

Régimen jurídico de los activos eléctricos en Colombia: planteamiento general y principales problemas.

(Legal status of electrical assets in Colombia: general approach and key issues.)

Diego Felipe Cabrera Celis y David Gómez Carrillo

Monografía de Grado

Directora: Dra. Luisa Fernanda García López

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Facultad de Jurisprudencia

Bogotá D.C., Septiembre de 2012

Tabla de contenido

1	INTRODUCCIÓN.....	4
2	CAPÍTULO I APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL SERVICIO PÚBLICO.....	8
2.1	De la Naturaleza del Servicio Público.....	8
2.1.1	EN EL ESTADO LIBERAL.....	9
2.1.2	LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....	12
2.1.3	LA ESCUELA DE BURDEOS.....	15
2.1.4	EL CONCEPTO JURÍDICO DE SERVICIO PÚBLICO.....	24
3	CAPÍTULO II SOBRE LOS ANTECEDENTES DEL SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA Y LA NATURALEZA JURIDICA DEL BIEN ENERGÍA ELÉCTRICA.....	28
3.1	De los Antecedentes del Servicio Público en Colombia.....	29
3.1.1	DE 1810 A 1886.....	29
3.1.2	DE 1886 A 1946.....	32
3.1.3	DE 1946 A LA DECADA DE 1990.....	44
3.2	De la Naturaleza del Bien Energía Eléctrica.....	55
4	CAPÍTULO III A SOBRE LOS ASPECTOS TÉCNICOS DEL SECTOR ELÉCTRICO: LOS PRINCIPALES BIENES INVOLUCRADOS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA.....	64
4.1	GENERACIÓN.....	65
4.2	DISTRIBUCIÓN Y TRASMISIÓN.....	68
4.3	LOS TRANSFORMADORES.....	69
5	CAPÍTULO III B DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE PROPIEDAD APLICABLE EN LA ACTUALIDAD, A LOS PRINCIPALES BIENES INVOLUCRADOS EN EL PROCESO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA.....	74
5.1	LA GENERACIÓN.....	76

5.2	TRASMISIÓN	83
5.3	DISTRIBUCIÓN	85
6	CAPÍTULO IV LA EVENTUAL AUSENCIA DE REGULACIÓN DENTRO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS BIENES QUE INTERVIENEN EN DETERMINADAS ETAPAS DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN COLOMBIA.....	89
6.1	SOBRE LA REGULACIÓN DE LA CREG.....	90
6.2	SOBRE LOS ACTIVOS DE CONEXIÓN Y LOS DE USO GENERAL.....	101
6.2.1	Convertirse en un OR	109
6.2.2	Venta	110
6.2.3	Conservar su propiedad y ser remunerado por el OR que los use.	112
6.3	LA PRESUNTA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES DESTINADOS A PRESTAR UN SERVICIO PÚBLICO EN CABEZA DE LAS COMUNIDADES ORGANIZADAS.	116
7	CAPÍTULO V CONCLUSIONES.....	121
8	BIBLIOGRAFÍA.....	124

INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta el ejercicio pretendido actualmente, resulta definitorio desarrollarlo a partir de una estructura objetiva de comprobación, de tal manera que se vean sustentadas todas y cada una de las afirmaciones que se vean involucradas en el resultado de la investigación. En este orden de ideas, a continuación se expondrán los temas que con más atingencia lograron guiar y escudriñar un camino con el fin de vislumbrar determinadas falencias en lo que respecta al Derecho Real de Dominio principalmente, dentro de un sector tan importante en el funcionamiento de la sociedad como lo es El Servicio Público de Energía Eléctrica. La razón de abordar específicamente el tema se encuentra en que se trata de una perspectiva vagamente abordada por el Ordenamiento Jurídico, de tal forma que han sido objeto de un sinnúmero de interrogantes que no han sido esclarecidos por el mejor medio posible.

Así pues, en el primer capítulo se abordará el tema núcleo del problema desde una concepción jurídica: el contenido fundamental del Servicio Público, teniendo en cuenta que a lo largo de la Historia ha venido siendo vinculado al papel del Estado en mayor o menor medida. De esta forma, como resultado de este primer acercamiento, se podrá emprender la investigación sobre una base certera como lo es su naturaleza Jurídica.

A continuación, en un segundo capítulo, se dará un vistazo documental sobre la evolución que ha tenido este Servicio Público domiciliario en Colombia desde principios del siglo XIX, dando una idea general sobre el Estado del Arte del Tema. Adicionalmente, con el fin trabajar a partir de conceptos claros, se expondrá la naturaleza Jurídica del bien Jurídico Energía eléctrica, con el fin de entender la importancia y el puesto que –gracias a sus cualidades especialísimas- el tema se ha ganado en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Seguidamente, en primer lugar y por medio de una aproximación técnica, se hará mención del proceso que antecede al acceso del servicio público de energía eléctrica. De esta manera se identificarán las fases de Generación, Transmisión, Distribución y Comercialización, describiéndolas y señalando qué sujetos de derecho deben o pueden estar a cargo de dichas operaciones, así como la estructura y equipos que se necesitan para las mismas. En segundo lugar, ya habiendo delimitado el marco normativo actual y el proceso técnico de la prestación del servicio, se procederá a discriminar los equipos más importantes –muebles e inmuebles- utilizados en la prestación del servicio de energía eléctrica; para así identificar y determinar qué régimen de dominio, ya sea privado o público -así como otros eventuales derechos reales- les son aplicables a los mismos; teniendo en cuenta además otras circunstancias de orden jurídico orientadas a determinar este último aspecto.

Posteriormente, en el cuarto capítulo, una vez revisado el régimen jurídico de cada uno de los bienes necesarios para la prestación del servicio de energía eléctrica, se

han logrado determinar eventuales vacíos y carencias que el ordenamiento jurídico no regula; todo esto desde una perspectiva de la titularidad de los diferentes derechos reales aplicables y los inconvenientes que se le presentan al titular de cuales quiera de estos derechos, máxime cuando se trata de usuarios, auto-generadores y aún más cuando se ven enfrentados intereses Estatales con intereses Privados.

Así pues, finalmente, teniendo en cuenta los resultado de cada uno de los capítulos, se ha logrado en último lugar, lograr una conclusión respecto de las problemáticas halladas y básicamente representa una propuesta de “memorial de agravios”, que junto con el contenido integral del documento, deja en descubierto unos sectores del régimen jurídico en el servicio público de energía eléctrica y que dada su trascendencia, es necesario corregir.

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL SERVICIO PÚBLICO

3.1 De la Naturaleza del Servicio Público

Previo a cualquier tipo de análisis pretendido a los Servicios Públicos, se presenta como inexorable requisito ubicar el tema dentro de la ciencia del Derecho, donde cuestiones como su Naturaleza Jurídica y sus antecedentes resultan ser un vital punto de partida. Sobre el asunto, en buena hora, se ha desarrollado todo tipo de literatura importante que de alguna u otra manera vislumbra su concepto. Es por eso que desde el principio resulta importante adherirse y explicar la concepción que con mayor tino expone la razón de ser del Servicio Público.

Lo primero que ha de tomarse en cuenta es el fundamento filosófico de lo que se considera Servicio Público. Así, conscientes de que su naturaleza está ligada esencialmente al papel que cumple el Estado, es necesario entender el papel que éste desarrolla.

3.1.1 EN EL ESTADO LIBERAL

Debe aducirse en primer lugar que es en el Estado Liberal donde puede empezar a buscarse el concepto, que como ente que representa la voluntad general¹ “(...) surgió como resultado de una crítica al Estado Monárquico Absolutista, de los siglos XVII y XVIII. Es decir, la forma de Estado que existía hasta antes de la Revolución Francesa de 1789, era la del Estado Monárquico-Absolutista, que estaba caracterizado porque el rey era el soberano, es decir, que por encima de su poder no había otro poder humano; porque el origen de su poder era de derecho divino, es decir, Dios y solamente Dios se lo otorgaba y solo ante Él respondía. Porque concentraba todo el poder, es decir, el rey "hacía" la ley, el rey "aplicaba" la ley y el rey "interpretaba" la ley. Un Estado donde el soberano tenía concentrado todo el poder y tenía no solo derecho sobre la vida, la libertad y la propiedad de todos sus súbditos, sino que además determinaba la vida económica”².

Una vez establecida esta nueva figura (Estado Liberal) desde finales del siglo XIX, se empiezan a trasladar atributos naturales de gobernabilidad a la nueva estructura Estatal, que teniendo en cuenta su primicia, no siempre fueron los mas atinentes para lo-

¹ El Estado, en Hobbes como es común también en los demás llamados contractualistas, es la gran entidad- *LEVIATÁN*- que resulta del pacto realizados entre las personas para asociarse en pro de beneficios mayores a los que otorga la individualidad en el llamado estado de guerra.

² Ver en, Durán, Víctor Manuel (2001). *Estado SOCIAL DE DERECHO, DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN*. Ponencia realizada en la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos "Estado Social de Derecho, Democracia y Participación". Valle de Bravo, México, 22 al 25 de abril de 2001.

grar una administración eficiente. De esta manera el Estado Gendarme era el establecido, cuyas funciones se limitaron en pocas palabras al mantenimiento interno y externo de la seguridad del territorio donde no ejerce más que una intervención mínima entregando una amplia libertad a sus asociados³. Concomitante a las anteriores consideraciones, es necesario entender que en tal estado de las cosas, los intereses y las necesidades de los administrados no estaban en la lista de prioridades de quienes empezaron a ostentar el poder como fundamento en la voluntad general; tal fenómeno es de fácil asimilación en tanto que se estaba implementando una nueva figura que adicionalmente tenía muchos otros objetivos por alcanzar y que cegaban al administrador para conocer las necesidades específicas de quienes administraba. Corolario a esto entonces se identifica al Estado Liberal como un Estado Abstencionista pues no interviene en la vida cotidiana de la sociedad ya que se dice que no se encuentra legitimado para intervenir en su orden natural, de tal manera que debió limitarse al reconocimiento de las relaciones a través del derecho para evitar su vulneración; por su parte en el ámbito económico se tenía que regía el juego de las fuerzas del mercado las cuales son suficientes para su autorregulación⁴; todo lo cual da cuenta que para ese estado de las cosas **NO SE PODÍA HABLAR DE SERVICIO PÚBLICO AÚN.**

³ Desde esta óptica al Estado le bastaba solo con procurar un entorno seguro para sus administrados, dando así libertad para que ellos mismos se garantizaran el cubrimiento de sus necesidades restantes como consecuencia del devenir natural de la estructura social en la que interactuaban-desde sus diferentes ámbitos: económico, político, social, etc.- Esto referido muchas veces como el *laissez faire, laissez passer*.

⁴ *Comparar con*, Navas Castillo Antonia y Navas Castillo Florentina. *DERECHO CONSTITUCIONAL: ESTADO CONSTITUCIONAL*. Librería-Editorial Dykinson, Madrid. 2005. Pg. 93.

Sin embargo, de la figura del Estado Liberal es sumamente importante destacar los postulados que prematuramente vislumbran la preocupación por atender las necesidades de los particulares. Así pues se pueden destacar figuras como la soberanía nacional o los derechos del hombre, pero en lo que toca con el tema presente, debe señalarse que es la especialización de la actividad estatal la que empieza a dar cuenta sobre las funciones en razón de las necesidades humanas.

La tri-división de poderes entonces es la manera en que se empieza a buscar desarrollar las actividades propias del estado, buscando la manera de generar un equilibrio entre las diferentes tareas. Como lo menciona el profesor Santofimio Gamboa, lo que se pretende con este sistema es institucionalizar el poder, buscando desconcentrar los organismos de la estructura constitucional, según sus especialidades. “Desde el punto de vista práctico y con fuerte influencia de los trabajos doctrinales ingleses, consistió en advertir la existencia de determinadas funciones básicas en la vida pública del Estado, tales como el establecimiento de conceptos normativos generales rectores de la conducta humana; ejecución de los actos generales y la resolución de conflictos.”⁵ De lo cual se denotan las tres ramas del poder público asumidas contemporáneamente: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, respectivamente.

⁵ Ver en, SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, INTRODUCCIÓN A LOS CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*, TOMO I. Universidad Externado De Colombia, Bogotá. 1996. Pág. 31..

3.1.2 LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Ya con la anterior estructura jurídico-política construida, y con todas las consecuencias que trae la asunción de un modelo de Estado Liberal, aparecen briznas del papel que tiene que empezar a jugar el Estado en orden a su funcionamiento. De esta manera surge el concepto de administración, elemento primigenio desde donde se logran ver los objetivos por atender a los intereses particulares. Sin embargo no ha sido pacífica la acogida a tal concepción teniendo en cuenta que desde el plano jurídico se ha buscado especializar la materia en orden a saber a qué corresponde el Derecho Administrativo dentro del accionar Estatal y es necesario tal ejercicio ya que de la administración como tarea del Estado, surge la finalidad de atención al particular.

Al respecto, la doctrina se ha encargado de exponer parámetros en orden a identificar en el Ordenamiento Jurídico lo que corresponde al concepto de la administración pública, con lo cual se ha conseguido determinar caminos no definitivos que según la posición por la que se opte, logran dar una respuesta satisfactoria. Así pues, expone el Doctor Santofimio, que se puede hablar de varios criterios para identificar el ámbito del Derecho Administrativo, es decir, de la administración como actividad Estatal encaminada a la realización de unos fines: Criterio Orgánico, Criterio Material, Criterio Teleológico, Criterio de las Prerrogativas Públicas y Criterios Normativos. Sin embargo, atendiendo a los objetivos del presente documento, es pertinente estudiar a profundidad el criterio teleológico, había cuenta que es por donde se plantea la nece-

sidad del Servicio Público como fin del Estado; lo anterior, previo el somero repaso de los demás criterios en orden a lograr una buena contextualización.

Así pues, por un lado se plantea el criterio Orgánico, que trata de ubicar a la administración de la mano de la rama ejecutiva del poder público. Esto es, teniendo en cuenta que se tienen divididas las tareas del Estado, va a existir una porción del mismo que se encargará de realizar las actividades correspondientes a la administración y por ende se desarrolla en el contexto del Derecho Administrativo. Así pues, solo se puede hablar de administración cuando se esté en presencia de la actividad de la rama ejecutiva, indistintamente la naturaleza que le corresponda a dicha tarea. Ahora bien, el desarrollo de este criterio no termina ahí, adicionalmente hay quienes le agregan un elemento institucional que reclama la existencia de unos verdaderos órganos encargados de tales tareas, y por su parte hay quienes propenden porque definitivamente tales órganos cuenten con una personalidad jurídica propia para el desarrollo de sus objetivos (con lo que se tendría un criterio orgánico-personalista)⁶.

Por su parte el criterio Material se proyecta sobre la óptica de la actividad atribuida o función administrativa, como el conjunto de actividades implementadas por la administración. Acá entonces son el punto de partida las características y particularidades de la función con independencia de la condición o ubicación del ente a quien se le

⁶ *Comparar con*, SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, INTRODUCCIÓN A LOS CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*, TOMO I. Universidad Externado De Colombia, Bogotá. 1996. Pág. 33-35.

atribuya. Se trata pues básicamente de un criterio que requiere las características: “(...) funcional, en cuanto actividad administrativa pública; sustancial, en razón del ejercicio y ejecución del contenido de la actividad; material u objetiva, en cuanto realización concreta, parcial de la actividad, en contraposición a lo genérico y abstracto de los legislativo; y, específica y resolutoria de conflictos de lo judicial”⁷.

Ahora bien, respecto del criterio Normativo se debe decir que opta por delimitar a la administración tomándose de mecanismos positivos, es decir, se trata de estructurar todo un sistema normativo abdicado de los elementos subjetivos, éticos y morales. Aquí se busca establecer lo que pertenece y lo que no a la administración a partir de la configuración normativa establecida en un sistema jurídico determinado, sistema jurídico que obedece a una construcción apartada de la realidad natural; es decir, sustentada no en el ser, sino en el deber ser. Al respecto es imprescindible resaltar el papel que Has Kelsen realiza al desarrollar su teoría pura de la ciencia jurídica.

Así se llega al criterio Finalista, en donde se va a tomar en cuenta los objetivos reales que se propone a alcanzar el Estado a través de su administración, lo cual empieza a estructurarse en lo que verdaderamente se conoce como Servicio Público.

⁷ Ver en, SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, INTRODUCCIÓN A LOS CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*, TOMO I. Universidad Externado De Colombia, Bogotá.1996. Pág. 44.

3.1.3 LA ESCUELA DE BURDEOS

Se debe atender a la dirección que el Estado empieza a tomar a medida que se van haciendo cada vez más claras y exigentes las necesidades de las personas sujetas a su administración. De esta manera se empiezan a gestar una serie de intereses primordiales que las personas por sí mismas no lograrían conseguir dadas sus exigencias técnicas, es por esto que la respuesta de la estructura Estatal es empezar a tornarse más social⁸ en orden a cubrir tales necesidades, con objetivos más amplios y providenciales: las funciones del Estado entran a cubrir cuestiones fundamentales y personalizadas para procurar las mejores condiciones posibles de sus administrados, funciones que desde esta nueva perspectiva empiezan a ser conocidas como SERVICIOS PÚBLICOS.

Para abordar esta perspectiva es oportuno analizar la visión, por demás sociológica, que maduró en Francia, específicamente en la Escuela de Burdeos. Es relevante pues, esta perspectiva en el entendido de que se trata de una nueva naturaleza que se le empieza dar al aparato Estatal, cargándolo con nuevos horizontes y objetivos en lo que

⁸ Al respecto es preciso recordar, de la mano del profesor Alberto Montaña plata, cómo para Duguit los servicios públicos representan de alguna manera el fundamento del Derecho Administrativo y terminan siendo un medio para satisfacer a la colectividad; cuestión ésta que diverge de la idea del *puissance publique* pues lo que se busca es el bienestar de los asociados y no solo ejercer el poder público. *Comparar con*, Gómez Maldonado, Tomás. *LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO A PARTIR DE LA CONCEPCIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO*. Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Norte. Pg.56.

tiene que ver con sus administrados, de tal forma que ha de empezar a procurar el servicio público como medio para satisfacer los intereses particulares.

- *León Duguit*

Así pues, para entender tal punto de vista, es atinente recordar los postulados de León Duguit, para quien el servicio público es “Toda actividad cuya relación deben asegurar y controlar los gobernantes porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y ella es de tal naturaleza que no puede realizarse completamente sino con la intervención de la fuerza gubernativa”.⁹

Duguit expresó su opinión desde lo que se conoce como una teoría de la solidaridad, lo cual se ve reflejado en la obligación en cabeza del Estado, como representante de la voluntad general, de garantizar las actividades en orden a satisfacer a los individuos. En este orden de ideas sentencia Duguit : “Nuestro punto de partida es el hecho incontestable de que el hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no vivirá más que en sociedad con sus semejantes, y que la sociedad humana es un hecho primario y natural, y en manera alguna producto o resultado de la voluntad hu-

⁹Ver en, PARRA, Néstor H. *GOBIERNO VS EMPRESA PRIVADA. SÍNTESIS ECONÓMICA*, 1992, p. 18. Citado en: Paz, Andrade Álvaro. *CONCEPCIÓN SOCIAL DE LA CALIDAD DE VIDA EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE BARRANQUILLA*. Gestión, Universidad Del Norte. 1997 P. 57.

mana.”¹⁰ Con esto deja por sentado en pocas palabras que es la colectividad un atributo esencial de lo que corresponde al diario vivir de los hombres, en orden lógico, es lo que le impone las relaciones sociales con sus semejantes puesto que es el medio más eficiente para sobrevivir, a diferencia de la individualidad que acarrea peligros y violencia –en los términos de Hobbes-; de tal forma que, como concluye Duguit, la sociedad termina siendo el artificio más efectivo que tiene el hombre para necesariamente satisfacer sus intereses.

Ahora bien, continúa diciendo, “Todo hombre forma, pues, parte de un grupo humano; lo ha formado y lo formará siempre, por su propia naturaleza. Pero al mismo tiempo, todo hombre tiene conciencia más o menos clara de su individualidad; se siente dueño de una personalidad individual, determinada por necesidades, tendencias y aspiraciones. Pero el hombre comprende, además, que no puede satisfacer estas necesidades ni puede realizar estas tendencias y aspiraciones sino mediante la vida en común con otros hombres.”¹¹ Con lo que continúa esgrimiendo el concepto de sociabilidad como único medio efectivo, que sacrifica una parte de su interés individual, pero que sin embargo es más provechoso.

¹⁰ Ver en, Duguit león, *MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL* (1921). Edición de J.L Monereo y J. Calvo- Comares, Granada. 2005. pp 6-7. Citado en, Cuadernos de Derecho Público, 32: SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 2007. Ministerio de Administraciones Públicas. Gobierno de España. Pg. 71.

¹¹ *Ibíd.*

Así pues, teniendo en cuenta pues que la solidaridad es el punto de equilibrio en que se apoya la relación social del hombre, es posible inferir directamente que tal alternativa se va a materializar por medio del funcionamiento del Estado a través de la prestación de los Servicios dirigidos a la colectividad y con el objeto de satisfacer necesidades básicas; teniendo en cuenta que tal mecanismo nace de la voluntad de los hombres quienes optaron por esa alternativa ya que éstos son anteriores al Estado. De esta manera Duguit termina diciendo: “El hombre tiene, en una palabra, conciencia, más o menos precisa, según las épocas, de su sociabilidad, esto es, de su dependencia de un grupo humano, y de su individualidad. No es una afirmación a priori, sino una positiva certeza, una claro hecho de conciencia”¹².

- *Gastón Jeze*

Ahora bien, teniendo en cuenta que la teoría del Servicio Público cada vez viene estructurándose más, es acertado entonces mencionar en alguna medida el pensamiento de Gastón Jeze quien de la mano de Duguit y toda la escuela de Burdeos que representan, estimó que el Servicio Público es toda actividad desempeñada por la administración, con lo cual circunscribe la teoría aún mas, alejándose así de Duguit quien

¹² *Ibíd.*

estimaba que el Servicio Público era el desarrollado por el poder público¹³. Jeze explica entonces que “El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos”¹⁴, de lo que se desprende que el servicio público será lo que el legislador establezca que así lo sea, con el inconveniente de que no siempre materialmente coincidiría la actividad con las decisiones del legislador. De esta forma, para Jeze el servicio público es un instrumento que tiene por finalidad dar satisfacción a necesidades de interés general, sujeto a un régimen jurídico especial, el cual puede modificarse en cualquier momento con la finalidad de salvaguardar el interés general¹⁵.

Finalmente respecto de este autor cabe mencionar que enlazó la noción del servicio público respecto de las más importantes instituciones administrativas, es decir, la ubica como la base de apoyo y sustento del derecho administrativo, lo cual, como se mencionó, une de la mano a la Administración Pública con el Servicio Público¹⁶.

¹³ Comparar con, Rodríguez Lozano Luis, Gerardo, *NOTAS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO Y LA RADIODIFUSIÓN*. Recurso electrónico, URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/18.pdf>. Pág. 360. Consulta Junio de 20112.

¹⁴ Ver en, Jeze, Gastón, *PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*. Buenos Aires, Depalma, 1984. T.1, Pg. 1. Citado en, Rodríguez Lozano Luis Gerardo, *NOTAS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO Y LA RADIODIFUSIÓN*. Recurso electrónico, URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/18.pdf>. Pg. 360, Consulta Julio de 2011.

¹⁵ Comparar con, Jeze, Gastón, *PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*. Buenos Aires, Depalma, 1984. T.1, Pg. 1. Citado en, Rodríguez Lozano Luis Gerardo, *NOTAS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO Y LA RADIODIFUSIÓN*. Recurso electrónico, URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/18.pdf>. Pág. 360, Consulta Julio de 2012.

¹⁶ Comparar con, Romero Pérez Jorge Enrique, *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL*. EUNED, 1/01/1999. Pg. 92.

Sin embargo, teniendo en cuenta la orientación de la presenta argumentación, hay prestar atención al criterio del *PUISSANCE PUBLIQUE* (*las prerrogativas públicas*), puesto que desarrolla tangencialmente la importancia propia del Servicio Público como consecuencia necesaria de la actividad administrativa. Se trata pues de un criterio que fija su atención en los medios utilizados por el Estado, a partir de una autoridad propia, de los cuales resultarán los Servicios Públicos para atender a las necesidades de los ciudadanos.

- *Maurice Hauriou*

Si bien puede tenerse como un criterio antagónico a la estructura finalista de la escuela de Burdeos, ya que el centro de atención no es el servicio público sino el poder público, se debe anotar que también se toma en cuenta como un objetivo así sea secundario. Así, son destacables los postulados de Maurice Hauriou quien señala que el Servicio Público es un medio para satisfacer intereses generales. Señala el Doctrinante que se trata ahora de un camino diferente por parte de la actividad administrativa, pues como lo acuña en "*La gestion administrative, 1900*" ahora debe propender por desarrollar una verdadera gestión administrativa. Esto es, teniendo en cuenta que se tiene la dicotomía entre los actos de gestión y los de autoridad, que el actuar Estatal no se puede ver representado en meros actos de policía y autoridad, sino que deben dirigirse a gestionar los medios para ofrecer a los administrados el Servicio Público,

yendo más allá de una mera gestión patrimonial¹⁷ para cubrir sus intereses. Así pues, El acto de gestión quedará caracterizado por el fin público, lo que proporcionará su base al contencioso de la ejecución de servicios públicos¹⁸.

Corolario a esto, termina exponiendo Hauoriu que "el Derecho administrativo está orientado más hacia la gestión de los servicios públicos y de la satisfacción de las necesidades de los administrados que hacia el ejercicio de la policía pura"¹⁹. Acá la administración buscará orientarse en una búsqueda de los medios adecuados para ejercer una actuación de autoridad, en donde las necesidades e intereses particulares van a ser finalmente cubiertas; así, su razón de ser se va a volver la implementación y gestión pública reflejada en los servicios públicos para cubrir tales objetivos²⁰. Acá lo que importa es la noción del bien común como objetivo, teniendo en cuenta la institución como figura primordial en la estructura que él propone.

Sin embargo resalta el profesor Santofimio, sobre lo conceptualizado por Hauriou, "(...) que la actividad pública administrativa, como medio para satisfacer los intereses generales y atender los servicios públicos en el Estado moderno, puede sujetarse o

¹⁷ *Comparar con*, Meilán Gil , José Luis, *EL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ACTUAL. Recurso electrónico*, URL: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1909/1/AD-1-19.pdf>. Pgs. 373-374, Consulta Julio 2012.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ver en*, Meilán Gil , José Luis, *EL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ACTUAL. Recurso electrónico*, URL: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1909/1/AD-1-19.pdf>. Págs. 373-374, Consulta Julio 2012.

²⁰ *Comparar con*, Meilán Gil , José Luis, *EL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ACTUAL. Recurso electrónico*, URL: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1909/1/AD-1-19.pdf>. Págs. 373-374, Consulta Julio 2012.

no al derecho público. Es decir, a un poder público, con un régimen jurídico especial²¹, lo cual es una conclusión necesaria siendo que por lo que propende Hauriou es por la prestación del servicio a partir de actos de gestión, como se mencionó.

Finalmente, haciendo pie en la gran teorización que se ha llevado a cabo al respecto, es igualmente importante resaltar la tarea de la jurisprudencia francesa que desde el siglo XIX viene refiriéndose al tema. Así pues es destacable por un lado el caso *Rosthschild C. Larcher Et Administration Des Postes* de 1855, el cual empieza a establecer el servicio público como un concepto generador de obligaciones para la administración. Desarrolla la función de la ley como creadora y directora de las condiciones de los servicios públicos; la misma sería la encargada de determinar las necesidades suscitadas en su operación y señalar los agentes encargados en su representación. Por ultimo debe mencionarse que fue enfática en destacar que en el ejercicio de prestación del servicio público, se generan relaciones entre la administración y los particulares²².

²¹ *Ver en*, Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, INTRODUCCIÓN A LOS CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*, TOMO I. Universidad Externado De Colombia, Bogotá. 1996. Pg. 92.

²² *Comparar con*, Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, INTRODUCCIÓN A LOS CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*, TOMO I. Universidad Externado De Colombia, Bogotá. 1996. Pg. 70.

Por su lado hay que prestar atención igualmente al Fallo Blanco del tribunal de conflictos de 1873. Se trata de un caso que da origen a un conflicto de competencias entre la jurisdicción administrativa y ordinaria francesa. En primer lugar sobre los hechos es importante aducir a penas que se trata de una menor de 5 años arrollada por un carro perteneciente a una tabacalera Estatal, el carro iba tripulado por 4 empleados. Así pues, el padre de la menor demandó ante la jurisdicción civil la responsabilidad tanto de la tabacalera como de los empleados, a lo cual el representante de tal entidad impugnó esgrimiendo que se trataba de un asunto de naturaleza administrativa; de tal forma que el tribunal encargado de resolver la impugnación terminó dirigiendo el conflicto, de lo cual se concluye la especialidad y autonomía del derecho administrativo, identificado por la prestación del servicio público: “la existencia de un derecho administrativo con reglas propias, diferentes a las del derecho civil, que regular la totalidad de la actividad de la administración, relacionada con la prestación de los servicios públicos; la competencia natural de la jurisdicción administrativa para conocer de todos los conflictos originados en la actividad administrativa relacionada con los servicios públicos; la responsabilidad del Estado por los daños que ocasión a los particulares pero sujeto a reglas propias del derecho administrativo y no del derecho civil”²³.

²³ Ver en, Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, INTRODUCCIÓN A LOS CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*, TOMO I. Universidad Externado De Colombia, Bogotá. 1996. Pág. 72-74.

Así pues, se logró destacar desde el ejercicio teórico, doctrinal y jurisprudencial, mayoritariamente de corte francés, cómo se ha logrado principalmente desarrollar la actividad estatal por especialidades, un de las cuales corresponde a la administración, y que la misma se empezó a ver estrictamente ligada a la prestación del servicio público.

3.1.4 EL CONCEPTO JURÍDICO DE SERVICIO PÚBLICO

Como se vio hasta el momento, no es pacífica la aceptación de una actividad de los servicios públicos, ni unánime su significado. Sin embargo algo que no se puede ignorar, es el hecho de que la discusión está planteada y que la misma se viene realizando en base a pilares más o menos homogéneos, dichos pilares constituyen entonces los elementos esenciales que dan lugar a la naturaleza jurídica del servicio público y su concepto. Así pues es posible esbozar en alguna medida lo que corresponde a la noción del mismo teniendo en cuenta las posiciones teórico-doctrinales, jurisprudenciales y legales. Así pues, en una primera conclusión el servicio público se puede conceptualizar como toda actividad de los sujetos u órganos públicos o privados tendientes a la realización de las necesidades de interés general²⁴.

Adicionalmente, desde un análisis semántico, se puede observar por un lado la concepción de *Servicio* como una organización de medios para cumplir un fin, que se

²⁴ *Ibíd.*

matiza con *Público* que según una posición orgánica u material que se adopte, se refiere a que el ente que lo presta hace parte del Derecho Público, o a que los servicios prestados se dirigen a la colectividad, respectivamente²⁵.

Consecuentemente, como todo concepto jurídico, y concretándolo cada vez más, es dable destacar tres elementos esenciales: uno objetivo que da cuenta de que lo que se busca con dichas actividades son de utilidad común²⁶, un elemento subjetivo expresado en la obligación del Estado para ejercer control y vigilancia a nombre de la colectividad y en representación de ella independientemente de quien sea el prestador; y por último su calidad de no ser ni siquiera prevalentemente gratuito aun cuando en ocasión de la historia así lo haya sido²⁷.

Así pues, teniendo en cuenta todo lo anterior, el decreto 753 de 1956 en buena hora trae una definición completa, anotando que el Servicio Público²⁸ “*es toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y*

²⁵ *Comparar con*, PARRA, Néstor H. *GOBIERNO VS EMPRESA PRIVADA. SÍNTESIS ECONÓMICA*, 1992, p. 18. Citado en: Paz, Andrade Álvaro. *CONCEPCIÓN SOCIAL DE LA CALIDAD DE VIDA EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE BARRANQUILLA*. Gestión, Universidad Del Norte. 1997 P. 57.

²⁶ *Comparar con*, Panesso Jaramillo Raúl, Morris Monroy Gustavo, Villamizar Alvargonzález Rodrigo. *LA ENCRUCIJADA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS*. Año 2005. Grupo Editorial Norma. Pág. 3.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Cabe mencionar en este punto que el legislador decidió utilizar dicho concepto genérico para lo que tiene que ver con las regulaciones de carácter legal que haga, con excepción expresa por parte de nuestra Honorable Corte Constitucional – Colombia, Corte Constitucional, Sentencia del 27 de Octubre de 1994, magistrado ponente ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, C473. - para que en los temas del Derecho de Huelga se deba entrar a mirar que la actividad en donde se pretende restringir es materialmente un Servicio Público esencial.

continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”²⁹.

En conclusión, como se vio, el Servicio Público Domiciliario es un concepto que se ha venido estructurado alrededor de las funciones del Estado, cuyos horizontes han mutando a lo largo de las épocas y de acuerdo a la realidad económica, social y técnica. Así es como aparece tardíamente y solo una vez que se ha logrado establecer una Persona Jurídica que asume todo el poder a partir de un contrato social. Como es de esperar, con tantas responsabilidades en su cargo, éste comienza a especializarse en cada uno de sus ámbitos de actuación. En consecuencia, surge el concepto de actividad de administración como sector encargado de cubrir las necesidades en general y en abstracto del pueblo.

Ahora bien, la actividad administrativa va a ser el crisol a partir del cual surgen modelos de la forma en cómo debería desplegarse tan trascendental tarea. De esta manera se encontraron líneas de pensamiento como el del *puissance publique* o el del *servicio público*, cada cual con un sustento en específico y con objetivos claros, tal como se esbozaron. Así es como el concepto se alimenta y estructura a partir de la actividad administrativa del estado hasta alimentarse de tales teorías más contemporáneas que toman en cuenta las necesidades más específicas de los administrados, y aunado

²⁹ Colombia, Presidencia de la República. Decreto 753 de 1956, Artículo 1 modificadorio del artículo 430 del código Sustantivo del Trabajo.

además a las consideraciones legislativas y jurisprudenciales de la actividad Estatal se logró establecer lo que se conoce actualmente como Servicio Público Domiciliario.

CAPÍTULO II

SOBRE LOS ANTECEDENTES DEL SERVICIO PÚBLICO EN COLOMBIA Y LA NATURALEZA JURIDICA DEL BIEN ENERGÍA ELÉCTRICA.

A continuación, con el fin encontrar un contexto general de lo que el tema ha significado en el ámbito nacional, se desarrollaran dos puntos importantes a saber: por un lado, la evolución que tanto material como jurídicamente ha sufrido a lo largo de la Historia Colombiana, viéndose involucrados fenómenos técnicos, jurídicos, políticos y económicos que en alguna medida desarrollaron un ambiente en el que la implementación de los servicios públicos fue posible. Por otro lado, teniendo en cuenta que la investigación se orienta hacia un estudio del Derecho de Dominio y accesoriamente otros Derechos Reales, sobre los bienes con los que se presta el servicio público de energía eléctrica; se discutirá y sentará una posición en lo que respecta a la naturaleza jurídica, ya no del servicio público como tal sino del objeto del mismo: LA ENERGÍA ELÉCTRICA. Esto teniendo en cuenta que sus calidades hacen que no sea pacífica su concepción jurídica toda vez que existen diferentes opiniones respecto a la posición que ocupa en el ordenamiento jurídico; es decir, si se trata de una cosa tangible, intangible, un bien o simplemente un servicio.

4.1 De los Antecedentes del Servicio Público en Colombia

Atendiendo a la heterogeneidad del Servicio Público, desde una perspectiva histórica, han existido etapas identificables sobre la materia. Así pues, para nadie es un secreto que a lo largo de la historia no han existido las mismas circunstancias legales, políticas ni tecnológicas, cuestiones que dan matices particulares a cada época. De esta manera hay que tener presente que se trata de una evolución técnica y posteriormente jurídica, pues fue necesario en primer lugar que se desarrollara todo un sistema dirigido a satisfacer necesidades básicas para que en un momento posterior, atendiendo a la relevancia para el ordenamiento jurídico, se desarrollara un trabajo legislativo y constitucional con el fin de regular el nuevo fenómeno de los servicios públicos. Con esto en mente es necesario entonces tener presente que lo que a continuación se desarrollará será la evolución de los servicios públicos en general en Colombia desde el siglo XIX. En lo que al tema respecta, es de incuestionable importancia referirnos a las siguientes etapas que se identifican con un modelo de prestación particular:

4.1.1 DE 1810 A 1886

En primer lugar se puede mencionar un período que se desarrolla desde finales de la colonia hasta antes de la expedición la Carta Constitucional de 1886. Así pues es importante comenzar resaltando el contexto en que viene a implementarse el servicio público. Se tiene que el ambiente nacional era predominantemente rural, y no obstante existía una constante puja por el poder político, se puede hablar del surgimiento de

una relativa autonomía respecto de la corona española. De esta manera, al comenzar la nueva administración empiezan a salir a la luz determinadas necesidades e intereses de los pobladores del territorio patrio, a partir de lo cual se empezó a trabajar desde la órbita privada por cubrir tales requerimientos de orden social; así pues, en este estado de las cosas aún no es posible determinar algún intento de regulación ya que en la implementación de tales servicios no hay intervención del aparato Estatal y están relegados a las capacidades de cada Hogar.

Como es natural a sus circunstancias, este período se ve involucrado en una evolución un poco lenta y estancada en un principio, que con timidez logra posteriormente avanzar³⁰. Así pues, se presenta una continuidad homogénea de lo que se venía presentando para la época colonial, se trata de un modelo de prestación temprano sin alguna clase de administración y con ausencia de personas idóneas para el propósito, cuestiones que imposibilitaron cualquier clase de consolidación Institucional.

Teniendo en cuenta que en un principio no existió ningún tipo de organización ni preocupación para que existiera, las necesidades básicas se vieron cubiertas en la medida de las posibilidades. Así es como los servicios de Acueducto e iluminación fueron los primeros en verse cubiertos. Al respecto es importante ilustrar que por un lado

³⁰ *Comparar con*, Pérez Pardo, Camila; Mallarino Uribe, Consuelo; Cardozo Vásquez, Socorro. *MODELOS DE PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: UNA MIRADA A TRAVÉS DEL CASO BOGOTÁ*. Universitas humanística, Bogotá. Enero, año XXXI, No 59. Pg. 68.

el servicio de acueducto, se implementaban estructuras de captación en quebradas y zanjas para procurar la distribución del agua a los hogares de mayores recursos y desagües que daban a la calle conectados a las letrinas; mecanismos por demás rudimentarios y que no ameritaron mayor esfuerzo de administración³¹.

Ahora bien, por otro lado, teniendo en cuenta que para la época la energía eléctrica no era un medio a disposición, el servicio de iluminación tanto pública como privada se vio satisfecho con ayuda de la vela de cebo³². Para el caso del alumbrado público, se implementó la figura del velador, que se trataba de un personaje que recorría las calles con un farol, quien desde una perspectiva contemporánea estaría ejerciendo función pública.

Por su parte, un trabajo no menos apreciable ocurrió con el tema de las telecomunicaciones, que no obstante no se establecía aún como una necesidad importante para ser cubierta, tuvo iniciativas destacables. Así, Las noticias fueron difundidas por el pregonero del sitio y el servicio postal continuó con el manejo colonial desde donde se impusieron tarifas, y hasta se puede hablar de un completo reglamento de la actividad

³¹ *Comparar con*, López Gonzales, Mauricio. *LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA: DOS SIGLOS DE AVANCE*. Revista No.20, Andesco. Bogotá. Junio de 2010. Pg.5.

³² *Ibíd.*

con el famoso manuscrito del Doctor Pando para el envío de correspondencia y de paquetes³³.

4.1.2 DE 1886 A 1946

Posteriormente, es conveniente resaltar un segundo período que se empieza a gestar a mediados del Siglo XIX, consolidándose con la Constitución de 1886, y fundamentándose en la República Unitaria³⁴. Acá es importante entonces resaltar los nuevos pilares del ordenamiento Jurídico desarrollados por la nueva carta política, que a su vez se vio posteriormente modificada por el Acto Legislativo de 1936 y desarrollada por leyes como la ley 113 de 1928, ley 65 de 1936 y la ley 109 de 1936.

Así pues, previo al análisis jurídico es conveniente resaltar que para tal época los mecanismos de respuesta a las necesidades básicas fueron básicamente cubiertos como se venía haciendo. El Alumbrado público por su parte empezó a reclamar mayor relevancia por ir estrictamente ligado al desarrollo y conservación de la cada vez más

³³ *Ibíd.*

³⁴ Si bien se trata de una temprana forma de prestar dichos servicios, es de vital importancia tener en cuenta la escasa intervención del aparato estatal frente a las compañías privadas. Así surgieron graves problemas con este nuevo esquema como los temas de las tarifas y el surgimiento de monopolios, agravado esto por el crecimiento demográfico y los incipientes problemas de corrupción. *Comparar con*, Restrepo Alvear, José. *DERECHO (COLECTIVO) (DE LOS USUARIOS) A SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*. Sitio web: Colectivo de Abogados. URL:<http://www.colectivodeabogados.org/Derecho-a-los-servicios-publicos>. Consulta Enero de 2012.

desarrollada urbe, de tal manera que fue uno de los objetivos primordiales por implementar y desarrollar. De esta forma empiezan a haber briznas del sector central por procurar el servicio. Ejemplo de esto es la concesión que se le hace a la American Gas Company³⁵ en Bogotá para implementar el alumbrado en la Capital, que a pesar de las bondades de la iniciativa, terminó siendo inútil puesto que la empresa no cumplió sus objetivos.

Igualmente importante se empezó a reconocer el fenómeno de las telecomunicaciones para lo cual, con la ayuda del ferrocarril se implementó una mensajería muchísimo más efectiva y para 1855 ya se contaba además con la primera línea Telegráfica en Panamá, con el propósito de ser usada en las comunicaciones del mismo.

Ahora bien, de esta manera y con ese estado del arte se llegó a la “crisis política de 1863 que culmina con el cambio de estructura en el país con la creación de los Estados Unidos de Colombia, con la afirmación de Estados Soberanos en desmedro de políticas uniformes y coherentes a nivel nacional, no permiten un avance más significativo en el desarrollo de servicios públicos en el país”³⁶. Y no fue sino hasta 1886, con la Constitución Política de Núñez y Caro que se empezó a establecer un modelo más atinente a las realidades y necesidades del país.

³⁵ En 1874.

³⁶ Ver en, Mauricio López Gonzales. *LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA: DOS SIGLOS DE AVANCE*. Revista No.20, Andesco. Bogotá. Junio de 2010. Pg.7.

4.1.2.1 LA CONSTITUCIÓN DE 1886

Con un nuevo horizonte trazado, y una nueva estructura constitucional y legal clara como lo es el nuevo orden constitucional de 1886 reformado por el Acto legislativo de 1936, el país comienza una carrera por cubrir en cierta medida (alimentado por nuevas ideologías de Bienestar) las necesidades de sus administrados. De tal forma se empieza a estructurar el modelo y algunos servicios comenzaron a ser prestados³⁷; el “alumbrado público a gas, el acueducto por tuberías de hierro sin tratamiento, energía eléctrica de generación hídrica y térmica, la telefonía y el aseo (sic), eran precarios, rudimentarios y de cubrimiento para clases sociales altas. Los servicios aún ausentes eran el de aguas servidas y recolección de basuras”³⁸. Tales actividades fueron realizadas bajo el nuevo orden Constitucional, que para el caso se ocupó:

- En primer lugar, ha de entenderse la posición reaccionaria de la nueva carta al puntualizar desde su primer artículo el objetivo de reconstituir la República de una manera Centralizada, descartando y dejando en claro que la organización en Federación no fue una alternativa venturosa y que desde ese momento des-

³⁷ En este punto, recordando que principalmente se trata de iniciativas privadas, cabe tener en cuenta cómo para 1890 los hermanos Ospina y Espinoza Guzmán, junto con la colaboración económica de la familia carrizosa fundaron la compañía *the Bogotá Electric Company* para prestar el servicio de alumbrado público. Comparar con Mauricio López Gonzales. *LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA: DOS SIGLOS DE AVANCE*. Revista No.20, Andesco. Bogotá. Junio de 2010.

³⁸ Ver en, Restrepo Alvear, José. *DERECHO (COLECTIVO) (DE LOS USUARIOS) A SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*. Sitio web: Colectivo de Abogados. Entrada del 13 de Junio del 2005. URL:<http://www.colectivodeabogados.org/Derecho-a-los-servicios-publicos>. Consulta Enero de 2012.

aparecía. Muestra pues esta dirección, que se pretendió la unificación de políticas en la unión con vista a una efectiva aplicación y mayor desarrollo.

- Desarrollo de lo anterior, el segundo artículo expresa que la soberanía recae ahora en la nación y no en los Estados Federales, cuestión que sienta las bases para ejercer el poder centralizadamente en el marco que la misma carta impone.
- En su artículo 19, modificado por el Acto Legislativo de 1936 dispone las obligaciones de las autoridades para abogar por “las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos”; cuestión que denota su orientación mucho mas social, filosofía que va orientada a procurar la cobertura de las necesidades, objetivo último de los Servicios Públicos.
- Aspecto importante, que refleja en los Servicios Públicos la necesidad de existir una Autoridad del Orden Administrativo y un Régimen Especial para juzgar la actividad prestadora, es el contenido del Artículo 26 que disponía la

necesidad de juzgar conforme a leyes preexistentes el acto imputado ante tribunal competente y observando la normas de cada juicio³⁹.

- Por último y muy importante punto, de la mano del profesor Isaac Alfonso Devis Granados, es destacable de la extinta carta, la protección vehemente que se le hace a la propiedad privada, primigeniamente absoluta (en la versión original de la Constitución de 1886) y algo matizada con la reforma de 1936 desde donde se le asigna su actual Función Social. Este punto es clave en la prestación de los Servicios Públicos desde aquella época pues se empieza a hablar de la intervención del Estado en la Economía y de figuras destinadas a regular las actividades como la prestación de éstos servicios (por ejemplo las comisiones de regulación de cada sector). Como lo manda el artículo 39 resultante también de la reforma de 1936 que ordena al Estado a velar por la revisión y fiscalización de los Servicios Públicos, de donde nace la Junta Nacional de Tarifas, precedente importante para las ya mencionadas Comisiones de Regulación⁴⁰.

³⁹ *Comparar con*, Devis Granados, Isaac Alfonso. *ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LAS TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA*. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Año 2007.

Pg. 14.

⁴⁰ *Ibíd.*

- Estas nuevas características hicieron al “Estado primero un prestador y luego un garante de la prestación efectiva de estos servicios, así como de su calidad e idoneidad. Los derechos que la ley consagra a favor de los usuarios adquieren por esta vía una especial Justificación”⁴¹.

4.1.2.2 LA REFORMA DE 1936

Complementario a lo anterior, si bien se ha hecho mención, es necesario vislumbrar lo puntos fundamentales a través de los cuales la reforma de 1936 actúa en el ordenamiento jurídico, puntos que desarrollan la vocación del Estado por cubrir las necesidades de los administrados y el interés general, pilares fundamentales en la prestación del servicio público. En primer lugar es necesario resaltar que tal instrumento jurídico buscó desarrollar una nueva faceta del Estado reflejada en el intervencionismo que promovió. “Así pues, en la reforma de 1936 se evidencia una ruptura con el régimen individualista consagrado en la carta de 1886. Sin embargo, ésta es una ruptura tímida: una propuesta de intervencionismo “a la liberal”: lo que el gobierno impulsaba era, ante todo, los comienzos tímidos de una intervención activa del Estado en la economía”⁴².

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ver en, Botero Sandra, LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1936, EL ESTADO Y LAS POLÍTICAS SOCIALES EN COLOMBIA. Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura No. 33, 2006, pp. 85-109.*

Por otra parte debe mencionarse sobre la reforma el lugar que resalta al interés general, en lo que respecta a la propiedad privada. De esto se lee un horizonte mas preciso, que recoge gran parte de los fundamentos políticos de un Estado social al poner el bienestar general por encima de los intereses particulares:

“Artículo 10: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.”⁴³

Finalmente, la orientación de bienestar viene a verse aún mas respaldada por la reforma teniendo en cuenta su interés por cubrir la subsistencia de los sectores sociales más vulnerables. Esto, como se ha sostenido, se trata del desarrollo de horizontes

⁴³ Colombia, Congreso de la República. Acto legislativo No. 1 de 1936.

trascendentalmente alejados a lo que se presentó en el siglo XIX pues es aquí donde se empieza a establecer un sector central con capacidades y obligaciones para con sus administrados. Así es como el artículo 16 de la reforma de 1936, modificatoria de la carta de 1886, dispone: “La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar.

La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado.”⁴⁴

Así pues, teniendo una base normativa renovada y con horizontes más amplios como los descritos, es de anotar cómo sumado a esto, en la primera mitad del siglo XX se presenta una aceleración de la economía y la urbanización del territorio, dando como resultado un cambio en las condiciones de vida de las personas que hacen imperante volver más eficiente la prestación de servicios públicos para lo cual empezaron a intervenir las entidades territoriales. Así, el monopolio que se presentaba en la prestación de los servicios presionó hasta ocasionar la entrada del Estado como mediador entre el proveedor y los usuarios, lo que aunado a una exageración de éste modelo, dio como resultado que el Estado se convirtiera en el proveedor en muchas ocasio-

⁴⁴ *Ibíd.*

nes⁴⁵, implementándose mecanismos algunas veces mixtos y otras solamente públicos⁴⁶, a propósito de la reforma de 1936 donde se “estableció que el Estado debía tener un papel intervencionista mediante la dirección de la economía, la participación económica directa, el fomento a ciertas áreas de la actividad productiva y la regulación”⁴⁷.

4.1.2.3 LEY 113 DE 1928

En 1928 se produjo un esfuerzo por parte del legislador en orden a regular algunos de los aspectos que se empezaban a ver relacionados con la actividad de los servicios públicos, así es como en lo atinente a las iniciativas por volverse prestadores de servicios la norma estableció a que cada vez que un bien público se viera afectado por la actividad, se siguiera un lineamiento para obtener una respectiva autorización y poder extender las redes de canalización necesarias para realizarla. Tal obligación da cuenta sobre la preocupación por parte del Estado por enmarcar en un contexto normativo las circunstancias más relevantes que pudieran verse involucradas en la actividad, como el caso descrito.

⁴⁵ *Comparar con*, Pérez Pardo, Camila; Mallarino Uribe, Consuelo; Cardozo Vásquez, Socorro. *MODELOS DE PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: UNA MIRADA A TRAVÉS DEL CASO BOGOTÁ*. Universitas humanística, Enero, año XXXI, No 59. Pg. 68.

⁴⁶ Cabe resaltar que la financiación provino mayoritariamente que los departamentos por ser fiscalmente más fuertes, a diferencia de los municipios.

⁴⁷ *Ver en*, Restrepo Alvear, José. *DERECHO (COLECTIVO) (DE LOS USUARIOS) A SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*. Sitio web: Colectivo de Abogados. URL:<http://www.colectivodeabogados.org/Derecho-a-los-servicios-publicos>. Consulta Enero de 2012.

Igualmente la precitada norma se preocupó por preceptuar respecto al uso de aguas: “En cada caso de concesión de fuerza hidráulica al departamento, municipio o personas naturales o jurídicas, es de cargo del concesionario el arreglo con los dueños de los predios riberaños y con las personas que estén usando las aguas de acuerdo con las disposiciones legales, dejándose salvaguardados en todo caso los derechos adquiridos, de los que solo podrá ser privado el dueño en los casos de utilidad pública y previa indemnización.”⁴⁸ Acá es importante resaltar cómo la norma se toma de la mano del nuevo orden constitucional para sobreponer el interés general sobre el particular en orden a lograr una prestación eficiente de los servicios que fueran a prestarse.

Finalmente, respecto a la ley 113 es necesario referenciar el artículo 10:

“Artículo 10.- Corresponde a la nación en lo sucesivo conceder licencia para utilizar las calles, plazas, vías públicas y demás bienes nacionales de uso público a fin de tender por ellas, sea superficialmente o sea en el subsuelo, redes de canalización de plantas eléctricas o para otros usos industriales o domésticos.

Parágrafo.- El gobierno nacional solo concederá esta licencia por períodos no mayores de cincuenta (50) años mediante el lleno de las condiciones que fije el gobierno al reglamentar esta ley”⁴⁹.

⁴⁸ Colombia, Congreso de la República. Ley 113 de 1928.

⁴⁹ *Ibíd.*

Sobre esta disposición, por demás clara, cabe destacar la previsión que el Estado logró al establecer que eventualmente pudiera verse afectada también la propiedad común al momento de efectuar la prestación de un servicio de la naturaleza que fuese; es de anotar entonces que se sigue la misma línea de pensamiento en el sentido de sobreponer el interés general sobre el particular; e igualmente que cuando se tratase del uso de bienes de uso público, el Estado hace uso de la figura de la licencia como un permiso especial para que un ente de cualquier naturaleza para desarrollar su actividad, en este caso de prestación de un servicio público.

4.1.2.4 LEY 65 DE 1936

Consecuentemente se empieza a notar un tipo de intervención con horizontes de fomento y autosuficiencia financiera, Verbigracia, en lo que toca a una **de las** necesidades básicas ligadas al bienestar de las personas, el legislador procuró entrar a ser actor central en la prestación del servicio de acueducto. Así en 1936 la Ley 65 se transformó la acción estatal en el sector de agua potable, dio al Estado funciones acordes con su nuevo rol y responsabilidad directa a los municipios; lo cual desde una lectura ideológica se ve evidentemente influenciado por los desarrollos doctrinales franceses desde donde el servicio público viene a conjugar el actuar básico del aparato Estatal. Así pues en primer lugar se podría destacar la teoría de la Escuela de Burdeos sosteniendo la tesis de la solidaridad, cuestión que se ve reflejada en la implementación y procura del servicio público por parte del Estado.

Además de lo anterior, el legislado igualmente muy seguramente inspirado en la tesis de Duguit, creó un Fondo con aportes de los departamentos y la Nación para el suministro de agua potable y estableció la vigilancia de la nación a través del Ministerio de obras públicas⁵⁰. Respecto a esto último, la preocupación por la vigilancia de la actividad del servicio público de agua potable, sin temor a ser errado, también se puede leer una influencia de la escuela de Hauriou y las prerrogativas públicas en tanto que encarga al Estado la obligación de vigilar la actividad, vigilancia que denota un poder público o prerrogativa que lo consagra con la autoridad propia para dirigir la prestación adecuada y apegada a unos estándares por él mismo desarrollados.

4.1.2.5 LEY 109 DE 1936

Aunque el marco general de prestación fue la municipalización, en el sector eléctrico se continuó dejando un importante espacio para la intervención privada con la ley 109 de 1936. Ésta norma, que reguló las tarifas de energía eléctrica y acueducto a domicilio, nos habla sobre la nueva personalidad que el Estado estaba asumiendo para ser un agente activo en la economía; ejemplo de esto es su artículo 2 donde se refiere a la aprobación de las tarifas y reglamentos los cuales tendrían como “ (...) finalidad garantizar que en ningún caso tales empresas puedan imponer condiciones y cobrar ta-

⁵⁰ *Comparar con*, Restrepo Alvear, José. *DERECHO (COLECTIVO) (DE LOS USUARIOS) A SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*. Sitio web: Colectivo de Abogados. URL: <http://www.colectivodeabogados.org/Derecho-a-los-servicios-publicos>. Consulta Enero de 2012.

sas que excedan los justos límites de la conveniencia colectiva y de la moral comercial⁵¹

De la norma igualmente se puede mencionar la atribución que se hace al gobierno con el fin de revisar la situación jurídica en que se hallaren las empresas que hicieran uso de las aguas de uso público, o de las redes extendidas sobre Espacio Público; cuestión que aumenta la intervención en la actividad primigeniamente privada de prestación del Servicio Público y vislumbra una vez más la injerencia cada vez mayor del aparato Estatal, fenómeno que hace parte de las nuevas tendencias filosóficas y políticas que adopta el Estado, pues **n0o** hay que olvidar que la norma mencionada hace parte del desarrollo del nuevo orden constitucional establecido en 1886 y modificado en 1936, dándole un papel primordial al Estado en su función de administrador y agente activo en la prestación de los servicios públicos.

4.1.3 DE 1946 A LA DÉCADA DE 1990

En un tercer periodo se puede resaltar cómo el papel del Estado sigue cambiando. Al inicio de éste, luego de presentarse un modelo de prestación descentralizada se viene a reforzar la injerencia del nivel central. De esta forma se crean entidades como la JNT (Junta Nacional de Tarifas), un organismo que dependió de la presidencia de la República y luego de la Dirección de Planeación Nacional y aprobaba las tarifas y sus

⁵¹ Colombia, Congreso de la República. Ley 109 de 1936.

modificaciones antes de ser cobradas a los usuarios. Ésta actuaba de la mano de los ministerios de salud, minas y energía y telecomunicaciones para regular los sectores de basuras y acueducto, energía eléctrica y comunicaciones respectivamente⁵².

Por su parte, INAGUAS que se creó en 1946 y se encargaba de los usos del agua que no tenían que ver con el consumo humano e INSFOPAL que funcionó como un fondo que fortalecía los municipales para la prestación del servicio⁵³. Teniendo en cuenta la falta de claridad que el prematuro concepto de servicio público tenía, la importancia y el desarrollo de los mismos se fueron dando teniendo en cuenta lo que las circunstancias materiales exigieran. Como era de esperar, el agua siempre ha consistido en uno de los servicios esenciales para el desarrollo urbano, cuestión por la cual tuvo un notable avance en el periodo en mención. Así pues, “Con el Decreto 289 de 1950, se creó el Instituto Nacional de Fomento Municipal INSFOPAL, la cual agrupaba las Acuas y Empos, cuyas funciones eran financiar, planificar, construir, operar y administrar servicios de Acueducto y Saneamiento Básico, sin capacidad para tener sus propias empresas”⁵⁴.

⁵² *Comparar con*, Pérez Pardo, Camila; Mallarino Uribe, Consuelo; Cardozo Vásquez, Socorro. *MODELOS DE PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: UNA MIRADA A TRAVÉS DEL CASO BOGOTÁ*. Universitas humanística, Enero, año XXXI, No 59. Pgs. 72 y 73.

⁵³ *Comparar con*, Alvear José. *DERECHO (COLECTIVO) (DE LOS USUARIOS) A SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*. Recurso Electrónico, Sitio web: *Colectivo de Abogados*. URL:<http://www.colectivodeabogados.org/Derecho-a-los-servicios-publicos>. Entrada Enero de 2012.

⁵⁴ *Ver en*, Recurso Electrónico, URL: <http://www.emserpa.gov.co/?id=487>. Consulta Mayo de 2012.

No fue sino hasta 1987 que el gobierno ordena la liquidación de INSFOPAL, descentralizando el sector hacia los municipios y se crea la Dirección de Agua Potable y Saneamiento Básico a cargo del Ministerio de Obras Públicas, lo que originó que los municipios asumieran directamente la prestación de estos servicios⁵⁵.

Posteriormente funcionó lo que se denominó la Corporación Nacional de Servicios Públicos⁵⁶, lo que muestra cómo de una manera exponencial el sector privado fue perdiendo protagonismo restando solo algunas empresas a nivel descentralizado en las más grandes ciudades⁵⁷.

Así pues, la crisis de éste modelo no se hizo esperar, teniendo en cuenta la injerencia del Estado, se dificultó de gran manera la financiación del sistema y se empezó a hacer imposible el cumplimiento de los planes que para la prestación de los servicios se habían establecido. Todo lo anterior dio como resultado la baja cobertura en algunos sectores, especialmente donde el protagonista era el clientelismo sistemático, trayendo consecuencias como que se empezaran a presentar paros y marchas cívicas por el acceso a los servicios a finales de los años 80⁵⁸.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Creada en el Gobierno de Rojas Pinilla, 1954-1957.

⁵⁷ *Comparar con*, Restrepo, Alvear José. *DERECHO (COLECTIVO) (DE LOS USUARIOS) A SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Recurso Electrónico*, Sitio web: Colectivo de Abogados. URL: <http://www.colectivodeabogados.org/Derecho-a-los-servicios-publicos>. Consulta Marzo de 2012.

⁵⁸ *Ibíd.* Pg. 75.

4.1.3.1 LA CONSTITUCIÓN DE 1991

De esta forma, debido a las falencias de los modelos anteriores, a partir de la Constitución de 1991 se volvió a abrir la puerta a la inversión privada dando como resultado un modelo de provisión Mixto donde el Estado replantea su papel asumiendo ahora las funciones de planeamiento, regulación y control. La nueva Carta Magna enseña pues, desde su comienzo, el interés directo sobre el bienestar general y el Interés Público; como se denota al revisar el preámbulo que se promulga con “(...)el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo (...)”.

Al respecto, es necesario mencionar lo que Nuestra honorable Corte Constitucional ha resaltado al mencionar que “el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta Instaura y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.”⁵⁹

Tales horizontes planteados desde el comienzo conforman la base axiológica sobre la cual se viene a estructurar todo un sistema normativo orientado a servir –al menos en teoría- y cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos. En su artículo 46 igual-

⁵⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T 567 de 1992, , Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

mente resalta la obligación del Estado por procurar, específicamente a la comunidad del sector agrario, el acceso a todo tipo de servicios entre los que relucen la vivienda y la educación.

Sobre esta orientación más Social, la Corte igualmente dice que “La concepción clásica del Estado de Derecho no desaparece sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la Seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principio rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado Social de Derecho. Este concepto se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del estado; y criterios de excelencia.”⁶⁰

Posteriormente, con el artículo 150 numeral 23 exhorta al congreso para que por medio de la Actividad legislativa se regule la Actividad prestadora de los Servicios Públicos y complementa tal actividad con la obligación en cabeza del Presidente de la República (Art. 189) para la Inspección y la Vigilancia que debe ejercer sobre la prestación de tales Servicios; obligación que se viene a cumplir por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

⁶⁰ Colombia, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia c449 de 1992.

Ahora bien, con el fin de un cabal cubrimiento sobre las necesidades en todo el territorio nacional, el artículo 289 de la Carta permite desarrollar programas de cooperación con los territorios limítrofes de otro país, programas que pueden versar sobre la prestación de los Servicios Públicos. Y por la misma línea, el artículo 302, con el mismo fin, concede a la ley la posibilidad de establecer capacidades y competencias administrativas o fiscales para uno o varios departamentos en orden, entre otros, a prestar eficientemente el Servicio Público.

Consecuente a lo anterior, el artículo 311 dispone que “Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes”, cuestión que evidentemente es reflejo de la descentralización territorial como mecanismo de cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos y que se complementa con el artículo 319 al referirse a las áreas metropolitanas y darles la opción de racionalizar la prestación de Servicios, entre quienes la conforman.

Por su parte, de trascendencia notable es la disposición del artículo 365 de la Carta. En primer lugar se resalta la actividad de los servicios públicos como consecuencia y objetivo inherente a la finalidad estatal. Tal afirmación logra vincular inexorablemente el cubrimiento de las necesidades básicas de los ciudadanos a todo el conjunto de

operaciones que por su parte se desplieguen, no como consecuencia mediata –como ocurría anteriormente- sino como un resultado inminente e imperativo. Se trata esto de una perspectiva absolutamente innovadora pero no espontánea, es la materialización de un nuevo concepto jurídico del servicio público, donde como se venía esbozando, nutrido de ideas como la singular Escuela de Burdeos y aunado a las nuevas realidades técnicas y sociales, se procurará un cubrimiento obligatorio, más amplio y más completo.

Corolario a lo anterior, dispone el artículo 366 sobre a inversión en el aspecto social en ámbitos tales como la educación o la salud; acá pues, reviste importancia la preponderancia que el mismo artículo ordena en cuando a las asignaciones de este tipo de gasto público en lo que toca con los planes y el presupuesto de la nación

En segundo lugar, atendiendo a la literalidad del mismo artículo:

“(…) Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”

Se desprende la notable injerencia del sector privado, lo que constituye un aspecto álgido en lo que corresponde a las calidades del prestador. Como bien se ha documentado, históricamente se atribuía al Estado el monopolio sobre estas actividades, monopolio que paulatinamente se va volviendo menos evidente hasta el punto de desaparecer y abrir la puerta a los particulares, que si bien adquieren un papel preponderante con la opción de ser prestadores, se mantiene bajo la regulación central reflejada en temas como el control de las tarifas en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (como se mencionaba) y las comisiones de regulación de cada sector; destacando además el nuevo paso a la descentralización de la responsabilidad en la prestación.

Consecuentemente, aspectos tan trascendentales como la vigilancia y la descentralización vienen a ser complementadas por los artículos 367, 368, 369 y 370, pues se dispone particularmente en competencia de la ley sobre la regulación de las responsabilidades en la actividad de prestación de los servicios públicos y el régimen tarifario. Por su parte se encargan estas disposiciones también de brindar la posibilidad para que descentralizadamente se logren emprender programas de subsidios en orden a cubrir los sectores con menos recursos para solventar tales necesidades.

Ahora bien, reza el artículo 369 de la carta:

“La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estata-

les que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.”

Es de esperar que tales temas hayan quedado en cabeza del legislador, pues es un llamado a prever soluciones y facilidades a los eventuales conflictos que puedan presentarse en el marco de la actividad prestadora del servicio público, todo sobre una base de derechos y obligaciones previamente establecidos; de lo cual se destaca la nueva y más activa participación de los usuarios quienes reciben ahora una mayor protección por medio de procedimientos establecidos para controvertir decisiones de al los prestadores y con mecanismos como las oficinas de quejas y reclamos.

Finalmente, de acuerdo a lo ya mencionado sobre la potestad de control inspección y vigilancia sobre la prestación de los servicios públicos, es prudente recordar el artículo 370 que lo establece en cabeza del Presidente de la República por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

4.1.3.2 LEYES 142 Y 143 DE 1994

Sobre este último periodo al que se hace referencia, es importante tratar las normas 142 y 143 de 1994, que obedecen a la respuesta que el Congreso dio a la orden que desde la Carta Magna-como se resaltó- emana; se trata la primera de la ley de los servicios público y la segunda específicamente del servicio de energía eléctrica, normas que conforman el marco jurídico a partir del cual se desarrolla este texto. La Ley 142

se trata de una regulación general tema de los Servicios Públicos y merece ciertos comentarios.

Al respecto es necesario mencionar que desde su primer artículo indica que su campo de acción se extiende “a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantari-llado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural (...)” y a las actividades realizadas por los prestadores de Servicios Públicos.

La norma describe una serie de maneras en que el Estado puede intervenir en la Economía de tal manera de que procure cubrir las necesidades por satisfacer y las insatisfechas por medio de los Servicios, e igualmente en su artículo 4 señala que todas las actividades de prestación de las que ella trata, se consideran servicios públicos. Como aspectos importantes se puede mencionar que establece un régimen por el cual se va a regular la prestación de los diverso Servicios Públicos; así pues se habla primordialmente del Contrato de Condiciones uniformes, que se trata de un instrumento Jurídico que establece las características de la relación contractual entre el usuario y las empresas prestadoras de servicios públicos. Tal contrato trata los temas de los deberes y obligaciones de las partes y muy importantemente, establece el procedimiento que se puede seguir ante tales Empresas en la eventualidad de presentarse inconformidades con sus servicios o con sus decisiones; este procedimiento es el reflejo del mandato constitucional por el respeto de Derechos como el Debido proceso y por tal razón se ve rodeado de formalidades para controvertir a la Empresa, con la Superintendencia

de Servicios Públicos como Segunda Instancia y con la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción.

Por otro lado, la ley 143, para el tema en concreto resulta de especial relevancia porque se trata el tema específicamente del Servicio de Energía Eléctrica. Esta norma establece los principios por lo cuales se debe regir la actividad que básicamente son un reflejo del espíritu constitucional de la norma.

Posteriormente la norma es específica respecto del proceso que se tiene que llevar a cabo con el fin de dar prestación del servicio. Así pues se habla sobre la Generación como instancia inicial y se da libre vía a los agentes económicos para incursionar en tal actividad construyendo las plantas necesarias para su posterior comercialización.

Y finalmente es importante mencionar el sistema estructurado que se establece para el transporte de energías. Se habla de un Sistema de Interconexión Nacional dentro del cual pueden existir bienes de propiedad privada pero que sin embargo se deben ceñir al reglamento de Operación y a los acuerdos adoptados por el Consejo Nacional de Operación. Igualmente se toca el tema de las tarifas y para el respecto se menciona a la Comisión de Regulación de Energía y Gas como entidad competente para fijar el procedimiento indicado. Y por último se puede resaltar el interés por temas medio ambientales que deben ser tenidos en cuenta en el proceso de Generación, Transmisión, Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica.

4.2 De la Naturaleza del Bien Energía Eléctrica

Así, por este camino surge con fervor la necesidad de atender no solo a la naturaleza jurídica del Servicio Público sino a la del objeto del mismo, en nuestro caso la Energía Eléctrica. Es pues insoslayable tener en cuenta las características que hacen de éste, un servicio de especiales propiedades, a sabiendas de que su objeto es el de proveer al usuario un tipo de Energía, que siendo trascendental para el Derecho, no es pacífica ni homogénea la opinión sobre la categoría jurídica a la que pertenece⁶¹.

Atendiendo a lo anterior, y a la necesidad de comprender la esencia de la Energía Eléctrica, es preciso asumirla como ente regulado de una u otra forma por la ley. Así pues, ¿de qué se trata?

La respuesta, en un primer plano, varía de acuerdo al contexto en que se responda: coloquialmente seguramente se hablaría de una cosa con potencial para hacer funcionar algunos objetos con determinadas características, en un contexto más técnico se podría escuchar describirla como un bien o servicio prestado a los ciudadanos, y concomitante a estas opiniones, un estudioso de las ciencias naturales –un físico por ejemplo- no se complicaría y cerraría tajantemente la discusión diciendo que se trata de la capacidad de un cuerpo para realizar una acción. En contraste a lo dicho, para el propósito de estas líneas, dentro de un criterio Jurídico se debe entender la Energía

⁶¹ *Comparar con*, Quiroz Monsalvo, Aroldo. *MANUAL DE BIENES CIVILES Y COMERCIALES*, Tomo II. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá. 2000. Pg. 66.

Eléctrica como un bien⁶²; cuestión por demás discutible, pero que atiende a fundadas razones, partiendo de la base de considerarla –desde una primera perspectiva- como una cosa.

Una cosa, desde la óptica técnica-jurídica, es cualquier entidad que goza de existencia real o intelectual y puede ser percibida por los sentidos⁶³. Por su parte, el bien es aquella especie dentro del género de las cosas cuya existencia además permite al ser humano satisfacer una necesidad y adquirirla para su patrimonio, lo cual representa un beneficio económico. Al respecto el profesor Biondi señala con buen tino que la diferencia entre cosa y bien, desde un punto de vista positivo constituye la caracterización de una misma entidad desde dos órbitas distintas, donde la cosa es el objeto sobre el cual se ejercita un derecho subjetivo y el bien es el interés que constituye el contenido de un derecho subjetivo⁶⁴.

En contraste, el código civil reflejando intacto el pensamiento romano y de bello, conserva la identidad entre cosa y bien dejando su dicotomía para cuestiones netamente doctrinales y así dicta la noción de bien desde dos perspectivas: bien corpóreo,

⁶² “como fuerzas difusas en la naturaleza, las ondas energéticas merecen el calificativo de cosas en sentido general, Si se pueden medir con el auxilio de contadores y son utilizados por una persona, es decir, ingresan en su patrimonio, admiten la calificación de bienes.” Ver en Velásquez Jaramillo Luis Guillermo. *BIENES*, novena edición. Editorial Temis S.A. Bta., Colombia, 2004. Pg. 4.

⁶³ Colombia, Código Civil, Artículo 653.

⁶⁴ *Comparar con*, Biondi, Biondo. *LOS BIENES*. Bosch, Casa Editorial Barcelona 1961. Pág. 34-35.

en la que la cosa goza de una existencia física perceptible por los sentidos y bien incorpóreo, donde el bien está constituido por meros derechos⁶⁵.

Ahora, si bien no es el objeto de la discusión, es necesario resaltar el yerro en que incurre el código al referenciar la clase de bienes incorpóreos como meros derechos⁶⁶, pues deja un vacío categórico respecto de las cosas que existen y no gozan de un cuerpo real ni son meros derechos. Al respecto, no sobra mencionar las tan recordadas creaciones de la inteligencia, como la propiedad intelectual; pero más allá de estas, hay que admitir definitivamente la existencia de cosas que escapan a la calificación doctrinaria y legal: aquellas que no tienen un cuerpo real, que no son derechos, pero que son apropiables, útiles y además perceptibles por los sentidos; todo esto para exponer las características eclécticas de la Energía Eléctrica y consecuentemente asumirla como un bien⁶⁷ con exclusivas peculiaridades que la hacen merecedora de un régimen jurídico especial y por demás importante.

⁶⁵ Colombia, Código Civil, Artículo 653.

⁶⁶Critica en este punto el profesor Fernando Jaramillo mencionando que: *“Resalta la impropiedad técnica de la norma en comento, pues si bien es cierto que ontológicamente, cosas corporales son todos los objetos que teniendo individualidad de presencia tienen las categorías de temporalidad y espacialidad, es decir, ser real, no lo es que puedan denominarse cosas incorpóreas a los objetos que no tienen la tal individualidad de presencia, ni las categorías de temporalidad y espacialidad, pues ellos no existen, simplemente consisten, como las esencias, las relaciones y los conceptos matemáticos.”* Ver en Jaramillo Jaramillo, Fernando y Rico Puerta, Luis Alfonso. *DERECHO CIVIL II, BIENES. TOMO I DERECHSO REALES*. Leyer, Bogotá. 2001. Pg. 31.

⁶⁷ No obstante existen también grandes y no menos importantes argumentos sobre la no consideración de la Energía como un Bien y por su parte se limitan a resaltar solamente las utilidades cuantificables de la energía como el objeto de la prestación, es decir, un Derecho de Crédito: *“nadie puede ser dueño ni titular de derecho real alguno sobre la energía. Una relación poseso-*

De esta manera, asumiendo lo ya esgrimido, un bien:

- Debe tener algún valor, teniendo en cuenta este concepto como una virtualidad para satisfacer ciertas necesidades económicas o sociales. Respecto de la energía eléctrica, éste parece ser el aspecto más destacable en lo que a sus propiedades se refiere. La Energía eléctrica socialmente es apreciable en el entendido que suple y respalda tantas necesidades como actividades desarrolla el hombre en el mundo moderno, tan es así que lo acompaña desde el comienzo hasta el fin del día, en mayor o menor medida y en aspectos más o menos suntuosos, dependiendo del personaje que de ésta haga uso. Por su parte económicamente es también apreciable y basta nomas con echar un vistazo al mercado eléctrico Colombiano y darse cuenta de las millonarias transacciones realizadas por este concepto⁶⁸.
- Ocupa un lugar en el espacio y es perceptible por los sentidos. Se debe asumir desde acá lo anacrónico que resulta esta propiedad, en el entendido que dadas las nuevas condiciones de la sociedad moderna, es posible la existencia de cosas sin soporte material. Como se viene sosteniendo en estas líneas y en un gran sector

ria sobre una energía es imposible. Tan imposible como pretender reivindicar una energía. La empresa de electricidad más poderosa del mundo no tiene en el activo de su patrimonio ni un solo vatio de energía eléctrica” ver en , Edmundo Gatti, TEO- RÍA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES, buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, Pág. 207. Citado en Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. BIENES, novenaedición. Editorial Temis S.A. Bta., Colombia, 2004. Pg. 4.

⁶⁸ EN 2011 Colombia exportó cerca de US\$ 100 millones de energía eléctrica. Según el diario en publicación del 8 de Febrero de 2012.

de la doctrina; se dice pues que “El bien inmaterial al que se refiere el derecho absoluto constituye, precisamente, un bien externo al sujeto, objetivamente disciplinado en su construcción o individualmente determinado, cuyas utilizaciones se contraponen a las de la cosa material –o energía- en la que se ha materializado”⁶⁹. Por su parte, como se ve, es evidente que la energía eléctrica está sujeta a manifestaciones físicas dentro del ámbito de las dimensiones de la realidad física.

- Es susceptible de apropiación. Esto es, la posibilidad de ingresar a un patrimonio; al respecto recuerda Biondi que “cualquier energía, natural o producida por el hombre, que pueda ser sometida al poder del hombre, o presente utilidad socialmente apreciable, es bien, y consiguientemente, puede constituir objeto de derechos”⁷⁰. Al respecto, se tiene claro que la energía eléctrica constituye siempre un bien comercial a tal punto que previo a su uso práctico, esta pasa por una gran variedad de transacciones comerciales en el proceso de Generación, Trasmisión, Distribución y Comercialización; atravesando por más de un patrimonio.

Así pues, hasta acá se logró identificar la energía eléctrica con todas las condiciones que desde la literatura jurídica se describen acerca de un bien, de esta forma, no basta

⁶⁹ Ver en, Larenz, Karl, *DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL*, p. 373. citado en *Recurso electrónico*, Jorge N. Labanca Abogados. *TEORÍA DEL DOMINIO PÚBLICO Y RADIOELECTRICIDAD UTILIZADA EN TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN*. URL: http://www.estudiolabanca.com/?p=704#_ftn40.

⁷⁰ Ver en, Biondi, Biondo, *LOS BIENES*, Trad. de la 2da edición italiana de Antonio de la Esperanza Martínez Radio, pgs. 65 y 66, ed. Bosch, Barcelona, 1961. citado por , Laquis, Manuel, *DERECHOS REALES, TOMO I*, Depalma, Buenos Aires, 1975, pág. 104. citado en *Recurso electrónico*, Jorge N. Labanca Abogados. *TEORÍA DEL DOMINIO PÚBLICO Y RADIOELECTRICIDAD UTILIZADA EN TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN*. URL: http://www.estudiolabanca.com/?p=704#_ftn40.

sino con terminar haciendo uso de la experiencia legislativa y judicial en que se ha tratado el tema:

Las leyes 142 y 143 ambas de 1994 se encargan de dar un contexto jurídico para la prestación de la Energía Eléctrica como un servicio Público y para su producción y comercialización, respectivamente; a partir de la regulación que estas normas engendran, se infiere –como se venía sosteniendo– que la Energía Eléctrica es un Bien, y aún más preciso, un Bien Mueble:

“(…)

La entidad prestadora podrá proceder igualmente al corte en el caso de acometidas fraudulentas. Adicionalmente, y tratándose del servicio de energía eléctrica, se entenderá que para efectos penales, la energía eléctrica es un bien mueble; en consecuencia, la obtención del servicio mediante acometida fraudulenta constituirá para todos los efectos, un hurto.

(…)(Subrayado fuera de texto)⁷¹

Lo anterior no obsta para especializar aún más las características de la Energía Eléctrica, a tal punto que el profesor Aroldo Quiroz propone además que se trata de un bien corporal, cuestión que si bien no es en su integridad compatible con la propuesta que en el presente escrito se plantea, tampoco deja de ser importante tenerlo en cuenta toda vez que evidentemente no existe una opinión unívoca respecto del tema. De esta

⁷¹ Colombia, Congreso de la República. Ley 142 de 1994, Art. 141.

forma el profesor Quiroz asume la lectura legal precedentemente plasmada y argumenta que teniendo consagrada en el Derecho la sustracción ilícita de la energía eléctrica⁷², donde se toma como un bien mueble, se da cuenta entonces del Derecho de Dominio –en sus palabras- que la Empresa Prestadora tiene sobre la Energía, Derecho que deviene del Código Civil en su artículo 669. De esta forma es consecuencia imperativa hablar de un Derecho Real sobre el bien en cuestión, por lo que en su concepto resulta ser, además con la ayuda de la ley 142, que se trata de un Bien Corporal Mueble.⁷³

Así, teniendo en cuenta los argumentos de carácter doctrinal y legal, basta no más con evidenciar igualmente el trato que da la Corte Constitucional, cuestión que por demás refuerza, corolario a lo expuesto, la afirmación de que la Energía Eléctrica es un tipo de Bien Mueble:

“(…)

En estos términos, las empresas demandadas toleraron a ciencia y paciencia un comportamiento que puede constituir un delito continuado contra el patrimonio, y se limitaron a facturar mensualmente el costo del bien mueble sustraído por medio de una acometida fraudulenta; en consecuencia, incumplieron durante todo ese lapso su deber de actuar de acuerdo con la ley vigente para poner término a tal situación

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Comprar con*, Quiroz Monsalvo, Aroldo. *MANUAL DE BIENES CIVILES Y COMERCIALES, Tomo II*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2000. Pgs. 66 y 67.

irregular, y para procurar que se exigiera la responsabilidad correspondiente al autor de la conducta irregular detectada, así como se abstuvieron de reclamar de él el pago correspondiente al daño y los perjuicios que ocasionó. Es indudable, en consecuencia, que las empresas accionadas incurrieron de esa manera en una vía de hecho, y con ella vulneraron los derechos fundamentales de la actora al debido proceso y a la igualdad.

(...) (Subrayado fuera de texto) ”⁷⁴

Sumado a la manera en que se ha expuesto la Naturaleza de la Energía Eléctrica como un bien, es sano concluir sobre la misma que se trata de una especialísima condición de algo que existe, cuyas particularidades hacen que el uso que se le pueda dar sea de *ipso facto*, es decir que una vez obtenida debe ser empleada porque no se trata de algo que se pueda almacenar para posteriormente ser gastada –a menos que se tengan los conocimientos y herramientas técnicas para tales efectos, que no es lo común- ni mucho menos enajenada. Así pues, para efectos técnico-jurídicos, la Energía es un Bien Mueble por naturaleza, específico o genérico⁷⁵, consumible⁷⁶, divisible⁷⁷, presente o futura⁷⁸, principal⁷⁹, comerciable, singular y privado.

⁷⁴Acá la Corte se refiere al caso en que una prestadora del Servicio Público de Energía Eléctrica permite negligentemente que uno de sus usuarios tome medidas fraudulentas para hacerse al Servicio. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-927 de 1999, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁵ Pues si se habla de energía Eléctrica en contraposición a los demás tipos de energía (calórica, eólica, etc.), se está tomando en cuenta un objeto único e individualizado, pero si se trata de cierta cantidad de Energía Eléctrica de la producción total en determinada planta, podría hablarse de un bien genérico porque no se exigirías cualidades específicas para referirse al bien.

Concluyendo, dado el proceso histórico al que se ha visto sometido el servicio público de energía eléctrica y teniendo en cuenta las circunstancias de índole técnica y política que se han visto comprometidas, es indispensable dejar sentado que si bien se han implementado instrumentos adecuados (jurídicos y tecnológicos) con el fin de brindar una mayor y oportuna asistencia, ha tomado un tiempo considerable, quedando muchas falencias por resolver pero con una base normativa fuerte como lo son la constitución, las leyes 142 y 143 de 1994 y un órgano con amplios poderes como la Superintendencia de Servicios Públicos. Todo esto, de acuerdo a las especialísimas condiciones que amerita un bien como la energía eléctrica.

⁷⁶ Pues se trata de un bien que al momento de ser usado, se extingue. “precisamente por esta razón los bienes consumibles son objeto del contrato de préstamo de consumo y no del comodato o préstamo de uso, ya que en el mutuo la cosa se usa y se consume y se responde con otra de igual calidad y cantidad, en tanto que en el comodato la cosa se usa y se restituye. Por la misma razón el usufructo no puede recaer sino sobre bienes no consumibles.” *Ver en*, Ochoa Carvajal, Raúl Humberto, *BIENES*, sexta Edición. Editorial Temis, Bogotá. 2006. Pág. 22.

⁷⁷ Pues al repartirse un lote de energía producida, ésta no pierde sus propiedades esenciales ni su función.

⁷⁸ Pues se puede negociar sobre una cantidad existente de energía eléctrica o sobre una que se espera que existirá.

⁷⁹ Ya que no depende de otro bien para existir, cuestión que no se puede confundir con que sí dependa de otros bienes para su conducción, evento en el cual sí se necesitan aparatos con particularidades técnicas para transportarla, que si se dejan de usar no significa que se vaya a perder el bien.

CAPÍTULO III A

SOBRE LOS ASPECTOS TÉCNICOS DEL SECTOR ELÉCTRICO: LOS PRINCIPALES BIENES INVOLUCRADOS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

La prestación del servicio público de energía eléctrica requiere de una infraestructura tecnológica con características que le son únicas debido a que al fluido eléctrico le son propias unas particularidades de orden físico y natural que hacen que su prestación sea bastante más compleja que la de cualquier otro servicio público. Adicionalmente, para llevar a cabo una aproximación general al régimen jurídico de la propiedad y eventualmente otro tipo de Derecho Real sobre los Bienes Usados en la prestación de la Energía Eléctrica como servicio público, se requiere distinguirlos e individualizarlos con cierta precisión, de suerte tal que a cada categoría se le pueda situar en un marco de efectos jurídicos propio.

Por un lado, se pretende abordar esta tarea desde una perspectiva técnica y detallada; buscando diferenciar cada categoría jurídicamente relevante, lo que consecuentemente permitirá tratar diferentes bienes dentro de un mismo grupo, o darle un tratamiento diferente a un mismo bien, dependiendo de la etapa de la prestación del servicio en que este sea empleado; en otras palabras, lo que se busca es establecer una comprensión práctica y jurídicamente relevante, de todo el entramado que encierra una red eléctrica.

Como se mencionó anteriormente, la electricidad es un fluido⁸⁰; no obstante, a diferencia de la mayoría de los demás fluidos existentes en la naturaleza, ésta no puede ser almacenada durante mucho tiempo a grandes escalas. En esa medida, se hace necesario darle un manejo lineal y unificado desde su generación, hasta la prestación final del servicio suministrada directamente a cada uno de los usuarios. Por esta razón, la red eléctrica podría definirse preliminarmente, como el conjunto de bienes destinado a hacer efectiva la prestación del servicio público de energía eléctrica. Partiendo de esta definición, y tomando como guía la clasificación de las etapas de la prestación de este servicio público contenida en la ley 142 de 1994⁸¹, se procede entonces a explicar de manera sucinta, el funcionamiento de la red eléctrica y los activos de que se compone.

5.1 GENERACIÓN

En primer lugar habría que entrar a tratar la Generación. Ésta es la etapa en la cual se llevan a cabo todas las acciones tendientes a producir energía eléctrica mediante la transformación de otras formas de energía como la potencial, eólica, cinética o la térmica, las cuales a su turno se obtienen de diversas formas, como el direccionamiento de caídas de agua (generación hidroeléctrica), o la quema de diferentes clases

⁸⁰ Un fluido es todo cuerpo cuyas moléculas están débilmente atraídas, si se les compara con un sólido; esto implica que son fácilmente maleables y que no tienden a preservar una morfología determinada. Ver en, *Recurso Electrónico* http://www.windows2universe.org/physical_science/physics/mechanics/fluids.html&lang=sp. Consulta Marzo de 2012.

⁸¹ Artículos 136 y siguientes. El tema también es tratado en la ley 143 de 1994, conocida como “ley eléctrica”

de combustible (generación termoeléctrica), sin mencionar las llamadas energías alternativas, que aún no logran consolidarse como una alternativa eficiente y viable para la obtención de energía eléctrica.

Esta multiplicidad de fuentes y mecanismos para producir energía eléctrica implican necesariamente una enorme variedad de bienes que posiblemente puedan estar involucrados en la generación. Ahora bien, había cuenta de que se trata de dar un vistazo objetivo y general sobre la generación, se enfatizará en la Energía Hidroeléctrica teniendo en cuenta que se trata del mecanismo más común y consecuentemente más utilizado para cubrir la oferta del mercado eléctrico. De esta manera la Instalación por la cual se lleva a cabo el procedimiento de generación es la Central Hidroeléctrica que consta en términos generales de bienes tales como: 1) la represa, que se trata de una estructura encargada de mantener el agua en un lugar alto con el fin de garantizar la fuerza suficiente para realizar la tarea de la generación; 2) la tubería forzada, que consta de conducciones especialmente diseñadas y construidas, debido a las elevadas presiones que han de soportar en toda su superficie, al estar totalmente llenas de agua, y desplazarse ésta no por la pendiente existente sino por efecto de presión⁸²; 3) el embalse, que se trata de volúmenes de agua retenidos en un vaso topográfico natural

⁸² *Recurso Electrónico*, Proyecto Fin de Carrera llamado "LA TRADUCCIÓN INVERSA DE TEXTOS TÉCNICOS SOBRE CENTRALES HIDROELÉCTRICAS Y CONTAMINACIÓN MEDIOAMBIENTAL: PUESTA EN PÁGINA WEB PARA AUTO-APRENDIZAJE.", entrada de Octubre 20 de 2004. http://usuarios.multimania.es/jrcuenca/Spanish/esp_INICIO.htm. Consulta Abril de 2012.

o artificial gracias a la realización de obras Hidráulicas⁸³; 4) la turbina, que se compone de hélices por las cuales se atraviesa la corriente de agua para forzar su movimiento con el fin de obtener la energía mecánica; y 5) Como elemento común en la mayoría de sistemas de generación de energía eléctrica (en especial de los más comunes, como los ya mencionados sistemas de generación hidroeléctrico y termoeléctrico) se cuenta con los llamados alternadores, cuyo movimiento da lugar a la generación de energía eléctrica a partir de la energía mecánica dando como resultado una fuente de corriente alterna⁸⁴.

Una vez llevada a cabo la generación de la energía eléctrica, toda la infraestructura del sistema de suministro eléctrico va a estar encaminada a direccionar el fluido eléctrico desde el lugar de su generación, hasta el consumidor final, pues, según se dijo anteriormente, aún no existe la tecnología necesaria para almacenarlo y preservarlo. Pero esta conducción resulta tener muchas más complejidades de las que podrían esperarse, de suerte tal que a partir de este punto y hasta la llegada al usuario final se encuentra una enorme cantidad de dispositivos encaminados a ese fin, lo cuales gozan de una regulación particular, según la etapa en que sean utilizados.

⁸³ *Comparar con*, M. E. GUEVARA. *ESTRUCUTRAS HIDRÁULICAS. EMBALSES*. Universidad del Cauca. Pg. 1.

⁸⁴ *Recurso Electrónico, ANALOGÍA DEL SISTEMA ELÉCTRICO*. URL: <http://www.leonardo-energy.org/espanol/07/analogia-del-sistema-electrico>.

5.2 DISTRIBUCIÓN Y TRASMISIÓN

Este momento posterior a la generación, se ha dividido en dos grandes etapas a saber: la transmisión y distribución⁸⁵. Estas etapas se distinguen entre sí por el nivel del voltaje al que viaja el fluido eléctrico, siendo mayor en el primero y disminuyendo en el segundo, con el fin de adaptarlo a las necesidades del consumidor final. Proceso en el cual el voltaje del flujo eléctrico se modifica con respecto al obtenido inicialmente al momento de la generación, con el fin de hacer más eficiente su transporte.

Estas etapas vienen a ser implementadas por:

- La red Nacional de Interconexión (STN): que se trata de un conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, incluyendo las interconexiones internacionales, destinadas al servicio de todos los integrantes del sistema interconectado nacional. Supera los 220 Kv.
- Las redes Interregionales de trasmisión (STR) : que consta de un conjunto de líneas de trasmisión y subestaciones, con sus equipos asociados, destinadas al servicio de un grupo de integrantes del sistema interconectado nacional dentro de una misma área o áreas adyacentes, determinadas por la comisión de regulación de energía y gas. Menor a 220 Kv y que no pertenecen a la red local de distribución.

⁸⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 143 de 1994.

- Las redes de distribución (SDL): que se trata del conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, destinados al servicio de los usuarios de un municipio o municipios adyacentes o asociados mediante cualquiera de las formas previstas en la Constitución Política⁸⁶. Menor a 220 kv y no pertenecen al sistema de transmisión regional.

Así pues, como se viene comentando, este cambio de voltaje, se lleva a cabo mediante un procedimiento denominado transformación⁸⁷, el cual se ejecuta mediante el uso de unos dispositivos denominados transformadores, elementos de enorme importancia en cualquier sistema de suministro eléctrico, pues además de modificar el voltaje del fluido eléctrico, también son utilizados para lograr el cambio de fase y el control del flujo de energía y además son los que conectan a las estaciones generadoras con la red eléctrica en su conjunto⁸⁸.

5.3 LOS TRANSFORMADORES

Es por esto que los transformadores son de necesario uso en diferentes puntos del sistema de suministro eléctrico

Debido al uso extendido de la corriente alterna en los sistemas de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en el territorio nacional y aún internacio-

⁸⁶ Colombia, Congreso de la República. ley 143 de 1994, Artículo 11.

⁸⁷ *Comparar con*, Bean Richard L. *TRANSFORMADORES PARA LA INDUSTRIA ELÉCTRICA*, Compañía Editorial Continental S.A., México D.F. 1963. Primera edición.

⁸⁸ *Ibíd.*

nalmente, se han empleado en mayor medida los transformadores trifásicos, que son los adecuados para esta clase de corriente.⁸⁹ No obstante lo anterior, es posible hacer uso de tres transformadores monofásicos que desempeñen la misma función. En ese sentido, es posible afirmar que ambos tipos de transformadores pueden ser usados en una red de transmisión promedio. Claro está que el tipo de transformador y el uso que se le dé, estará condicionado por el punto en el que se encuentre, dentro del sistema de suministro.

Por esta razón, es necesario detenerse en este dispositivo en concreto, pues son muchas las formas que puede revestir, y según se dijo, también son muchos los usos que pueden llegar a tener.

En primer lugar se encuentran los transformadores de generador, que son, como lo indica su nombre, los que suministran energía a una línea de transmisión proveniente de una planta generadora; por consiguiente son de enorme capacidad y volumen. En segundo lugar se encuentran los transformadores de subestación, que son los encargados de reducir el nivel del voltaje, de forma tal que pueda llevarse a cabo la distribución; son completamente distintos a la primera categoría de transformadores en sus características técnicas aunque también son de gran tamaño⁹⁰.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*

Cabría anotar que una estación de sub transmisión cuenta con una gran variedad de dispositivos adicionales que hacen posible el funcionamiento del transformador principal, tales como transformadores auxiliares, pararrayos, relevadores térmicos, fusibles, dispositivo de desahogo, entre otros. No obstante lo anterior, es claro que las tecnologías varían mucho en función del tiempo y los recursos económicos disponibles al momento de construir y operar un sistema de suministro eléctrico, razón por la cual todas estas características y componentes son susceptibles de variación.

Por último se encuentran los transformadores de distribución, que son los que hacen descender el nivel del voltaje, al llamado “nivel de utilización”, es decir, el nivel de voltaje apropiado para los usos domésticos o industriales de los consumidores directos. Estos transformadores se encuentran al final de la cadena de distribución y se les puede ver en los postes eléctricos de donde una pequeña red de líneas eléctricas, hace llegar la energía a los hogares o industrias consumidores. En relación con este tipo de transformadores también cabe señalar que son los que más cambian entre sí, pues su extendido uso y las diferentes necesidades de los consumidores, hacen que exista una enorme oferta y una amplia gama de marcas y tecnologías diferentes, a diferencia de las categorías anteriores.

Existen tres tecnologías, principalmente usadas en los transformadores de distribución: Sistemas radiales, sistemas de redes y sistemas de bancos de secundarios.⁹¹ A este tipo

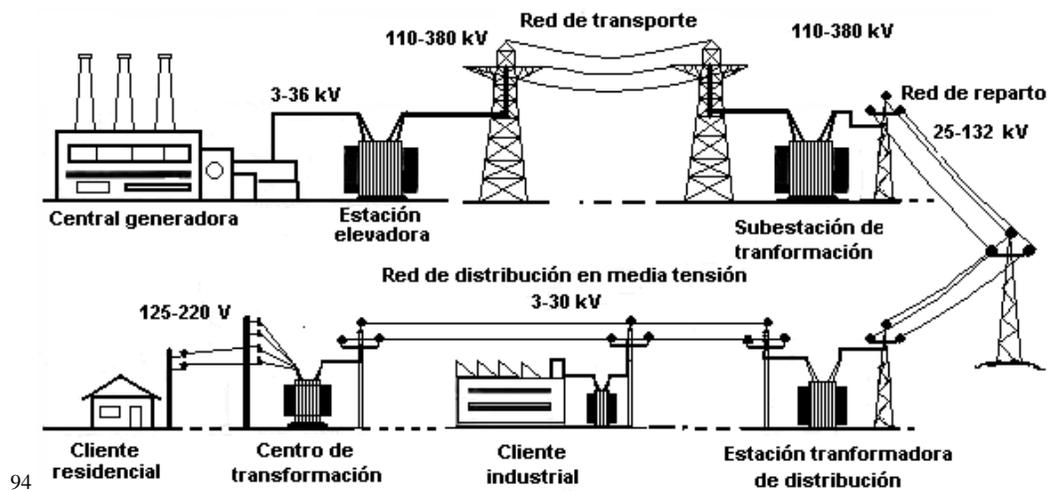
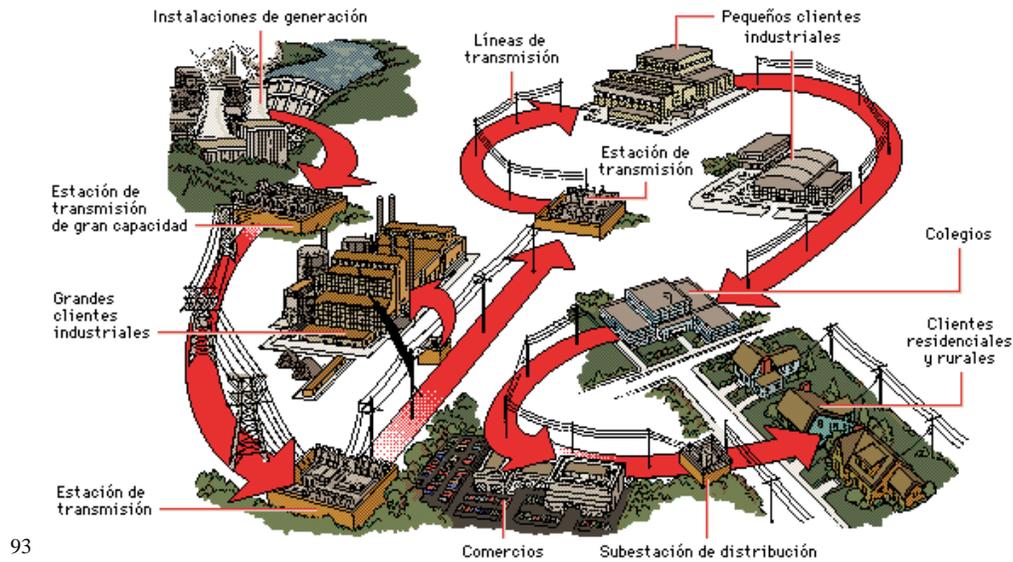
⁹¹ *Ibíd.*

de transformadores también se les acompaña usualmente de pararrayos y fusibles, lo que permite un adecuado funcionamiento del sistema.

Vistos los principales tipos de transformadores, queda referirse a las líneas de transporte de energía, que serán los llamados a conducir el fluido eléctrico en cada una de las etapas previamente enunciadas. Estas líneas se componen principalmente de cables de conducción, fabricados por materiales conductores, como el cobre, además de empalmes y conexiones, que unidos a los conductores de alambre, aseguran la continuidad del flujo⁹². Sumado a lo anterior, una red de transporte debe contar con herrajes que se usan para fijar aisladores al conductor y al apoyo, Aisladores, que son los encargados de proteger la conducción de pérdidas de flujo indeseadas y los apoyos que sostienen todo el sistema de redes de distribución eléctrica; en esta categoría se encuentran los postes y torres de energía, que varían su tamaño y material, según las necesidades técnicas de la etapa en que sean empleados. Así pues, hay desde enormes torres de energía para las principales redes de transmisión, hasta simples postes de madera u hormigón, para los usuarios medianos y pequeños del servicio.

De esta forma ha quedado sumariamente expuesto el funcionamiento básico de una red de suministro eléctrico, y los principales bienes que la componen, cuestión que abona el terreno para poder delimitar aspectos jurídicos relevantes a la prestación del servicio público de energía eléctrica.

⁹² *Comparar con*, Checa, Luis María. *LÍNEAS DE TRANSPORTE*. 3ª Edición. Editorial Marcombo, 2 de Abril de 2008.



⁹³Imagen tomada de la página web <http://www.monografias.com/trabajos13/genytran/genytran.shtml>. como se desprende de este esquema, los usuarios del servicio público de energía eléctrica se distinguen según el volumen de su demanda energética, pues a un mayor consumo, el suministro se hará a un mayor voltaje y vice-versa, lo que implica que cada uno de ellos requiere transformadores diferentes que se adapten a su circunstancia específica.

CAPÍTULO III B

DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE PROPIEDAD APLICABLE EN LA ACTUALIDAD, A LOS PRINCIPALES BIENES INVOLUCRADOS EN EL PROCESO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

Después de llevar a cabo esta labor descriptiva, se entrará directamente a analizar lo que se considera constituye en centro de la controversia, es decir todo lo relativo al régimen de propiedad y otros derechos reales sobre los bienes en cuestión; en este punto se volverá a hacer un análisis normativo, pero desde otra perspectiva. Ya no se hará un recuento descriptivo, sino que se llevará a cabo un análisis interpretativo sobre esas normas. Adicionalmente esta etapa se diferenciará de la anterior, en que las normas a analizar ya no se refieren al marco general dentro del cual se desenvuelve la prestación del servicio público de energía eléctrica, sino que se refieren concretamente a los diferentes aspectos Jurídicos que determinen el Régimen Público o Privado aplicable a tales bienes.

Para el propósito de esta sección es importante tener en cuenta, dependiendo de la fase en la prestación del servicio público, los más importantes instrumentos utilizados para cada función específica; pero concomitantemente se debe tener conciencia sobre la posibilidad de que todo un conjunto de bienes usados en determinada etapa puedan

⁹⁴ <http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/b/b1/Redelectrica2.png>

tener un solo régimen dominical aplicable (público, privado o mixto) , para lo cual se analizará la calidad del ente en cabeza del cual recae su propiedad y eventualmente otros Derecho Reales.

Sin embargo hay que dejar salvedad desde un principio sobre la forma en que nuestra Comisión de Regulación de Energía y Gas – máxima entidad regulatoria sobre el tema- se refiere a los bienes sobre los que trata este escrito. Así pues la CREG en resolución Número 62 del año 2000, artículo 1 sobre definiciones:

“Activos de conexión. Son aquellos Activos que se requieren para que un generador, un usuario u otro transportador, se conecten físicamente al Sistema de Transmisión Nacional, a un Sistema de Transmisión Regional, o a un Sistema de Distribución Local. Siempre que estos Activos sean usados exclusivamente por el generador, el usuario o el transportador que se conecta, o exclusivamente por un grupo de usuarios no regulados o transportadores que se conecten, no se considerarán parte del Sistema respectivo.

Activos de Uso del STN. Son aquellos Activos de transmisión de electricidad que operan a tensiones iguales o superiores a 220 Kv, son de uso común, se clasifican en Unidades Constructivas y son remunerados mediante Cargos por Uso del STN”.

Lo anterior deja ver que, desde un lenguaje técnico, es procedente referirse a tales bienes como “activos eléctricos” siempre y cuando se trate de activos usados por un agente que interactúa en el proceso de generación, transmisión, distribución y comer-

cialización de energía eléctrica y los use con el fin de hacerse parte en el Sistema de Interconectado Nacional.

6.1 LA GENERACIÓN

En primer lugar está la generación –hidroeléctrica específicamente–, donde como ya se dejó expuesto intervienen una serie de estructuras, que dado que representan una utilidad e incremento patrimonial para su dueño, se consideran bienes en un sentido estrictamente jurídico⁹⁵. Así pues, la represa, la tubería forzada, el embalse, el generador y la turbina se tratan de un conjunto de bienes en cabeza generalmente de una misma persona jurídica, ya que sin lugar a dudas tienen un muy alto valor económico y por tanto evidentemente escapan a la clase de bienes que una sola persona natural tendría en su patrimonio. Consecuentemente, por esta línea de razonamiento se llega al punto de tener que indagar sobre las cualidades corporativas que pueden llegar a tener las Empresas dueñas de estas estructuras y finalmente inferir el régimen dominical aplicable, no sin antes tener en cuenta (independientemente del régimen jurídico aplicable) las formas en que pueden establecerse los tipos de generadores en la reglamentación del mercado de energía eléctrica:

⁹⁵ *Comprar con*, Quiroz Monsalvo, Aroldo, *MANUAL DE BIENES CIVILES Y COMERCIALES*, Tomo II. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2000. Pgs. 66 y 67.

- En primer lugar están los generadores que poseen plantas o unidades de generación conectadas al Sistema Interconectado Nacional, con capacidad mayor o igual a 20 Mv. Están igualmente obligados a ofertar para el Despacho Central⁹⁶.
- Están también Los generadores que poseen plantas menores o unidades de generación conectadas al Sistema Interconectado Nacional, con capacidad mayor o igual a 10 Mv y menor a 20 Mv y que pueden optar por participar en la oferta para el Despacho Central⁹⁷ o no.
- En tercer lugar se tiene a “Los autogeneradores, aquellas personas naturales o jurídicas que producen energía eléctrica exclusivamente para atender sus propias necesidades. Por lo tanto, no usan la red pública para fines distintos al de obtener respaldo del Sistema Interconectado Nacional”⁹⁸.
- Y por último “Los cogeneradores, aquellas personas naturales o jurídicas que producen energía utilizando un proceso de cogeneración, entendiendo como cogeneración, el proceso de producción combinada de energía eléctrica y energía térmica, que hace parte integrante de una actividad productiva, destinadas ambas al consumo propio o de terceros y destinadas a procesos industriales o comerciales. Los cogeneradores pueden vender sus excedentes y atender sus necesidades en el MEM, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la CREG. La reglamentación aplicable a las

⁹⁶ República de Colombia, Comisión de Regulación de Energía y gas. Resolución 054 de 1994.

⁹⁷ República de Colombia, Comisión de Regulación de Energía y gas. Resoluciones 086 de 1996 y 039 de 2001.

⁹⁸ República de Colombia, Comisión de Regulación de Energía y gas. Resolución 084 de 1996.

transacciones comerciales que efectúan estos agentes, está contenida en las Resoluciones CREG-085 de 1996 y CREG-039 de 2001”⁹⁹.

Así, Como se viene exponiendo, la Central Hidroeléctrica es la estructura por medio de la cual se implementa la primera etapa (Generación) de la prestación de la Energía Eléctrica, subsecuentemente, las personas jurídicas que se encargan de hacer uso de la misma terminan siendo prestadoras de servicios públicos. Así, bajo el ordenamiento jurídico Colombiano, encontraremos que tales empresas pueden tener un régimen Público, Privado o Mixto; por tales razones es necesario sopesar y encontrar en la realidad del Sistema Eléctrico Colombiano las calidades desde las que actúan las diferentes Prestadoras de Servicios Públicos.

En primer lugar se debe tener en cuenta, de la mano de lo concluido en el primer capítulo, que si bien son empresas prestadoras de servicios públicos, esto no significa necesariamente que todas pertenezcan al sector público. De esta manera la Ley 142 de 1994 dispone en su artículo 15 sobre las personas que pueden prestar los servicios públicos:

“ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

⁹⁹Unidad De Planeación Minero Energetica-Upme, República de Colombia, “UNA VISION DEL MERCADO ELECTRICO COLOMBIANO”. Bogotá, Julio del 2004.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas”.

Así entonces, de acuerdo a la línea argumentativa que se lleva, las personas Generadoras de Energía Eléctrica son prestadoras de servicios públicos; pueden subsecuentemente tomar cualquiera de las figuras autorizadas por la ley anteriormente expuestas y que en pocas palabras se identifican con:

- Comunidades Organizadas.
- Las entidades territoriales.
- Empresas de servicios públicos. (públicas, privadas o mixtas)
- Autogeneradores.

Consecuentemente se van a ver inmersas en un régimen privado o público según su constitución y el origen del capital. Por un lado, en los términos del decreto 1981 de

2003 “se entiende por comunidad organizada a la asociación de derecho, sin ánimo de lucro, integrada por personas naturales y/o jurídicas, en la que sus integrantes estén unidos por lazos de vecindad y colaboración mutuos en beneficio del desarrollo local y la participación comunitaria”. De tal forma que si la prestadora de servicios que adoptara esta figura jurídica con el fin de Generar Energía Eléctrica e implementaran los bienes necesarios para tal fin (y anteriormente descritos), el régimen dominical aplicable a los mismos sería el privado y desarrollado de acuerdo al tipo de asociación sin ánimo de lucro en la cual están constituidos.

Por su parte, está dentro de las posibilidades brindadas por la ley que el servicio público igualmente pueda ser prestado por las Entidades Territoriales directamente, de lo que se infiere inmediatamente que la Central Hidroeléctrica que eventualmente está bajo el dominio de la Entidad Territorial, va a estar bajo un régimen Público. Cuestión similar ocurre en el evento del artículo 17 de la ley 142, en su párrafo 1, donde se permite que “ Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado”; pues se aplicará igualmente el Régimen Público.

Ahora bien, tratándose de Empresas bajo la organización corporativa de Sociedades por Acciones, se tiene que su Régimen Dominical aplicable estará supeditado-como se ha dicho- al origen de los aportes que conforman su capital. Así es como pueden existir conformadas por capital público, privado o mixto para lo cual en principio es

suficiente resaltar que aquellas con capital público (Sociedades Públicas)¹⁰⁰ y las Sociedades de Economía Mixta con capital público mayor al 90% son las que van a presentar un régimen netamente público en su manejo, lo cual incluye la propiedad de los bienes de los cuales la empresa se sirva, en nuestro caso para prestar el servicio público de producción de energía eléctrica y por ende el mismo régimen de las Empresas industriales y Comerciales del Estado¹⁰¹.

Respectivamente, en tratándose de Sociedades por acciones con capital privado o Sociedades de Economía Mixta con capital público menor al 90%, se basará en un régimen dominical netamente privado obedeciendo por lo demás al artículo 97 de la Ley 489 de 1998 que así lo dispone respecto de las Sociedades de Economía Mixta.

Finalmente, teniendo en cuenta que hasta ahora se menciona la autogeneración como una posibilidad, se debe dejar claro que en esa figura interactúan en el proceso el mismo tipo de instrumentos para llevar todo el ciclo expuesto en el capítulo 2, con la gran diferencia de que se trata de un procedimiento a menor escala y donde cada fase está a cargo de un mismo particular (procedimiento que varía dependiendo del tipo de generación empleado), los cuales solo eventualmente están conectados con el Sistema de Transmisión Nacional en el caso de comercializar algo de la energía por ellos producida.

¹⁰⁰ Colombia, Congreso de la República. ley 489 de 1998, Artículo 96.

¹⁰¹ Colombia, Congreso de la República. ley 489 de 1998, Artículo 97, párrafo 1.

En conclusión, respecto de lo correspondiente a la Generación de Energía Eléctrica y el régimen de propiedad sobre los bienes necesarios para tal proceso, como se puede inferir del texto; se trata de un régimen relativo a las cualidades de la persona jurídica o natural dueña y encargada de administrar ese procedimiento. De esta forma no hay discusión alguna en tratándose de un generador privado o público, pues se entiende que hay un claro manejo y no existen conflictos respecto el Dominio de tales Instrumentos. Finalmente no sobra mencionar respecto de los bienes que entran en el haber, en nuestro caso de las Generadoras de carácter Público, que se tratan de bienes de la clase de los Fiscales, los cuales están sujetos al régimen del Derecho Privado sin perjuicio de lo que al respecto dispongan leyes especiales¹⁰². Se tratan de Bienes que están en la misma situación jurídica que los bienes de los particulares. Por consiguiente, son comerciables, pueden enajenarse, hipotecarse, embargarse y ganarse por prescripción¹⁰³. “Dada la situación jurídica de los bienes fiscales, el Estado puede reglamentar su uso y goce; con esto no hace sino ejercitar legítimamente las facultades que el derecho de propiedad otorga a su titular”¹⁰⁴. En pocas palabras, son bienes propiedad del Estado que, a diferencia de los Bienes de uso Público, reciben un uso asimilado al de los bienes privados; por parte de agentes del Estado o por quien la ley autorice sin llegar a hacerse dueño de estos.

¹⁰² *Comparar con*, Arturo Alessandri R. Manuel Somarriva U. y Antonio Vodavonic H. *TRATADO DE DERECHO CIVIL, PARTES PRELIMINAR Y GENERAL. TOMO II*. Editorial Jurídica de Chile. 1998. Pg. 104.

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*

6.2 TRASMISIÓN

Como se ha venido explicando, el régimen jurídico de cada uno de los activos eléctricos intervinientes en la cadena de suministro de energía eléctrica, depende principalmente de la naturaleza jurídica de la entidad o empresa encargada de su operación.

En ese sentido, el análisis del régimen de los activos que intervienen en el proceso de la transmisión parte del mismo esquema que se ha venido trazando a lo largo del presente capítulo, que es el de determinar la naturaleza jurídica de los activos en particular de acuerdo con la naturaleza jurídica de sus titulares.

De acuerdo con lo mencionado en el capítulo anterior, la transmisión es el conjunto de actividades que se llevan a cabo desde la generación de la energía, con el fin de llevarla hasta una red de distribución. El conjunto de bienes mediante el cual se lleva a cabo a transmisión, se conoce como Sistema de Transmisión Nacional (STN)¹⁰⁵ y Sistema de Transmisión Regional (STR)¹⁰⁶, según se trate de redes de más de 220 Kv para el primero y de menos de 220 Kv para el segundo¹⁰⁷. De esta forma, el régimen jurídico de los todos los bienes que se puedan categorizar bajo la definición anterior, dependerá de la naturaleza jurídica de sus titulares.

¹⁰⁵ República de Colombia, Comisión de Regulación de Energía y Gas. Resolución 060 del 2000.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*

La transmisión se encuentra operada principalmente por empresas estatales, lo que consecucionalmente da lugar a un tratamiento de bienes fiscales, sobre los del sistema de transmisión. Sin embargo también existen empresas de economía mixta con participación estatal menor al 90 por ciento y unas pocas empresas privadas, lo que da lugar a concluir que el régimen dominical aplicable también puede estar regido por las normas de derecho privado.

Este ejercicio de comprobación, como se ha planteado desde el comienzo del capítulo, no parece entrañar mayores complicaciones, pues determinar la naturaleza pública o privada de un propietario de un activo eléctrico en particular, únicamente requiere de una verificación de ciertas condiciones según sea el sujeto; es un ejercicio puramente formal.

Cuando el propietario es una sociedad por acciones, únicamente se requiere comprobar la composición accionaria de la sociedad en cuestión (que es el único sujeto cuya naturaleza jurídica puede ser privada o pública). En lo referente a las comunidades organizadas y cualquier entidad estatal, es posible establecer de entrada, sin mayores consideraciones, que cuando las primeras son prestadoras y propietarias, el régimen dominical es de derecho privado, y cuando es el Estado directamente, siempre va a ser de derecho público.

Baste indicar que la regulación en esta materia por parte de la CREG y demás entidades encargadas, no reviste mayores complicaciones, en lo que tiene que ver con la

transmisión. De suerte tal que el problema comenzará a vislumbrarse en etapas ulteriores.

6.3 DISTRIBUCIÓN

Este punto, de acuerdo a todo lo precedente, se trata de un sistema dirigido a la repartición de la Energía eléctrica que fue producida y comercializada para finalmente ser entregada a un usuario. Igualmente, como ya se explicó, en esta etapa interviene el SDL o sistema de distribución local, que como su nombre lo indica, se trata de las redes de distribución municipales o distritales; conformado por el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan a tensiones menores de 220 Kv y que no pertenecen a un Sistema de Transmisión Regional por estar dedicadas al servicio de un sistema de distribución municipal, distrital o local¹⁰⁸. Esta red de transporte en su mayor extensión va a ser propiedad de la Empresa Prestadora de servicios públicos que se sirve de ellos para realizar su objeto en el orden de ideas expuesto al principio del presente capítulo sobre las calidades que puede tener el prestador del Servicio público.

Sin embargo, se han venido presentando fenómenos en esta etapa de distribución, los usuarios del servicio público de energía eléctrica son los propietarios de algunos de los activos necesarios para la recepción de la energía, generando esto una serie de nuevos eventos relevantes en materia jurídica, verbigracia un cambio en el trato que

¹⁰⁸ República de Colombia, Comisión De Regulación De Energía Y Gas, resolución 063 del 2000.

se les da en materia tarifaria, o la posibilidad de que sean tomados como operadores de red.

Estas nuevas situaciones de hecho, no han sido claramente reguladas por el legislador ni por las autoridades administrativas competentes, y por lo mismo generan incertidumbre sobre la titularidad del derecho de dominio que recae en cada uno de los instrumentos utilizados para prestar el servicio, específicamente sobre las acometidas y los transformadores de los que se sirven las empresas prestadoras para realizar su actividad; de tal forma se encuentra como un vacío normativo que se tratará en el siguiente capítulo.

Por último, otro asunto que puede ser considerado relevante, dentro de lo referente a la transmisión eléctrica (también aplicable a las demás etapas de prestación del servicio público de energía eléctrica, especialmente en la distribución), y es la forma en que los propietarios de la red eléctrica pueden hacer uso de los distintos espacios necesarios para situar las redes y demás elementos, como por ejemplo los transformadores, los cuales, por simple imposibilidad práctica y económica, no pueden situarse siempre en inmuebles de propiedad del mismo sujeto. De suerte tal que sobre este aspecto en particular cobra vital importancia el análisis del derecho real de servidumbre, en concreto, las servidumbres eléctricas.

Este derecho real accesorio, encuentra su desarrollo normativo principalmente en el código civil. No obstante, en materia de transmisión y distribución de energía eléctri-

ca, existen disposiciones de aplicación especial, que modifican en aspectos muy concretos lo establecido por el código civil, como por ejemplo la ley 126 de 1938 (que es la que determina la existencia de esta clase de servidumbres¹⁰⁹) y la ley 56 de 1981.

En esas normas se profundiza sobre la necesidad de llevar a cabo un procedimiento con exigencias particulares, estrictamente sujetas a las necesidades técnicas del trazado en cuestión. Adicionalmente se crea un procedimiento complementario a las normas generales del código de procedimiento civil, para llevar a cabo la constitución de la servidumbre, caracterizado por ser sumario.

Las normas en comento también procuran darle al propietario de los bienes inmuebles gravados con la servidumbre eléctrica, medios y mecanismos para lograr una acertada tasación de perjuicios y su consecuente indemnización, en caso de que el tendido de las redes eléctricas pueda generarlos.

De esta forma, es posible adoptar como conclusión provisional, en lo referente a las servidumbre eléctricas, que se preserva un régimen dominical muy similar al establecido en el código civil y demás normas conexas que regulan el asunto de forma general, haciéndose unas pequeñas adiciones normativas en asuntos muy concretos, con el fin de darle más celeridad a un asunto que reviste vital importancia, como lo es la

¹⁰⁹Colombia, Congreso de la República, Ley 126 de 1938, artículo 18. “Grávense con la servidumbre legal de conducción de energía eléctrica los predios por los cuales deben pasar las líneas respectivas. “

prestación del servicio público de energía eléctrica, que como bien es sabido, es de orden público.

Como se vio, el procedimiento de prestación del servicio público de energía eléctrica consta de principalmente 4 fases, cada una con instrumentos y normas específicas, cuestión que logra encuadrarlo en un contexto particular atendiendo a todas aquellas particularidades que lo hacen ameritar un específico tratamiento. Es así como en un primer plano se debe concluir acerca del derecho real de dominio, como los demás que eventualmente se vean involucrados, sobre los bienes necesarios para realizar las tareas, están sujetos a la posición jurídica en que se ubique la persona jurídica o natural que intervenga en la actividad dentro del proceso, ya sea generación, transmisión, distribución o comercialización; derecho que va a verse afectado por un régimen público o privado atendiendo por lo demás a la situación que el ordenamiento disponga, siendo la mayor de las veces determinante el origen del capital.

CAPÍTULO IV

LA EVENTUAL AUSENCIA DE REGULACIÓN DENTRO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS BIENES QUE INTERVIENEN EN DETERMINADAS ETAPAS DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN COLOMBIA.

Como se alcanzó a esbozar en el capítulo anterior, y teniendo en cuenta el objetivo del presente-exponer posibles falencias en el régimen jurídico de los activos eléctricos-; es necesario ahora describir lo que, desde una perspectiva objetiva, representan algunos puntos en donde no se ha realizado el mejor esfuerzo normativo para abordar el tema. El régimen jurídico aplicable a cada uno de los bienes que conforma la cadena de suministro eléctrico, como cualquier otro segmento del ordenamiento jurídico, puede no tener un alcance plenamente identificable, cuestión que se explica por limitaciones de orden lingüístico y normativo, cuyo análisis es más propio de la teoría normativa en general (no de una disciplina específica, como por ejemplo el derecho de los servicios públicos). Es de esta forma que surgen vacíos, no sólo interpretativos, sino también normativos, entendiendo estos últimos como aquellos en los que no hay norma alguna que gobierne un supuesto de hecho particular, o lo hace de manera insuficiente.

Identificar plenamente estos vacíos, ya es en sí una labor compleja en extremo, más aún si se lleva a cabo desde un escenario puramente académico, prescindiendo del elemento casuístico dado por la experiencia, que es en últimas, el llamado a sacar a

flote los vacíos y omisiones dentro de un sector del ordenamiento jurídico. Sin embargo es posible elaborar un catálogo de las omisiones más preponderantes, sin que por ello se pretenda afirmar que son las únicas; simplemente se trata de aquellas que son consideradas como las más relevantes, de acuerdo con lo que se podría esperar de una regulación idealmente adecuada. Adicionalmente es viable esbozar la existencia de determinadas zonas grises; aquellas donde se considera pertinente ahondar y esclarecer determinados supuestos, que de entrada pueden no ser enteramente claros.

Así pues, a continuación se empezará discutiendo sobre la idoneidad de la regulación realizada por la CREG y seguidamente se expondrá, específicamente en la fase de la Distribución, la falta de rigurosidad con la que se ha tratado el tema de los activos eléctricos de uso general y de conexión, la cual se evidencia en la falta de certeza jurídica sobre el trato que se le ha dado al tema; finalmente se abordará el tema de la presunta inembargabilidad de los bienes en cabeza de las comunidades organizadas que los destinan a procurar el servicio público de energía eléctrica, cuestión trascendental en lo que respecta a las falencias que se pretenden dilucidar.

7.1 SOBRE LA REGULACIÓN DE LA CREG

Previas las anteriores consideraciones, para dar inicio a dicha labor, habría que anotar que todo el régimen jurídico aplicable a las etapas de prestación del servicio público de energía eléctrica, además de estar comprendido por las normas de orden legal y reglamentario, se compone de una regulación concreta, emitida por la comisión de

regulación de energía y gas (CREG), que como se explicó, es la máxima autoridad regulatoria en materia energética.

De suerte tal que el alcance de muchas de las normas relativas al régimen dominical, se encuentra delimitado, comprendido y complementado por muchos de esas resoluciones. En ese sentido cobra vital importancia entrar a tratar la naturaleza jurídica de esta clase de normas, para poder así establecer adecuadamente su alcance e importancia, según se ha dicho. Esta labor implica determinar el peso o importancia dentro de la jerarquía normativa de las resoluciones emitidas por las comisiones de regulación en general, para luego aplicar dicho análisis a la CREG y su regulación sobre el suministro eléctrico.

Las normas jurídicas emitidas por las comisiones de regulación de servicios públicos (entre ellas, la CREG), han tenido un diverso tratamiento jurisprudencial y doctrinario desde la constitución de 1991, que fue cuando se planteó su existencia por vez primera. De suerte tal que su correcto entendimiento, visto a la luz de la jerarquía de fuentes normativas clásica, lejos de estar unívocamente concebido, se encuentra abierto a múltiples interpretaciones y matices, de origen jurisprudencial y doctrinario.

En ese sentido, cabría mencionar en primer lugar los puntos de vista y definiciones esbozados por las altas cortes, para luego entrar a analizar un punto de vista distinto, esgrimido desde la doctrina.

El concepto de norma regulatoria no ha sido suficientemente desarrollado por las disposiciones que dieron lugar a establecer su existencia (como por ejemplo, las normas que crean las comisiones de regulación de servicios públicos)¹¹⁰. La constitución, ni la ley definen claramente su alcance y diferencias con otros productos normativos. No obstante, para la cuestión particular de la CREG, la ley 143 fue más específica que la ley 142 en relación con las demás comisiones de regulación de servicios públicos, por lo cual sería pertinente mencionar brevemente su incidencia.

Los artículos 20 y siguientes de la ley 143 se refieren expresamente a la labor regulatoria de la CREG. En ellos, a pesar de que se establece un amplio catálogo de funciones de la misma, en esencia esta ley lo que busca, es atribuirle funciones regulatorias en asuntos técnicos, tarifarios, de libre competencia y de defensa del consumidor, lo que puede ser enmarcado en la definición de norma regulatoria defendida por la corte constitucional, a la que se hará referencia más adelante. Como aspectos particulares traídos por esta ley al debate aquí planteado, cabría referirse a las funciones arbitrales que se le atribuye a la CREG, para mediar en conflictos que surjan entre actores del mercado eléctrico. También se le asigna la atribución a la CREG de “interpretar y aplicar” las definiciones allí dadas¹¹¹. Pero con independencia de lo dicho hasta aquí,

¹¹⁰ *Comparar con*, Marín Hernández, Hugo Alberto. *NORMA REGULATORIA: MITO O REALIDAD*. Revista digital de Derecho Administrativo N°3, segundo semestre de 2009. Pgs. 27-66. Universidad Externado de Colombia.

¹¹¹ Esto podría interpretarse como un intento por darle facultades reglamentarias a la CREG, tal como las ostenta el Presidente de la República.

no es suficiente lo que la ley trae en aras de resolver el problema del valor normativo de la regulación.

Partiendo de todo lo anterior, un buen método para encontrar un correcto entendimiento de la norma regulatoria, sería el de compararla con un concepto normativo mucho más delimitado, como lo es el de Reglamento¹¹².

Esta categoría normativa se caracteriza por ser bastante abierta y dada a múltiples desarrollos, pues tanto constitucional, como legalmente, se le ha otorgado la facultad de emitir normas de carácter reglamentario a múltiples entidades públicas; desde el Presidente de la República¹¹³, pasando por las entidades administrativas, incluso llegando a órganos de carácter jurisdiccional¹¹⁴. El Consejo de Estado definió el reglamento como *“El conjunto normativo generador o regulador de situaciones jurídicas generales, impersonales o abstractas, proferido por aquellos órganos del Estado que no ejercen, desde el punto de vista formal, la función legislativa, sino que, por el contrario, constitucionalmente tienen asignado, primordialmente, el ejercicio de funciones administrativas o de funciones jurisdiccionales”*.

En ese sentido, podría establecerse que las normas de carácter regulatorio revisten la calidad de decretos, pues las mismas han sido expedidas por una entidad estatal que ejerce funciones de carácter administrativo, por cuanto hace parte de la rama ejecuti-

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ Constitución Política de Colombia, Artículo 189, numeral 11.

¹¹⁴ Constitución Política de Colombia Artículos 237-6 y 241-11.

va del poder público¹¹⁵. No obstante lo anterior la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, ha sido unánime en reconocerle una naturaleza normativa diferente a las normas emanadas de las comisiones de regulación de servicios públicos.

En primer lugar el Consejo de Estado, haciendo uso de una interpretación de carácter exegético¹¹⁶, ha llegado a la conclusión de que es posible señalar la existencia autónoma, de un denominado “acto regulatorio”¹¹⁷ señalando que la misma es una norma de jerarquía jurídica inferior, pero sin entrar a profundizar en su definición y características. En un pronunciamiento posterior¹¹⁸ distingue entre la potestad reglamentaria y la regulatoria con base en lo preceptuado por los artículos 189 numeral 11 y 370 de la Constitución Política¹¹⁹, para luego entrar a concluir que las normas emanadas de estas dos facultades, gozan de una naturaleza y jerarquía distinta entre sí.

¹¹⁵ Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 19 de la ley 1341 de 2009, la Comisión de Regulación de Comunicaciones es una “Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, lo que a la luz del artículo 38, numeral 1°, literal e) de la ley 489 de 1998, la ubica en la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.

¹¹⁶ *Comparar con*, Marín Hernández, Hugo Alberto. *NORMA REGULATORIA: MITO O REALIDAD*. Revista digital de Derecho Administrativo N°3, segundo semestre de 2009. Pgs. 27-66. Universidad Externado de Colombia.

¹¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo del 2007. CP: RUTH ESTELA CORREA PALACIO. Radicación n° 11001-03-26-000-1998-05354-01

¹¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2008. CP: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Radicación n° 11001-03-26-000-2001-0029-01

¹¹⁹ Como se manifestó anteriormente, el primero de estos artículos consagra la potestad reglamentaria puesta en cabeza del presidente de la república. El artículo 370 por su parte señala lo siguiente: “Corresponde al Presidente de la República señalar,

Por su parte, la Corte Constitucional ha tratado el tema en variadas ocasiones. En primer lugar, mediante sentencia de constitucionalidad C-444 de 1998 (MP: Hernando Herrera Vergara) al igual que lo hiciera el Consejo de Estado en un principio, deja claro que los productos normativos emanados de las comisiones de regulación de servicios públicos (en este caso la CRT) no pueden ser entendidos como resultantes del ejercicio de la potestad reglamentaria. De suerte que nuevamente se establece una diferenciación de modo implícito.

Un camino diferente ha tomado la Corte Constitucional, ya que ha manejado con un mayor grado de concreción el problema. Por ejemplo, en la sentencia C-1162 del 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo) si se aborda de manera clara el tema. En la mencionada decisión judicial, la Corte entra a tratar la exequibilidad del artículo 69 de la ley 142 de 1994, donde se establece la creación de las diferentes comisiones de regulación de servicios públicos. En ese sentido se demanda la norma por considerarse que estas entidades no pueden ejercer una función legislativa o reglamentaria, en detrimento de los titulares de estas potestades.

Es de esta forma, como la corte entra a distinguir y delimitar el concepto de potestad regulatoria, definiéndola así: “...es un desarrollo de la potestad de policía, para establecer los contornos de una actividad específica (...). Aquella tiene como fines pri-

con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”. Como puede verse, no queda expresamente establecida la existencia de una potestad regulatoria distinta de la reglamentaria.

mordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios”. Ya con esa definición, finaliza su exposición estableciendo que las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos, únicamente están facultadas a ejercer esta potestad regulatoria; nunca la reglamentaria o legislativa.

Otro fallo que ahonda en esta cuestión, aunque no de forma directa, es la sentencia C-150 de 2003. Allí la corte constitucional entra a tratar la constitucionalidad de una gran cantidad de artículos de las leyes 142 y 143. Por la naturaleza de los cargos formulados en contra de dichas normas, la sentencia se centra más en el contenido material de la función de regulación, que en su naturaleza normativa. Allí se centra en la necesidad de que la actividad regulatoria sirva para materializar los fines últimos del estado social de derecho. En este fallo también se ahonda en el peso que tiene la actividad regulatoria a la hora de corregir las fallas del mercado y evitar prácticas monopolísticas; en ese sentido, se establece que las funciones son dos: las de orden social y las de orden económico.

En un apartado, la Corte resume lo que entiende por regulación de la siguiente forma:

"[l]a noción jurídica de regulación es, ciertamente, un poco flexible. Sin embargo, incluye necesariamente varios elementos: La regulación supone la imposición de un marco normativo a ciertas actividades, con el fin de que éstas respeten un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los

ciudadanos y el interés general. Este marco normativo está compuesto de decisiones con efectos generales, las cuales constituyen las reglas de juego, cuya aplicación puede ser objeto de controles y controversias que den lugar a decisiones con efectos individuales, por ejemplo, a sanciones. Así mismo, diferentes autoridades administrativas independientes pueden detentar las funciones descritas anteriormente, es decir, la creación de la norma, su aplicación y la eventual represión de las infracciones”.

Otro asunto medular, tratado en este fallo, es la reserva de ley en materia regulatoria, es decir, es al legislador a quien le corresponde, de manera privativa y excluyente, la fijación del régimen de regulación. Esto implica el establecimiento de parámetros, régimen y órgano encargado de ejercerla. De esta forma queda claro el carácter subordinado y especial de la regulación.

No obstante la anterior profundización y ampliación del concepto de regulación (y por tanto de norma regulatoria), la posición de la corte seguía siendo básicamente la misma: La norma regulatoria como un producto normativo especial, jerárquicamente inferior al reglamento, diferenciable por las materias en que se ocupa y por el órgano encargado de su expedición.

El argumento de autoridad que ostenta esta última posición, es sin duda un criterio determinante para tenerla como la solución definitiva al problema de la naturaleza normativa de los llamados actos regulatorios. A pesar de ello, cabe mencionar la posición del tratadista Hugo Alberto Marín, quien sostiene que tal disyuntiva entre la

norma regulatoria y la reglamentaria no es más que un artificio innecesario¹²⁰. La constitución no establece esta categoría de normas en particular. El artículo 370 superior, establece una función en cabeza del Presidente, sin que por ello deba derivarse que el ejercicio de la misma, implica la creación de nuevas categorías normativas. Adicionalmente la potestad reglamentaria es plenamente delegable, por lo cual no hay peligro alguno de ilegalidad o ilegitimidad en la defensa de esta posición.

Esta postura tiene como ventaja indudable, el hecho de que se fortalece la función y autonomía de las comisiones, quienes por razón de su especialidad y conocimientos técnicos, son los órganos que mejor pueden establecer un contexto jurídico adecuado, para la correcta prestación de los servicios públicos, de acuerdo con su especialidad.

Pero adicional a ello, es posible arribar a la conclusión de que la labor de la CREG (o de cualquier otra comisión de regulación) no siempre está encaminada a garantizar la libre competencia, o a determinar aspectos técnico-operativos para lograr una prestación eficiente del servicio público de su competencia.

Muchas veces, se busca defender los derechos de los usuarios más allá de temas tarifarios o anti monopolísticos, lo que excede la definición dada por la corte constitucional. También hay casos en los que busca definir adecuadamente los derechos de los prestadores del servicio, sus deberes, así como otros asuntos relacionados con las redes físicas, que no necesariamente se encaminan a asegurar mayor eficiencia.

¹²⁰ *Comparar con*, Marín Hernández, Hugo Alberto. *NORMA REGULATORIA: MITO O REALIDAD*. Revista digital de Derecho Administrativo N°3, segundo semestre de 2009. Pgs. 27-66. Universidad Externado de Colombia.

Un ejemplo entre muchos, puede estar dado por la resolución CREG 131 de 1996, donde se establecen los montos de la contribución especial que están obligados a pagar determinadas entidades del sector gas combustible. Difícilmente podría encuadrarse esta actividad normativa en la definición aportada por la Corte Constitucional, anteriormente mencionada, pues la misma no tiene relación alguna con “aspectos técnico operativos”, pues estos últimos hacen referencia exclusivamente a asuntos relativos a las redes físicas. Tampoco se ve un propósito claramente encaminado a evitar prácticas monopolísticas, máxime si se tiene en cuenta que en las motivaciones de la mencionada resolución, no se menciona ese aspecto como criterio a la hora de definir los montos de las contribuciones.

Otro ejemplo que vale la pena recalcar, es el de la resolución 157 de 1997, que basada en la resolución 99 del mismo año¹²¹, estableció los cargos de uso del Sistema de Transmisión Regional y/o Distribución Local de la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. Por la forma en que quedó configurada esta resolución tiende a imponer la necesidad a dicho operador de que preste el servicio en zonas rurales apartadas, lo que se evidencia en la resolución No. 255 del mismo año, donde el mencionado prestador del servicio público de energía eléctrica interpuso recurso de reposición en contra de la resolución 157, por considerar que se le imponía una carga excesivamente ineficiente.

¹²¹ Aquella establece la metodología para establecer cargos de uso del sistema de transmisión local y/o regional.

Finalmente la CREG no accedió a las pretensiones de la empresa; pero lo que vale la pena destacar, es que en estas resoluciones se muestra que muchas de las resoluciones de la CREG no sólo no se adecúan a la definición de acto regulatorio de la Corte Constitucional, sino que incluso pueden llegar a hacer todo lo contrario, sin que ello sea ilegítimo. En este caso, la CREG actúa en defensa de los usuarios de servicios públicos rurales, que por las condiciones geográficas y de infraestructura en que viven, son un grupo de población al que prestarle cualquier servicio público es económicamente ineficiente. Entonces cuando la CREG ordena que les sea prestado un servicio público determinado, no está contribuyendo a que la prestación del servicio público sea más eficiente, ni está delimitando aspectos técnico-operativos, ni está actuando en contra de ningún monopolio.

De modo tal que éstas resoluciones son auténticos mecanismos de interpretación de la ley, en la medida en que establecen definiciones y aclaran conceptos sin los cuales sería completamente estéril la aplicación de las normas legales, actuando muchas veces más allá de los lineamientos establecidos por el máximo tribunal constitucional en la ya citada sentencia C-1162 del 2000.

En ese sentido, la delimitación de orden conceptual llevada a cabo por la Corte Constitucional, para las materias que pueden tratar las resoluciones de las comisiones de regulación en servicios públicos (o mejor, para lo cual deben ser tenidas en cuenta) no solamente es innecesaria, sino que además es inconveniente, pues limita la posibilidad de que estas sean un instrumento eficaz y con la consideración que merecen

dada la importancia que han adquirido en la práctica consuetudinaria de la prestación de servicios públicos en general.

No solo debería eliminarse una delimitación como estas, sino que además se les debería atribuir a estas normas, la calidad de reglamentos (es decir, de decretos reglamentarios) de un modo expreso, para que de una vez por todas recobren el vigor necesario en punto de reglamentar en todos los aspectos pertinentes a las normas de carácter legal e incluso constitucional, manteniendo su enfoque técnico.

En este sentido, e independientemente del alcance que se le quiera dar a las normas regulatorias (o de la posición que se tome frente a la naturaleza normativa de los actos regulatorios), queda claro, por todo lo expuesto anteriormente, que los mismos han sido plenamente reconocidos tanto constitucional, como legal y jurisprudencialmente como fuente jurídicamente relevante a la hora de definir y delimitar el alcance del régimen jurídico de los activos eléctricos.

Una vez definido y delimitado el alcance y naturaleza de este tipo de normas, bien sea que se suscriba cualquiera de las posiciones anteriormente planteadas, queda claro que lo que las mismas definan es esencial a la hora de darle un alcance adecuado al régimen dominical de los activos eléctricos.

7.2 SOBRE LOS ACTIVOS DE CONEXIÓN Y LOS DE USO GENERAL

Al respecto es pertinente comenzar esbozando, lo que desde un punto de vista objetivo, se trata de un punto falto de claridad en el Ordenamiento Jurídico. Como ha que-

dado claro, se tiene que El Servicio de Energía Eléctrica consta de una serie de fases que ya conocemos, cada una con sus particularidades, a saber: Generación, Trasmisión, Distribución y Comercialización. Consecuentemente ya está claro que las fases de trasmisión y distribución constituyen lo que se conoce como el transporte de la energía eléctrica producida en las plantas generadoras con el fin de entregarla a los usuarios finales y que se tratan de redes con diferente nivel de tensión, redes que al mismo tiempo hacen parte del Sistema de Trasmisión Nacional. Ahora bien, es realmente importante fijar la atención en la Distribución, que como quedó dicho, se tratan de redes con tensión inferior a los 220 Kv y son las que generalmente distribuyen la energía al interior de los cascos urbanos municipales, así pues, son las que tienen contacto más directo con el ciudadano usuario del servicio.

Ahora bien, teniendo en cuenta que al llegar al punto de consumo, la energía eléctrica pasa de las redes de distribución a bienes como: transformadores, medidores y acometidas; debe tenerse en claro que es en este punto donde hay que fijar el análisis, puesto que se trata de la fase final donde entran en contacto dos órbitas del Derecho de Dominio, sobre bienes que intervienen en el proceso y en cabeza de personas de naturaleza jurídica sustancialmente diferente. Estos bienes, en adelante y siguiendo el lenguaje técnico que con buen tino describe la CREG, son por un lado los activos eléctricos usados para conectarse a un sistema de distribución sin hacer parte del mismo y los activos de uso general.

La CREG en resolución 91 de 2007 explica sobre tales activos de conexión, que se tratan de bienes de uso exclusivo que permiten conectar al usuario u otro agente interviniente en el proceso a un sistema de distribución. Adicionalmente, tal conexión se compone básicamente de los equipos que conforman el centro de medición y la acometida¹²², activos cuya propiedad es de quien los hubiere pagado¹²³. Por su parte, los activos que componen la red de uso general, son las Redes Públicas que no forman parte de Acometidas o de instalaciones internas¹²⁴.

Así pues, en este punto es prudente utilizar los términos con el rigor jurídico que su importancia merece, y de esta manera se debe tener en cuenta al Derecho de Dominio como el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva¹²⁵, de lo cual se desprende que existen determinadas prerrogativas a las que accede el titular del dominio sobre un bien. Desde una primera perspectiva se puede optar por pensar que se trata de un derecho absoluto y que pertenece a un plano meramente unilateral

¹²² La CREG en RESPUESTA: S – 2003 – 002262. RAD. CREG – E – 2003 – 005828. Del 10 de junio de 2003. Recuerda que “La **Acometida** es la derivación de la red local del servicio respectivo que llega hasta el registro de corte del inmueble. En edificios de propiedad horizontal o condominios y, en general, en las Unidades Inmobiliarias Cerradas de que trata la Ley 428 de 1998, la acometida llega hasta el registro de corte general. La instalación interna es el conjunto de redes, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro de energía eléctrica al inmueble a partir del medidor. Para edificios de propiedad horizontal o condominios, y en general, para Unidades Inmobiliarias Cerradas, es aquel sistema de suministro de energía eléctrica al inmueble a partir del registro de corte general cuando lo hubiere”.

¹²³ República de Colombia, Comisión de Regulación de Energía y Gas, Resolución 91 de 2007.

¹²⁴ República de Colombia, Comisión de Regulación de Energía y Gas, en RESPUESTA: S – 2003 – 002262. RAD. CREG – E – 2003 – 005828. Del 10 de junio de 2003.

¹²⁵ *Comparar con*, Oscar e. Ochoa g. DERECHO CIVIL II: BIENES Y DERECHOS REALES. Universidad Católica, Andrés Bello. Caracas 2008. Pg. 118.

en lo que tiene que ver con la voluntad del dueño, como en realidad fue pensado en los más primitivos vestigios de tal derecho en la visión jurídica romana clásica donde “(...) los límites del dominio eran muy amplios porque el sentido liberal de los romanos exigía que no sufriera más limitaciones que las precisas e indispensables, a fin de que la iniciativa individual pudiera desarrollarse ampliamente.”¹²⁶

Consecuentemente, de acuerdo a los propósitos que acá se mantienen, es imperativo entender que quien ostenta la propiedad sobre los activos de conexión que hacen parte de un sistema de distribución, tiene igualmente las facultades de uso, goce y disposición sobre los mismos; así respectivamente está en la posición de: servirse personalmente de la cosa según el destino de ella, puede acceder a los beneficios que consigo traiga el bien como sus frutos y disponer sobre los mismos; o puede conservarla, modificarla o destruirla¹²⁷ consumiéndola o enajenándola¹²⁸.

Continuando con lo anterior, se tiene que hay dos tipos de activos eléctricos usados en la fase final de distribución, los cuales eventualmente se pueden ven enfrentados a un régimen de propiedad particular en cabeza de los usuarios finales receptores, fenómeno que como regla general no se presenta en ninguna otra fase de la prestación

¹²⁶ Ver en, Lacruz Berdejo, José Luis y Luna Serrano, Agustín . *ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL: DERECHOS REALES. POSESIÓN Y PROPIEDAD, VOLUMEN I*; Librería-Editorial Dykinson, 2003. Pg. 221.

¹²⁷ Al respecto es importante aducir que dentro de la perspectiva contemporánea del Derecho de Dominio, el abuso sobre los bienes se viene a ver limitado por la Función Social de la Propiedad.

¹²⁸ *Comparar con*, Oscar e. Ochoa g. *DERECHO CIVIL II: BIENES Y DERECHOS REALES*. Universidad Católica, Andrés Bello. Caracas 2008. Pg. 119,120.

del servicio. De esta manera no sobra aducir en primer lugar sobre los activos de conexión¹²⁹ –medidores y acometidas-, que su Derecho de Dominio en principio no tiene mayor complicación en el entendido que materialmente se encuentran bajo el poder de quien lo usa. Se tratan de aparatos que se encuentran al interior o por lo menos adheridos de un inmueble de propiedad privada en donde prestan su función, así pues, el usuario se sirve de ellos –como dueño- para conectar y cuantificar la energía por él consumida. Por su parte la CREG los califica técnicamente como “Activos de Conexión. Son aquellos activos que se requieren para que un generador, un usuario u otro transportador, se conecten físicamente al STN, a un STR, o a un SDL. Siempre que estos activos sean usados exclusivamente por el generador, el usuario o el transportador que se conecta, o exclusivamente por un grupo de usuarios no regulados o transportadores que se conecten, no se considerarán parte del Sistema respectivo”¹³⁰.

En segundo lugar, y en contraposición a lo anterior, los activos de uso general-como se vio- se tratan de bienes que si integran y hacen parte de un SDR o STN y por lo mismo pertenecen y funcionan para el proceso de distribución de energía, de lo que se desprende que su uso material y jurídicamente no está en cabeza de un solo particular, sino que de los mismos se sirven varios usuarios finales y un Operador de Red-

¹²⁹A partir del punto de suministro, la estructura que continúa es la “**RED INTERNA:** Es el conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro del servicio público al inmueble a partir del medidor, o, en el caso de los suscriptores o usuarios sin medidor, a partir del registro de corte del inmueble. Para edificios de propiedad horizontal o condominios, es aquel sistema de suministro del servicio al inmueble a partir del registro de corte general, cuando lo hubiere” CREG en resolución 108 de 1997.

¹³⁰ República de Colombia, Comisión de Regulación de Energía y Gas. Resolución 63 de 2000.

prestador de Servicio Público- en orden terminar el transporte y disfrute del servicio. Debido a esto, tales activos se denominan de uso general, características que a la luz de una primera impresión, habrían de ser propiedad del prestador del servicio público encargado de administrar y operar la red de distribución.

Con lo anterior en mente es preciso entonces terminar de identificar el problema que hasta ahora se ha esbozado, teniendo en cuenta que son los activos que uso general los que se ven involucrados y sometidos a diversos Regímenes de Propiedad y al mismo tiempo a diversas facultades de uso al momento de prestar su función. En orden a este propósito, se debe comenzar haciendo énfasis en la forma en que se implementan estos activos. Así pues, se tratan de bienes tales como transformadores y cableado de alta tensión; pues como ya se ha explicado, una vez generada la energía, se transporta por el sistema de trasmisión, pasando al sistema de distribución (proceso en el que intervienen tantos transformadores como adaptaciones de voltaje se necesite) para por fin llegar al último punto de transformación en orden a poder ser manejada con el voltaje que un uso doméstico amerita. Hasta este punto, con el sistema de distribución, termina la participación de tales activos en el Sistema de Interconectado Nacional y los bienes que en adelante se utilizan, como se explicó, hacen parte de la órbita privada del usuario.

Ahora bien, los susodichos activos de uso general, a diferencia de los demás bienes en la cadena de prestación, no se encuentran sometidos al Derecho de Dominio de una Persona Jurídica Prestadora de Servicios Públicos definida, puesto que una bre-

cha o eventual vacío en la normativización del procedimiento dejó abierta la puerta que permite la entrada de particulares en orden a ser dueños de tales activos. Acá es donde entra la importancia de la figura del Operador de Red, que se trata de la persona prestadora de servicios públicos que implementa y se sirve de las redes y transformador del último paso de la prestación del servicio, en orden a distribuirlo entre los consumidores; dicho Operador de Red es esencialmente un PRESTADOR DE SERVICIO PÚBLICO por lo que su actuar está estrictamente circunscrito a diferencia de las libertades de los particulares. Consecuentemente, de acuerdo a lo establecido por la CREG en su reglamentación (resolución No. 63 de 2000), y sus conceptos (RESPUESTA: S – 2003 – 002262. RAD. CREG – E – 2003 – 005828. Del 10 de junio de 2003), el Operador de Red de STR's y/o SDL's (OR) Es aquella persona que esta encargada de la planeación de la expansión y de las inversiones, operación y mantenimiento de todo o parte de un STR o SDL. Igualmente, desde estas mismas fuentes se desprende y vislumbra la posibilidad de que tales activos (los que componen la red de distribución general) puedan ser de propiedad de terceros, con lo cual se permite que los particulares puedan participar de estos bienes. Ahora bien, como se dijo, la CREG es igualmente enfática al recordar que “El OR siempre debe ser una Empresa de Servicios Públicos”¹³¹.

Es acá donde surge la inquietud: teniendo en cuenta las especialísimas calidades que ostenta un prestador de servicios públicos, requisito por demás primordial para ser

¹³¹ República de Colombia, Comisión de Regulación de Energía y Gas, resolución No. 63 de 2000.

Operador de Red, y habida cuenta que de los bienes que conforman los activos de uso general –de los que se sirve el operador de red- puedan estar en manos de un particular; ¿de qué manera se puede conciliar el hecho de que en realidad suceda que un usuario-que no empresa de servicios públicos- sea dueño de tales bienes sin tener las calidades necesarias para administrarlos? ¿Está este tema resuelto a través del medio normativo más atinente?

Las anteriores son dos cuestiones que en principio, y a raíz del trabajo desplegado por la CREG, pueden manejarse de la siguiente manera:

En primer lugar, respecto de los activos de uso general, la norma autoriza que estén en manos de particulares, pues expresamente en resolución Numero 70 de 1998 la CREG establece que cualquier persona tiene el derecho a construir redes para prestar servicios públicos e igualmente a conservar la propiedad de tales activos. De esta manera es posible interpretar, teniendo en cuenta todo lo dicho hasta el momento, que al no atribuirle calidad alguna al sujeto activo en la norma descrita, da puerta abierta a que un particular sea el titular del Derecho Real de Dominio¹³² que recaer sobre los

¹³² Recuerda la superintendencia de servicios públicos, sobre la adquisición del derecho de propiedad, en concepto SSPD-OJ-2006-187, “De manera general, en Colombia el derecho de propiedad ha estado garantizado siempre que se haya adquirido por cualquiera de los modos o formas previstas en la ley. Estas formas son según el artículo 673 del Código Civil: la ocupación, la accesión, la tradición, la prescripción o usucapión y la sucesión por causa de muerte, las cuales según la doctrina resultan incompletas; por lo tanto, conforme a la doctrina actual (ver Arturo Valencia Zea y Alvaro Ortiz Monsalve, *Derecho Civil, Derechos Reales, Décima Edición, Tomo II, páginas 275 a 277*) estos modos de adquirir la propiedad en el derecho positivo colombiano son: la ocupación, la accesión, la transmisión inter vivos, que se realiza mediante negocio jurídico dispositivo o de enajenación (tradición), la prescripción adquisitiva o usucapión, los actos de división de cosas comunes y los actos de partición

activos de uso general; esto es, puede usarlos, aprovecharlos obteniendo sus frutos y hasta enajenarlos. Adicionalmente, dadas las calidades que deben conservar tales bienes, pues intervienen en la prestación de un servicio público, era necesario también garantizar que quien hiciera uso de los mismos respondiera por el cuidado necesario para prestar en buen término el servicio; de esta forma el indicado, como se comentó, es el Operador de Red. En este punto interviene la CREG de nuevo al mencionar:

“Un propietario de redes de este tipo, tiene las siguientes opciones:

- Convertirse en un OR
- Venderlos
- Conservar su propiedad y ser remunerado por el OR que los use”¹³³.

7.2.1 Convertirse en un OR

Así, si bien se acepta el evento de que un usuario sea dueño de estos activos, igualmente se impone una directriz de manejo en la forma que se debe ejercer el derecho de propiedad sobre tales bienes. Se ve entonces, desde una perspectiva laxa, que se trata de una especie de limitación a la propiedad privada ya que la autoridad competente compele al titular para que desenvuelva su derecho de acuerdo a la naturaleza de

de herencias, las sentencias judiciales de adjudicación de cosas (en remates, expropiaciones), las resoluciones administrativas en virtud de las cuales el Estado adjudica terrenos baldíos a quienes exploten económicamente, y la fabricación o hechura de cosas nuevas”.

¹³³ República de Colombia, Comisión de Regulación de Energía y Gas. Concepto 42938 DE 2004.

los bienes, que están destinados a prestar un servicio público. La razón de esta limitación, entre otras –por no ser objeto del presente estudio-, puede encontrarse en la Función Social de la propiedad, pues con la iniciativa se busca preservar la continuidad en el funcionamiento de un tipo de bienes destinados a prestar un servicio y buscando satisfacer necesidades básicas amparadas constitucionalmente en pro de la persona humana.

Ahora bien, teniendo en cuenta las posibilidades que se mencionan, la cuestión de convertirse en un Operador de Red implica adherirse a un régimen especial con objetivos específicos y por ende con horizontes sociales. De acuerdo a lo anterior, la opción que contiene esta primera posibilidad, es la de volverse un Prestador de Servicios Públicos con todas las características y calidades que rodean a este tipo de personas –jurídicas o naturales- en el ordenamiento jurídico y que precedentemente se han explicado; esto no se convierte en una opción sencilla para el usuario-ciudadano de a pie toda vez que la actividad de prestación de servicios públicos requiere tal experiencia técnica que se requiere todo un sistema destinado a tal fin.

7.2.2 Venta

Por otro lado, ratificando las facultades que el ordenamiento jurídico brinda al titular del derecho de dominio, se expone la posibilidad de vender aquellos activos eléctricos pertenecientes a un sistema de distribución cuando no se opte por volverse un Operador de Red. Así, en resolución CREG 070 de 1998, por la cual se establece el

Reglamento de Distribución de Energía Eléctrica, reiterado en respuesta CREG – E – 2003 – 005828 y en conceptos como CONCEPTO 42938 DE 2004 y 905 DE 2006 se establece:

“9.4 VENTA DE ACTIVOS

La entrega de las obras de infraestructura construidas por un tercero dentro de un STR y/o SDL en ningún caso podrá ser a título gratuito. Un OR no podrá adquirir las obras de infraestructura construidas por un tercero a un precio inferior al valor presente de los pagos anuales a los que hubiera estado obligado a realizar si el tercero hubiera conservado la propiedad, de conformidad con lo establecido en el numeral 9.3.1 de esta Resolución.

(...)

Cuando los activos no van por vía pública, quien lo venda debe entregarlo con los dominios y servidumbres constituidas a favor del comprador”¹³⁴.

Así pues se destaca una segunda posibilidad para el usuario propietario, pues si no pretende convertirse en un Operador de Red, debe vender sus bienes involucrados en la prestación del servicio público.

¹³⁴ República de Colombia, Comisión de Regulación de Energía y Gas, Resolución 070 de 1998.

7.2.3 Conservar su propiedad y ser remunerado por el OR que los use.

Ahora bien, finalmente la última solución que brinda la norma es la de conservar la titularidad del dominio sobre los bienes a cambio de una remuneración a cargo del Operador de Red que se sirva y administre los bienes. Así pues, en este punto ha sido vital la intervención de distintos tipos de directrices, en especial las de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Por su parte la superintendencia en Concepto Unificado SSPD – OJU 2010 – 23 reseña el trato que se le ha dado a la materia de remuneración de activos de terceros, apoyándose en la literatura de la CREG. Así expone:

“Para determinar la remuneración de activos de propiedad de terceros en el tiempo, se debe: i) aplicar la regulación vigente sobre remuneración expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG; o en caso de no haberse establecido esta regulación ii) convenir una remuneración que considere la que haya estado vigente para los activos del Operador de Red (p.e. fórmula tarifaria para remunerar la actividad de distribución). (...)”¹³⁵

Por su parte, el trato que la CREG le ha dado al tema se resume cronológicamente en:

En Primer Lugar, en Resolución 099 de 1997, aprobó los principios generales y la metodología para el establecimiento de cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional (STR) y/o Distribución Local (SDL). Así pues, en el caso de Sistemas de Transmisión

¹³⁵ República de Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, SSPD – OJU 2010 – 23.

Regional y/o Distribución Local en los cuales existan activos de dos o más propietarios, corresponde a éstos acordar la remuneración de cada propietario individual de los activos con base en los cargos que la CREG apruebe para el respectivo STR y/o SDL. De lo cual se infiere que en primer lugar se pretende que impere la voluntad de las partes para lograr un acuerdo al respecto¹³⁶.

En segundo lugar, se expuso en la Resolución CREG 070, que cuando una persona sea propietaria de Redes de Uso General dentro de un STR y/o SDL, la remuneración de activos a terceros en redes de uso general por parte del Operador de Red -OR, se realizaría mediante un pago de una anualidad, que es equivalente al menor valor entre el costo medio reconocido para el STR y/o SDL respectivo en el nivel de tensión correspondiente y el costo medio de la instalación utilizada a su máxima capacidad¹³⁷.

Posteriormente, la CREG expidió la Resolución 082 de 2002, en la cual se fija una nueva metodología de remuneración de los activos de Nivel de Tensión I y se establecen nuevos parámetros de tasa de retorno, vida útil y valoración de las unidades constructivas, y por lo tanto un nuevo costo medio en cada nivel de tensión. Sobre esta cabe resaltar que se estableció que la remuneración de un tercero propietario que a la vez es usuario, debería ser a través de un descuento en la factura; es decir, se requiere que el propietario sea usuario del respectivo operador de red. En caso contrario, la remu-

¹³⁶ Comparar con, SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, SSPD – OJU 2010 – 23.

¹³⁷ *Ibíd.*

neración habría de hacerse según lo que las partes acordaran convencionalmente¹³⁸.

Ahora bien, Finalmente es destacable la resolución CREG 097 de 2008 donde se puede apreciar específicamente:

- Que un Operador de Red será remunerado mediante cargos por uso por la totalidad de los activos de uso que opera y mantiene en desarrollo de la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, independientemente de que sea o no propietario de los mismos y sin perjuicio de la remuneración que deberá pagar al propietario por inversión¹³⁹.
- Que en caso que la totalidad o fracción de los Activos de Nivel de Tensión 1 sean de propiedad del usuario o de la copropiedad donde está el predio del usuario, el comercializador deberá descontar el concepto de la inversión para la adquisición de los activos.
- Que con este propósito, el OR deberá reportar mensualmente al comercializador respectivo el listado de usuarios finales asociados a Activos de Nivel de Tensión 1 que sean de propiedad de los usuarios. El comercializador deberá hacer el respectivo descuento a partir del mes siguiente al de la fecha de recepción de dicha información por parte del OR¹⁴⁰.

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ *Ibíd.*

- Se señaló igualmente que todos los usuarios de los activos no son propietarios de los mismos, ni todos los propietarios son usuarios de los activos eléctricos y por ende la remuneración de activos de terceros, no es un derecho que se predica por la calidad de usuario sino por la de propietario¹⁴¹.

De esta manera se ha logrado resaltar la problemática que en la práctica se presenta en el evento de la distribución donde entran en contacto dos órbitas de dominio que recaen en personas con calidades evidentemente diferentes: el usuario y el prestador de servicios públicos. Se logró esbozar igual que se le ha logrado dar una respuesta transitoria a través de la actividad reglamentaria de la CREG pero igualmente se tiene que dejar claro que de acuerdo a lo explicado en la primera sección del presente capítulo, un tema como el presente debería estar delimitado por medio de recursos normativos más afines dada su trascendencia y no a través de medios reglamentarios como lo es la actividad de la CREG pues ni siquiera es pacífica la interpretación de sus resoluciones dentro del ordenamiento jurídico.

¹⁴¹Ibíd.

7.3 LA PRESUNTA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES DESTINADOS A PRESTAR UN SERVICIO PÚBLICO EN CABEZA DE LAS COMUNIDADES ORGANIZADAS.

Otro asunto que vale la pena mencionar, en lo relativo al régimen jurídico de los activos eléctricos, es la presunta inembargabilidad de que están revestidos algunos de estos, según quien sea el titular de los mismos y un posible vacío al respecto.

El artículo 684 del código de procedimiento civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989, reza lo siguiente: *“Además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse:*

(...)

2. Los destinados a un servicio público cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un distrito o un establecimiento público, o por medio de concesionarios de éstos; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.

Cuando el servicio lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.

De lo anterior se desprende que existe un tratamiento divergente sobre los bienes con que se presta un servicio público en particular (que en este caso sería aplicable a la energía eléctrica), según sea la naturaleza jurídica del titular de los mismos.

No obstante lo anterior, surge un interrogante al analizar el artículo 15, numeral 4, de la ley 142 de 1994, donde se establece la posibilidad de que “organizaciones autorizadas” presten los servicios públicos, sin entrar a profundizar al respecto. De suerte tal que nos encontramos frente a una categoría nueva, que en principio no se encuentra contemplada en el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil. En ese sentido, habría que entrar a establecer si los bienes destinados a la prestación de servicios públicos, en cabeza de estas organizaciones de que trata la norma mencionada anteriormente, están cobijados por un régimen de inembargabilidad.

Este aspecto se torna particularmente ambiguo en cuanto a los prestadores del servicio público de energía eléctrica, en la medida en que existen normas que reglamentan la existencia de estas comunidades, pero únicamente en materia de agua potable y saneamiento básico y en radiodifusión sonora comunitaria¹⁴²; no ocurre lo mismo con la energía eléctrica.

En ese sentido, lo pertinente sería entrar a evaluar la naturaleza de las mismas, para luego entrar a dilucidar si los bienes que estas organizaciones destinan a la prestación de servicios públicos domiciliarios, son o no inembargables.

¹⁴² Colombia, Presidencia de la República, Decretos 481 de 2000 y 1981 de 2003 respectivamente.

El artículo 2° del decreto 1981 de 2003, define a las comunidades organizadas de la siguiente manera:

“Se entiende por comunidad organizada a la asociación de derecho, sin ánimo de lucro, integrada por personas naturales y/o jurídicas, en la que sus integrantes estén unidos por lazos de vecindad y colaboración mutuos en beneficio del desarrollo local y la participación comunitaria.”

Otra definición, en esencia igual, está contenida en el artículo 37 de la ley 182 de 1995: *“... como asociaciones de derecho integradas por personas naturales residentes en un municipio o distrito o parte de ellos, en las que sus miembros estén unidos por lazos de vecindad o colaboración mutuos para operar un servicio de televisión comunitaria, con el propósito de alcanzar fines cívicos, cooperativos, solidarios, académicos, ecológicos, educativos recreativos, culturales o institucionales”,*

Por otra parte, la sentencia C-711 de 1996 de la Corte Constitucional, entra a tratar la cuestión de las inhabilidades a que están sujetas las comunidades organizadas, relativas a las condiciones de sus miembros. Sin entrar a profundizar sobre el tema de la naturaleza jurídica, la corte le reconoce a estas organizaciones su condición de privadas de modo implícito, lo que se evidencia en el hecho de declarar exequibles las inhabilidades que sobre las mismas recaen, como si se trataran de sociedades privadas comunes y corrientes. En particular, establece la corte lo siguiente: *“Es claro que los objetivos que motivan a unas y otras, esto es a las sociedades con ánimo de lucro y a*

las comunidades organizadas... [s]on diferentes, sin embargo, todas asumen por vía de concesión la prestación de un servicio público”.

Esto, sumado a que debe entenderse que la ley distinguió la prestación por parte de las comunidades organizadas, de la prestación directa de los servicios públicos por parte del estado debe llevar a la inevitable conclusión de que las comunidades organizadas son perfectamente asimilables a cualquier otra sociedad privada con ánimo de lucro.

Como último elemento de juicio, hay que considerar el análisis llevado a cabo por la corte constitucional en la sentencia C-1064 de 2003, donde entra a analizar la exequibilidad del artículo 684 del C.P.C. modificado por el decreto 2282 de 1989, donde establece que lo que motiva la distinción hecha por la norma entre bienes en propiedad de particulares y bienes públicos, es la protección del patrimonio público y no únicamente el garantizar la continuidad de la prestación del servicio público; en otras palabras, la corte entiende que la finalidad de la norma tiene un fundamento puramente subjetivo¹⁴³. Adicionalmente, considera la corte que el hecho de la inembargabilidad¹⁴⁴ no implica interrumpir la prestación del servicio público en cuestión, por lo cual esta distinción de orden subjetivo es acorde con la constitución.

¹⁴³ Es decir, su contenido jurídico se explica por la calidad del sujeto descrito en la norma; es en consideración a este que se atribuyen unas determinadas consecuencias jurídicas.

¹⁴⁴ El consejo de Estado ha tratado el problema de la inembargabilidad de los bienes públicos, en repetidas ocasiones. Por ejemplo en la sentencia del 22 de julio de 1997, Sala plena de lo contencioso administrativo, Magistrado ponente: Carlos Betancur

Por todo lo anteriormente considerado, es necesario concluir que los bienes por medio de los cuales se presten servicios públicos (incluido el servicio público de energía eléctrica), puestos en cabeza de comunidades organizadas, son embargables, sin que les sea aplicable la excepción contemplada por el numeral 2° del artículo 684 del código de procedimiento civil.

Jaramillo, expediente No. S-694, se estableció lo siguiente: *“El principio de la inembargabilidad de los bienes estatales encuentra su plena y cabal justificación en la necesidad de defender la ejecución de los programas incluidos en los presupuestos de las entidades estatales, para asegurar en los distintos niveles el equilibrio fiscal y garantizar el cumplimiento de los principios rectores de la ejecución presupuestal; evitándose así el manejo caprichoso y arbitrario de las finanzas públicas, con erogaciones no contempladas en la ley de apropiaciones, o en cuantía superior a la acordada o con transferencia de créditos sin autorización. Se busca así garantizar los planes y programas de inversión y gastos públicos.*”

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

Previas todas las consideraciones hechas en capítulos anteriores, solo queda concluir brevemente la postura adoptada a lo largo del escrito acerca de cada una de las interrogantes planteadas. De suerte tal que se hará un pequeño recuento de cada uno de estos planteamientos y se propondrá una solución, que se considera como la más pertinente.

Frente a la labor normativa llevada a cabo por las comisiones de regulación de servicios públicos, y en particular la llevada a cabo por la comisión de regulación de energía y gas (CREG), es claro que la misma no se encuentra concluyentemente delimitada en lo relativo a su naturaleza jurídica desde el punto de la vista de las fuentes y de su margen de actuación

No solo debería eliminarse una delimitación como estas, sino que además se les debería atribuir a estas normas, la calidad de reglamentos (es decir, de decretos reglamentarios) de un modo expreso, para que de una vez por todas recobren el vigor necesario en punto de reglamentar en todos los aspectos pertinentes a las normas de carácter legal e incluso constitucional, manteniendo su enfoque técnico.

Sobre la posibilidad de que los particulares sean propietarios de determinados activos eléctricos, en especial, de aquellos necesarios para llevar el fluido eléctrico a su desti-

natario final (de acuerdo con la explicación dada en el capítulo antecedente), se explicó la dinámica que deben seguir los intervinientes. En ese sentido se establecen una serie de opciones a seguir, tales como la enajenación del activo, la transformación de su titular en operador de red, o su conservación cediendo el uso a un operador de red que en consecuencia remunerare al titular del bien.

Pero es necesario preguntarse, teniendo en cuenta que esta solución es traída por la CREG en una de sus resoluciones, si la misma es jurídicamente adecuada para darle alcance al ejercicio del derecho real de propiedad, que como bien es sabido, es regulado por normas de carácter legal. También cabría preguntarse si la regulación de esta circunstancia, se acoge a los límites conceptuales dados por la Corte Constitucional a las normas regulatorias.

La conclusión obligada a este planteamiento es que, o bien tales normas no deberían regular un asunto de tan medular (hay que recordar que la propiedad privada es un derecho de rango constitucional), o que debería reconocérseles el carácter de reglamentos, según se concluyó anteriormente.

En último lugar, en lo relacionado con la eventual inembargabilidad a que puedan estar sujetos los bienes con que se prestan servicios públicos (como la energía eléctrica), cuando los mismos son propiedad de comunidades organizadas, es posible concluir que los mismos no pueden quedar sujetos a esta excepción contemplada por el artículo 684 del código de procedimiento civil.

Como se ha visto, el régimen jurídico de los activos eléctricos tiene un enorme ámbito de aplicación y como tal, las eventualidades a que está sujeto, son de muy variada naturaleza. Bien podrían encontrarse un mayor número de vacíos o cuestiones susceptibles de ser comentadas y ampliadas, pues no se debe olvidar que el régimen jurídico que recae sobre esta clase de bienes difiere del régimen general relativo a bienes privados y públicos, como ya se explicó anteriormente, lo que necesariamente genera incertidumbres nuevas.

No obstante lo anterior, se han abordado problemáticas de vital importancia que a pesar de no agotar el tema, si buscan acotar el camino hacia un esclarecimiento tal que permita dotar de mayor seguridad jurídica el ejercicio de una actividad tan capital, pues si no se tienen claras las reglas de juego, mal se puede pretender llegar a un mínimo nivel de desarrollo y cobertura, tan necesario en una sociedad como la nuestra, donde la falta de cobertura en servicios públicos domiciliarios, es otra cara de exclusión y desigualdad.

BIBLIOGRAFÍA

Recursos Electrónicos

Restrepo, Alvear José. *DERECHO (COLECTIVO) (DE LOS USUARIOS) A SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. SITIO WEB: COLECTIVO DE ABOGADOS.*

Entrada del 13 de Junio del 2005. URL:
<http://www.colectivodeabogados.org/Derecho-a-los-servicios-publicos>.

Jorge N. Labanca Abogados. *TEORÍA DEL DOMINIO PÚBLICO Y RADIOELECTRICIDAD UTILIZADA EN TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN.* URL:
http://www.estudiolabanca.com/?p=704#_ftn40.

M. E. Guevara. *ESTRUCUTRAS HIDRÁULICAS. EMBALSES.* Universidad del Cauca. Pág. 1. Recurso Electrónico, <http://www.pdfio.com/k-1249205.html>. Consulta Abril 2012.

Recurso Electrónico, <http://www.leonardo-energy.org/espanol/07/analogia-del-sistema-electrico>. Consulta Abril 2012.

José Luis Meilán Gil, *EL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ACTUAL*. Recurso electrónico, URL: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1909/1/AD-1-19.pdf>. Págs. 373-374, Consulta Julio 2012.

http://www.windows2universe.org/physical_science/physics/mechanics/fluids.html&lang=sp. Consulta Marzo de 2012.

Rodrigues Lozano Luis Gerardo, *NOTAS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO Y LA RADIODIFUSIÓN*. Recurso electrónico, URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/18.pdf>. Pág. 360. Consulta Junio de 2012.

Doctrina

Biondi, Biondo, *LOS BIENES*, Trad. de la 2da edición italiana de Antonio de la Esperanza Martínez Radio, ps. 65 y 66, ed. Bosch, Barcelona, 1961

Jeze, Gastón, *PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*. Buenos Aires, Depalma, 1984. T.1.

Parra, Néstor H. *GOBIERNO VS EMPRESA PRIVADA. SÍNTESIS ECONÓMICA*, 1992.

Paz Andrade, Álvaro. *CONCEPCIÓN SOCIAL DE LA CALIDAD DE VIDA EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE BARRANQUILLA*. Gestión, Universidad Del Norte. 1997.

[Navas Castillo](#), Antonia y [Navas Castillo](#), Florentina. *DERECHO CONSTITUCIONAL: ESTADO CONSTITUCIONAL*. Librería-Editorial Dykinson, Madrid. 2005.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, INTRODUCCIÓN A LOS CONCEPTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I*. universidad externado de colombia, Bogotá. 1996.

Molina Torres, José Antonio. *RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Primera Edición, 1998.

De La Cruz Ferrer, Juan. *LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y EL SECTOR ELÉCTRICO*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, primera edición, 1999.

Devis Granados, Isaac Alfonso. *ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LAS TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA*. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Año 2007.

Botero Sandra, *LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1936, EL ESTADO Y LAS POLÍTICAS SOCIALES EN COLOMBIA*. Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura No. 33, 2006.

Nebrera Pérez, Joaquín M. *DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, CONCURRENCIA DE DISCIPLINAS JURÍDICAS*. Editorial Civitas. Madrid 1999.

Romero Pérez Jorge Enrique, *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL*. EUNED, 1/01/1999.

Trujillo Figueroa, Jesús Y Lopez Jurado, Francisco de Borda, *LA REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO*, Editorial Civitas, Madrid 1996.

Corporación Andina De Fomento-Caf, Vicepresidencia de Infraestructura, Informes Sectoriales de Infraestructura. COLOMBIA: ANÁLISIS DEL SECTOR ELÉCTRICO. Año 4 No. 3. Septiembre de 2006.

Enrique Amoroche Cortés Y Germán Oliveros Villamizar, *APUNTES SOBRE ENERGÍA Y RECURSOS ENERGÉTICOS*, Editorial Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB-, Bucaramanga 2000.

Ochoa Carvajal, Raúl Humberto. *BIENES*, sexta Edición. Editorial Temis, 2006.

Velásquez Jaramillo Luis Guillermo. *BIENES*, novena edición. Editorial Temis S.A. Bta., Colombia, 2004.

Quiroz Monsalvo, Aroldo. *MANUAL DE BIENES CIVILES Y COMERCIALES*, Tomo II. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2000.

Jaramillo Jaramillo Fernando Y Rico Puerta Luis Alfonso. *DERECHO CIVIL II, BIENES. TOMO I DERECHOS REALES*. Leyer 2001.

Edmundo Gatti. *TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES*, buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984.

Bean Richard L. *TRANSFORMADORES PARA LA INDUSTRIA ELÉCTRICA*, Compañía Editorial Continental S.A. Primera edición. México D.F. 1963.

Checa, Luis María. *LÍNEAS DE TRANSPORTE DE ENERGÍA*, Tercera Edición. Boixareu Editores

Unidad De Planeacion Minero Energetica–Upme República De Colombia, “*UNA VISION DEL MERCADO ELECTRICO COLOMBIANO*”. Bogotá, Julio del 2004.

Arturo Alessandri R. Manuel Somarriva U. y Antonio Vodavonic H. *TRATADO DE DERECHO CIVIL partes preliminar y general*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 1998.

Marín Hernández, Hugo Alberto. *NORMA REGULATORIA: MITO O REALIDAD*. *REVISTA DIGITAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO* N°3, segundo semestre de 2009.P. 27-66. Universidad Externado de Colombia.

Lacruz Berdejo, [José Luis](#) y Luna Serrano ,Agustín. *ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL: DERECHOS REALES. POSESIÓN Y PROPIEDAD*, VOLUMEN 1. Librería-Editorial Dykinson, Bogotá. 2003.

Oscar e. Ochoa g. *DERECHO CIVIL II: BIENES Y DERECHOS REALES*. Universidad Católica, Andrés Bello. Caracas 2008.

Duguit león, *MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL* (1921). Edición de J.L Monereo y J. Calvo- Comares, Granada. 2005.

Cuadernos de Derecho Público, 32: SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 2007. Ministerio de Administraciones Públicas. Gobierno de España.

Pérez Pardo Camila, Mallarino Uribe Consuelo, Cardozo Vásquez Socorro. *MODELOS DE PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: UNA MIRADA A TRAVÉS DEL CASO BOGOTÁ*. Universitas humanística, Enero, año XXXI, No 59.

Revistas

Edgar Invàn León Robayo, “*LA POSESIÓN DE LOS BIENES INMATERIALES*”, publicado en la Revista de Derecho Privado de la Universidad de Los Andes, n° 36. Año 2006.

Mauricio López Gonzales. *LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA: DOS SIGLOS DE AVANCE*. Revista No.20, Andesco. Junio de 2010.

Gómez Maldonado Tomás. *LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO A PARTIR DE LA CONCEPCIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO*. Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Norte.

Mauricio López Gonzales. *LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA: DOS SIGLOS DE AVANCE*. Revista No.20, Andesco. Junio de 2010.

Panesso Jaramillo Raúl, Morris Monroy Gustavo, Villamizar Alvargonzález Rodrigo. *LA ENCRUCIJADA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS*. Año 2005. Grupo Editorial Norma.

Paz, Andrade Álvaro. *CONCEPCIÓN SOCIAL DE LA CALIDAD DE VIDA EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE BARRANQUILLA*. Gestión, Universidad Del Norte. 1997.

Durán, Víctor Manuel (2001). *ESTADO SOCIAL DE DERECHO, DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN. PONENCIA REALIZADA EN LA VII CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE TRABAJADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS "ESTADO SOCIAL DE DERECHO, DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN"*. Valle de Bravo, México, 22 al 25 de abril de 2001.

Resoluciones de la CREG

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, resolución 020 del 27 de Febrero de 1996.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, resolución 021 del 13 de Mayo de 2000.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, resolución 063 del 28 de Septiembre de 2000.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, resolución 084 del 22 de Noviembre de 2000.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, resolución 082 del 17 de Diciembre de 2002.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, resolución 004 del 19 de Febrero de 2003.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, resolución 091 del 25 de Septiembre de 2003.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, resolución 092 del 14 de Diciembre de 2004.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, resolución 097 del 26 de Febrero de 2008.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. RESOLUCIÓN CREG-054 de 1994.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución CREG-086 de 1996.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución 039 de 2001.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución CREG-084 de 1996.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución 060 del 2000.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. RESPUESTA: S – 2003 – 002262. RAD. CREG – E – 2003 – 005828. Del 10 de junio de 2003.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Resolución 91 de 2007.

Conceptos Superintendencia de Servicio Públicos

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, concepto 306 de 1999.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, concepto 801 del 31 de Marzo de 2006.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, concepto 1115 del 12 de
Abril de 2007

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, concepto 637 del 31 de Octu-
bre de 2008.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, concepto SSPD-OJ-2006-
187.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Sspd –
Oju 2010 – 23.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Sspd –
Oju 2010 – 23.

Jurisprudencia

Colombia, Consejo de Estado. Sentencia del 14 de noviembre de 2009, sección primera, Consejero ponente: Rafael Ostau De Lafont Pianeta, 14 de diciembre del 2009, 44001 2331000 2003 00708 01.

Colombia, Consejo de Estado, Sentencia del 14 de noviembre de 2009, sección primera, Consejero ponente: Rafael Ostau De Lafont Pianeta, 14 de diciembre del 2009, 44001 2331000 2003 00708 01.

Colombia, Consejo de Estado .Sentencia del 2 de mayo del 2007. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP: RUTH ESTELA CORREA PALACIO. Radicación n° 11001-03-26-000-1998-05354-01.

Colombia, Consejo de Estado. Sentencia del 5 de marzo de 2008. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Radicación n° 11001-03-26-000-2001-0029-01.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente:
Luis Camilo Osorio Isaza, junio 16 de 1997, radicado No. 931.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-150 del 2003, Magistrado
Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T 567 de 1992,
Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-927 de 1999,
Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 1992. Magistrado Ponente: Ale-
jandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-720/2005. Magistrado Ponente: Hum-
berto Antonio Sierra Porto.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-927 de 1999, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Leyes

Colombia, Congreso de la República. Ley 142 de 1994.

Colombia. Congreso de la República. Ley 143 de 1994.

Colombia, Congreso de la República. Ley 489 de 1998.

Colombia, Congreso de la República. Ley 113 de 1928.

Colombia, Congreso de la República. Ley 65 de 1936.

Colombia, Congreso de la República. Ley 109 de 1936.