorio Hernández Galindo. “Sentencia T-171 del 11 de abril de 1994”. Doctrina vigente. Tutela (junio, 1994) No 5 p.48.

<sup>18</sup> Ossa Escobar, Carlos. Constitución y régimen económico. En: Criterio. No 15. Dic. 1991. pp. 63-69.

\*Germán Darío Valencia. Economista, profesor, asesor e investigador del instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia.