

Servicios públicos domiciliarios: responsabilidad social y tercerización*¹

Public services: social responsibility and outsourcing

LAURA CAROLINA RUBIO GUARÍN²

lrubioguarin@gmail.com

RESUMEN

En el sistema colombiano actual existen diferentes variables que pueden afectar la prestación de los servicios públicos domiciliarios por parte de las empresas constituidas para tal fin. Tanto así, que su mal funcionamiento genera grandes pérdidas comerciales, las cuales resultan siendo asumidas por los usuarios. El estudio realizó un planteamiento sobre las falencias ocasionadas en esta materia, incluyendo factores de responsabilidad social empresarial, con el único objetivo de proponer una estrategia para mejorar el procedimiento que realizan las empresas de servicios públicos domiciliarios.

PALABRAS CLAVE: servicios públicos domiciliarios, responsabilidad social empresarial, tercerización.

ABSTRACT

In the current Colombian system of public residential services there are different variable that could affect the supply of such services by the assigned entities. Such is the case, that their low performance generates major losses payed by the users. It is presented below a planning about the flaws caused on this matter that involves social enterprise responsibility. With the single objective to propose an improvement strategy of the complete procedure made by the public residential service companies

KEYWORDS: public residential services, social enterprise responsibility, outsourcing.

158

Fecha de recepción: 2016/10/19 – Fecha de evaluación: 2016/11/23 – Fecha de aprobación: 2016/12/20

* Cómo citar este artículo: Rubio Guarín, L. C. (Enero-Junio de 2017). Servicios públicos domiciliarios: responsabilidad social y tercerización. *Criterio Jurídico Garantista*, 10(16), 158-175.

1. Artículo de reflexión producto de la investigación dirigida por el profesor Mgtr. Édgar Iván León Robayo, como trabajo de grado para optar al título de magistra en Derecho Privado por el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
2. Abogada y candidata a título de magistra en Derecho Privado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Cursa estudios de Especialización en Servicios Públicos, en la Universidad Externado de Colombia.

Servicios públicos domiciliarios: responsabilidad social y tercerización

LAURA CAROLINA RUBIO GUARÍN

SUMARIO

Introducción – I. LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – II. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL – III. CONSECUENCIAS DE LAS FALLAS EN EL SISTEMA ACTUAL – IV. PRÁCTICAS DE MEJORA – A. *La participación de terceros* – B. *Beneficios para el Estado* – V. CONCLUSIONES – Referencias.

¿Sirven mejor al interés social las empresas de propiedad pública coordinadas mediante una planificación económica central que las empresas privadas que comercian libremente en los mercados, como lo hacen en Estados Unidos? ¿o es posible que nuestro sistema económico sirva al interés social de manera más eficaz?

Michael Parkin

Introducción

Es deber del Estado social de derecho garantizar los servicios públicos³ como la salud, seguridad social, transporte, justicia, educación, saneamiento ambiental, agua potable, energía, gas, telecomunicaciones, y todos los inherentes a su finalidad social, los cuales son indispensables para el desarrollo de la nación; pero no todos estos son esenciales, los servicios públicos domiciliarios lo son, y de ellos se ocupa el presente texto.

En el modelo actual de los servicios públicos domiciliarios (SPD), y conforme a lo señalado en la Constitución Política de 1991, “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” (art. 365). Como se amplió el margen de la prestación a nuevos participantes, y teniendo en cuenta la calidad que se exige en los servicios y la posición de garante que ocupa el Estado, se ha creado una regulación que parece ser suficiente para que el mercado sea sostenible y acorde con los principios de la libertad económica.

En palabras de la Corte Constitucional, los SPD *son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esen-*

159

3. El artículo 365 de la Constitución Política de Colombia establece: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”

ciales de las personas. (Sentencia T-064/1994, H. Herrera).

Más que una actividad del comercio, “cabe destacar la importancia de los servicios públicos como un derecho de los individuos y de las comunidades” (Cordero Torres, 2011, p. 683). Por lo mismo, resulta ser bastante acertada la búsqueda de alternativas de mejora que se acomoden a los principios de la responsabilidad social empresarial (RSE) para lograr una política sostenible.

Cuando se habla de servicios que son tan esenciales para el desarrollo y subsistencia de la humanidad, la utilización de los recursos públicos y su prestación son fundamentales en lo relacionado con la protección al medio ambiente, la sostenibilidad económica, el cambio de políticas empresariales que generen mayor productividad y competitividad, en un mercado con un componente privado bastante influyente.

Para presentar una propuesta sostenible de funcionamiento de las empresas de servicios públicos domiciliarios (ESPD) se hace un análisis desde la RSE, que hasta hoy no es más que una elección, pues si bien existen normas relacionadas con sus parámetros, específicamente en lo que respecta al medio ambiente, lo que se presenta en la actualidad, es:

La creación de principios y normas —con la categoría de soft law—, que ayudan y propician la

autorregulación privada y voluntaria del ámbito empresarial, con el fin de prevenir los riesgos que ellas mismas generan, como consecuencia de sus actividades productivas y de los impactos negativos que pudieren presentarse a nivel económico, social y medioambiental, ha sido el “caldo de cultivo” de la RSE. (Jaramillo Arango, 2013 p. 23).

Evaluar la RSE en el mercado actual de los SPD es fundamental por varios factores: (i) la influencia que tienen las ESPD en la vida de las personas, (ii) la gran cantidad de usuarios que acceden a estos servicios y (iii) la obligación de los usuarios de

aceptar las condiciones que imponen los prestadores al no existir tantos oferentes.

Por la naturaleza jurídica de las ESPD en Colombia, los usuarios deberían tener la oportunidad de acceder a diferentes ofertas para la prestación de un mismo

servicio público domiciliario, conforme a la Ley 142 de 1994 (Ley de Servicios Públicos Domiciliarios), que aplica para acueducto, alcantarillado, aseo, energía, gas y telefonía, pero la realidad refleja que son monopolios disimulados. Tal es el ejemplo de Bogotá, con la Empresa de Acueducto, Agua y alcantarillado S.A. E.S.P.; Gas Natural S.A. E.S.P.; y CODENSA S.A. E.S.P., a diferencia de la telefonía que cuenta con distintos oferentes del servicio.

El esquema del sistema actual, en el cual la prestación ya no recae solo en cabeza del Estado, sino también de los particulares, es que tanto los

usuarios como los empresarios logren, a través de cada una de las ESPD, satisfacer las diferentes necesidades que se pueden presentar en este tipo de mercados, pero esto solo se sabrá una vez se haya respondido la pregunta: ¿Es sostenible desde la RSE el modelo actual de las ESPD en Colombia?

I. Las empresas de servicios públicos domiciliarios

Entender cada uno de los temas que se requiere para responder a la pregunta antes formulada exige la presentación de un esquema general sobre el régimen jurídico aplicable a las ESPD y su funcionamiento actual, siempre teniendo presente la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios y las demás normas que regulan la materia, pues de conformidad con lo establecido en la Constitución Política, “los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley” (art. 365).

El sistema a través del cual funcionan las ESPD en el siglo XXI no es el mismo de periodos anteriores. De acuerdo con la doctrina se evidencian etapas que podrían dividirse de la siguiente forma: la del modo privado de suministro local (1875-1930), la del modo centralista de gestión local (1910-1950), la del modo estatal/asistencialista (1945-1990) y una nueva fase con preeminencia de suministro privado y responsabilidad local (1990 hasta la actualidad).

Para resumir las etapas anteriores, entre 1875 y 1930 a los servicios públicos solo tenían acceso las clases más ricas, “los prestadores eran empresas privadas, en algunas oportunidades asociadas al capital extranjero que funcionaban bajo concesión

otorgada por los municipios, los cuales, a su vez, sufrían de debilidad fiscal” (Universidad Nacional, 1997, p. 26).

Se puede decir que este modelo no cumplía con el Estado social de derecho, el cual supone que “el norte de la acción estatal será la creación de condiciones más justas que aseguren la dignidad de las personas” (Sánchez Luque, Pacheco de León, Obregón González y Alvarado Rincón, 2001, p. 24). Con este sistema no se estaba garantizando el acceso de todos los individuos a los SPD, pues se prestaba solo a algunos usuarios.

En lo que respecta al modo centralista de gestión local, puede decirse que este surgió como consecuencia del mal funcionamiento en la prestación de los servicios por parte del sector privado, derivado de los monopolios y las pocas personas que tenían acceso al sistema, entre otros. Por lo mismo, “algunas entidades territoriales se pusieron al frente de la prestación de los servicios, a través de mecanismos mixtos o plenamente públicos, y en algunas ocasiones, en asocio con los departamentos a los cuales pertenecían las ciudades” (Universidad Nacional, 1997, p. 27). Hubo en esta época mayor intervención por parte del Estado, pero aun así el sistema no daba abasto, entre otros factores, por el crecimiento poblacional.

Del modo asistencialista señala la investigación de la Universidad Nacional que

con el fortalecimiento del rol del Estado central, se crearon importantes instituciones como INAGUAS, INFOPAL y el ICT (...). A su vez, en las ciudades, especialmente en las de mayor tamaño, fueron creados institutos descentralizados, mediante los cuales empezaron a prestarse los ser-

vicios, progresivamente la inversión privada fue perdiendo importancia. (1997, p. 28).

El Estado se encargó de crear instituciones a través de las cuales prestar los diferentes servicios: “Las empresas de servicios públicos mixtas, surgen como una respuesta a la huida del esquema de la descentralización por servicios de la reforma administrativa de 1968” (Palacio Hincapié, 2006, p. 14).

En la parte económica de la Constitución Política de 1991 se precisaron los diferentes aspectos del modelo actual de prestación de los SPD:

El derecho a la competencia aparece en la Constitución como un mecanismo eficaz para que los usuarios puedan alcanzar una vida digna, asociado al ejercicio de otros derechos como la libre iniciativa privada, la libertad de oficio y la igualdad. (Valencia, 2006, p. 130).

El Estado, siguiendo estos parámetros y los establecidos en la ley, mediante su labor de supervisión y regulación de los organismos creados para tales fines se ha encargado de garantizar que exista libre competencia en este mercado, que el acceso al servicio sea digno para todos y que los usuarios puedan contemplar la posibilidad de contratar con diferentes empresas, con miras a cumplir con los estándares básicos que como Estado social de derecho deben ser asegurados para el acceso a los SPD y a la libre competencia.

Por mucho tiempo Colombia tuvo en cuenta el modelo francés, en el cual se asimilaba el servicio público a la función pública. Hoy en día gran parte de la jurisprudencia y la doctrina han descarta-

do esta equiparación, y presentan un mercado regulado en el cual las empresas tanto del sector público como del privado pueden ser prestadoras del servicio. Todo lo cual se debe lograr desde la RSE, para alcanzar mayor estabilidad en un sistema que en lo que respecta a la regulación, ya contempla los parámetros esenciales para funcionar adecuadamente.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las ESPD, el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, señaló: “Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley”. Por su parte, el Consejo de Estado, en fallo del primero de marzo de 2012 señaló:

El artículo 19 ibidem [Ley 142 de 1994] *enuncia como régimen jurídico de las empresas en mención, las reglas, entre otras, sobre la denominación, duración, aportes, mecanismos de constitución, registro, emisión, colocación de acciones, causales de disolución. En este orden de ideas cabe anotar que el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios es, por regla general, el establecido en la normatividad privada, pero, así mismo, es necesario concluir, que de conformidad con las excepciones dispuestas por la misma ley, dicho régimen debe catalogarse como “mixto”, pues está integrado tanto por normas propias del derecho privado como del derecho público*. (CE Contencioso 4, W. Giraldo).

El régimen jurídico de las ESPD hace de la contratación entre estas empresas y otras del sector privado una relación simple y práctica, justo lo que busca el derecho corporativo: “La teoría del nexo contractual procura justificar el Derecho Societario como un sistema de pautas legales o contractuales mínimas que permiten alcanzar un punto óptimo de equilibrio, de manera que los

derechos de todos sean suficientemente salvaguardados” (Reyes Villamizar, 2012, p. 53).

Como el esquema actual de las ESPD busca incentivar la libre competencia y prestar al usuario los servicios de la mejor manera, y su régimen jurídico permite la realización de diferentes figuras contractuales, las ESPD, bajo una nueva propuesta, deberán tercerizar las labores que no son propias de su objeto social, adquiriendo nuevos servicios a través de un modelo de contratación puramente comercial, con miras a mejorar los aspectos que están fallando actualmente en el sistema, lo cual generará un mercado más organizado, menos corrupto, más competitivo, que se desarrollará cumpliendo con los estándares de la RSE.

Un modelo en el cual puedan participar varios agentes del mercado, mediante diferentes nexos contractuales, en beneficio de una sociedad, causará no solo el efecto que busca la Constitución y la ley para promover la libre iniciativa y la protección al usuario, sino que será una estrategia comercial que incentivará la oferta y la demanda bajo altos estándares de calidad, en cumplimiento de la RSE.

II. La responsabilidad social empresarial

En los años 50 Bowen planteó la RSE como la obligación del directivo de empresa de perseguir políticas, tomar decisiones y seguir líneas de acción deseables para los objetivos y valores de la sociedad, en los años sesenta se planteaba que proviene de reconocerla como una institución integrada al sistema social y que, por ende, no puede



Varias empresas han interpretado la RSE como la realización de una obra social benefactora de las clases menos favorecidas; la adecuación de ambientes laborales con mayores garantías y beneficios para los trabajadores; la promoción de créditos y formas de ahorro; entre muchos otros aspectos que si bien no son completamente lo que la RSE pretende, sí hacen parte de los niveles de dicha responsabilidad.

163

actuar de manera aislada, ignorando los efectos positivos o negativos que genera en la sociedad. En los setenta, se destacan tres aspectos entre los más importantes de la década: I) la definición de los niveles de RSE, II) la diferenciación entre obligación, reacción y responsabilidad social, y III) la formulación de la responsabilidad como una ecuación integradora de todas las obligaciones. (Paladino, 2004, pp. 42-43).

A través de la historia se conocen diferentes acontecimientos que dieron lugar a la evolución del concepto de RSE, entre estos:

En 1978, un investigador médico, Roy Vagelos, responsable de los laboratorios de investigación de Merck, tuvo que tomar la decisión de emprender o no una investigación para descubrir un medicamento. Si bien el bienestar de la sociedad y, concretamente, aliviar al hombre de la enfermedad y del sufrimiento era la misión de Merck, Vagelos tenía motivos para preocuparse. (Paladino, 2004, p. 40).

En esta historia en particular, Vagelos decidió hacer la investigación, pero le fue difícil elegir entre investigar sobre un tema que costara grandes sumas de dinero a una empresa, y llegar a la conclusión de que los resultados no beneficiarían al laboratorio, lo que presenta una clara confrontación entre los principios de la RSE, por los temas de salud y desarrollo social y los intereses de los accionistas.

Pero partiendo de una perspectiva en la cual la empresa tiene solo un fin económico, el cual se satisface con la distribución de ganancias a los accionistas, no se considerarán los fines sociales que se debe en el curso de los negocios de una compañía. Es por esto que debe existir un método desde la RSE que haga sostenible y más beneficioso el sistema.

Varias empresas han interpretado la RSE como la realización de una obra social benefactora de las clases menos favorecidas; la adecuación de ambientes laborales con mayores garantías y beneficios para los trabajadores; la promoción de créditos y formas de ahorro; entre muchos otros aspectos que si bien no son completamente lo que la RSE pretende, sí hacen parte de los niveles de dicha responsabilidad.

El propósito de las empresas con ánimo de lucro, en su mayoría, no va directamente encaminado al desarrollo social, pero aplicando la RSE pueden lograr beneficios que las hagan sostenibles en términos económicos y a la vez beneficien a la sociedad. “La actividad empresarial es buena, es una verdadera vocación, una misión del hombre, un modo privilegiado para contribuir al bienestar de muchas personas” (Chomali y Majluf, 2007, p. 29).

Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas menciona como temas generales tratados en responsabilidad social empresarial, los relacionados con derecho humanitario, derechos humanos, aspectos laborales fundamentales en las sociedades modernas, respeto por el medio ambiente y las normas éticas básicas para el desarrollo de la actividad empresarial. (Yepes López, Peña Collazos y Sánchez Maldonado, 2007, p. 33).

Si bien en Colombia varias empresas han sido evaluadas y bien catalogadas por el cumplimiento de los preceptos de RSE, la mayoría de ellas, y especialmente las más pequeñas, no han realizado cambios internos suficientes para tener en cuenta los diferentes niveles (ambiental, social, laboral y ético), porque su capacidad económica actual no es tan favorable como para presentar mayores beneficios, y porque todavía esta no es una práctica obligatoria para las empresas.

III. Consecuencias de las fallas en el sistema actual

Varios factores pueden afectar el buen desarrollo del sistema actual de los SPD. Uno, el que el régimen tarifario de los predios industriales

y comerciales es más alto que el de los predios residenciales;⁴ en situaciones como esta, muchos usuarios terminan inmersos en el tipo penal de defraudación de fluidos, pues el sistema en vez de beneficiar a los comerciantes y generar competencia, hace que paguen los mayores precios. “Todos hacemos elecciones económicas con base en nuestros intereses personales sobre el consumo de productos, algunas de las cuales fomentan la destrucción de este recurso natural” (Parkin, 2004, p. 8). Cuando las personas no pagan realmente por lo que consumen, no existe conciencia sobre los recursos que se están perdiendo. Sumado a lo anterior, los grandes empresarios deben pagar sumas importantes de dinero en temas de impuestos, y poco tiempo les queda para pensar en la RSE, sin sumar la gran cantidad de residuos sólidos que se dejan de facturar.

Dos, cuando no es cierto ni exacto lo que las ESPD contabilizan en materia de agua, gas, electricidad o cualquier otro recurso, las personas no son conscientes del daño que están ocasionando por su irresponsabilidad en el consumo. El problema actual se deriva de varios errores, uno de ellos el que los grandes empresarios prefieren pagar menos de lo que consumen, utilizando diferentes métodos que afectan directamente al sistema y

a los demás usuarios, especialmente los predios comerciales e industriales, y como de alguna manera las ESPD deben llenar el vacío económico que genera la diferencia entre los metros cúbicos producidos y los facturados, difícilmente se verán reducidas las tarifas a los usuarios.

Otro error, en lo que respecta a los predios residenciales, es que allí habitan más familias de las que en su momento fueron contabilizadas en diferentes niveles o pisos, y no tienen tarifa multiusuarios.⁵ Además de la existencia de fugas y otras variables que pueden afectar la medición del consumo.

Bajo este esquema, la RSE no solo es poco efectiva, el modelo por sí mismo no es sostenible por la cantidad de pérdidas que presentan las ESPD, sino que es importante incentivar a los usuarios y a los mismos empresarios a ser responsables, pues los comportamientos individuales de cada uno de ellos están afectando el modelo actual de las ESPD.⁶

Alemania Occidental, era un país diseñado con base en el modelo de Estados Unidos y Europa Occidental. En estas regiones, las personas poseen propiedades y operan empresas. Las empresas de propiedad privada producen bienes y

4. En el caso del agua, que es un recurso muy protegido, el modelo de tarifas no puede ser más bajo porque esto generará grandes desperdicios. Hasta tanto no exista la cultura del ahorro por temas ambientales, los costos de este servicio no pueden ser menores.

5. Definida por el Decreto 229 de 2002 como: “Edificación de apartamentos, oficinas o locales con medición general constituida por dos o más unidades independientes” (art. 3.26).

6. Se precisa la importancia del artículo 8 de la Constitución Política en temas de servicios públicos domiciliarios: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”. Este texto no solo hace referencia a la protección de los recursos naturales, sino a la afectación que pueden tener los parques y demás espacios públicos, si las ESPD y los usuarios no los respetan y protegen. Por poner un ejemplo, no puede autorizarse alumbrado público sin el análisis técnico y ambiental realizado por profesionales, todo lo cual debe ir acorde con la zona donde se realice la instalación.

Cuando las personas no pagan realmente por lo que consumen, no existe conciencia sobre los recursos que se están perdiendo. Sumado a lo anterior, los grandes empresarios deben pagar sumas importantes de dinero en temas de impuestos, y poco tiempo les queda para pensar en la RSE, sin sumar la gran cantidad de residuos sólidos que se dejan de facturar.

nes de distribución o acarrearla en baldes a lo largo de muchos kilómetros. (Parkin, 2004, p. 8).

Tiene sentido manifestar que quienes permiten el desarrollo de la economía son las empresas que son fuente de trabajo, y en consecuencia deberían tener mayores facilidades para participar en el mercado, pues finalmente son ellas las que mantienen en movimiento uno de los factores de producción de mayor riqueza. En una teoría justa, las personas deben pagar lo que consumen a precios razonables.

Pero no se trata de individualizar la situación de cada usuario en cada una de las situaciones que se presenten, pues actualmente este tipo de análisis lo realizan los jueces, en los casos en los cuales las personas interponen tutelas porque ven vulnerados sus derechos según circunstancias particulares; en sí, de lo que se trata es de incentivar el trabajo y el ahorro de recursos naturales para lo relacionado con las ESPD.

El ahorro se incentiva cobrando a cada quien lo que consume, y en materia de trabajo dejando de gravar tan fuertemente a las empresas en temas de impuestos y en las tarifas de SPD, las cuales no deben ser tan altas, pues generan efectos totalmente adversos: a menor capacidad adquisitiva mayor falta de dinero para invertir y menos oportunidad de generar trabajo. En lo que respecta a los pagos que deben realizar los usuarios de los predios industriales y comerciales, finalmente no terminan pagando lo que consumen, pues como sucede con los impuestos, se ingenian formas para evadir los pagos que se les imponen en materia de SPD, incurriendo en el tipo de defraudación de fluidos.

servicios que venden con toda libertad a clientes en comercios y mercados. Toda esta actividad económica es realizada por gente que persigue su propio interés personal. (Parkin, 2004, p. 5).

Lo anterior puede parecer egoísta, sin embargo, en el caso de Colombia, de lo que se trata es de que con los nuevos proyectos se logre satisfacer el interés privado pero también el social, a través de estrategias de libre mercado que beneficien a los usuarios, las ESPD y sean acordes con el desarrollo de la comunidad.

IV. Prácticas de mejora

Algunas personas pagan menos por el agua que otras. Por ejemplo, los agricultores de California pagan menos que las familias californianas. Gente de países muy pobres paga algunos de los precios más altos por el agua y debe comprarla a camio-

Las ESPD tienen los recursos naturales suficientes para generar grandes ingresos. Sin embargo, en Colombia, tal y como se puede corroborar con los informes sectoriales de los SPD, se presentan pérdidas de agua, energía y gas en el proceso de distribución de los diferentes servicios.

Por citar un ejemplo, en el Informe sectorial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, (en adelante Superintendencia de SPD), sobre acueducto y alcantarillado, elaborado en el 2015, se señala:

El índice de agua no contabilizada –IANC– es el indicador porcentual que compara el volumen de agua facturado a los usuarios del servicio de acueducto, respecto al volumen de agua que se produce en las plantas de tratamiento de agua potable; lo cual da un estimado de las pérdidas que se tienen en la red de distribución, entre otras, por fugas en red, conexiones fraudulentas o mediciones de consumo imprecisas. (p. 20).

Es decir, que un recurso que es de todos, y que tanto el Estado como los usuarios⁷ debemos proteger, se está perdiendo por la negligencia de los que interactúan en el mercado.

Como consecuencia de cada una de las fallas que se han enunciado en relación con los SPD, resulta casi nula la implementación de la RSE en las ESPD actuales, pues se han desarrollado distintas acciones que hacen cada vez más inefectiva su implementación. Tal es el caso de la corrupción, gran determinante del sistema actual, la cual se ve plasmada en los procedimientos que realizan las ESPD, empezando porque sus funcionarios

pueden ser los mayores facilitadores de las artimañas que cometen los usuarios para beneficiarse de las fallas del sistema.

Gran lugar ocupan las ESPD en un municipio o en una ciudad, más aun cuando son únicos prestadores. “La concentración de poder en pocas organizaciones implica mayor control sobre las mismas ya que no pueden dar nuevas formas a la sociedad” (Correa Jaramillo, 2007, p. 91). La competencia que existe actualmente entre estas empresas es poca, por lo mismo debe haber un control mayor sobre sus actuaciones, sin dejar de lado el factor privado que aplica a cada una.

Aunque el control por parte del Estado como garante del servicio no es objeto del presente estudio, no sobra insistir en el comportamiento de cada uno de los intervinientes en este mercado, así como en la inspección y vigilancia que cada ente desarrolla. El presidente de la República, a través de la Superintendencia de SPD, ejerce su control, y ninguna propuesta en esta materia funcionaría sin la intervención que se requiere por parte del Estado, lo cual está específicamente establecido en la Constitución Política.

Dejando de lado la posición del Estado en materia de control y vigilancia, la solución al problema no la tienen los órganos de gobierno, sino las mismas empresas a quienes se les ha permitido prestar estos servicios. El sistema ha sido construido para funcionar desde empresas privadas o desde el Estado, según sea el caso. Pero el problema no radica en quién es el prestador, es decir, si es una

7. Entiéndanse los usuarios industriales, comerciales y residenciales.

empresa pública o privada, pues la realidad del país ha constatado que el sistema de licitaciones públicas, y en general la contratación estatal, ha sido un plato exquisito para la corrupción en Colombia.

Para realizar este análisis, en nada afecta el funcionamiento del sistema actual en lo que respecta a la tarea de los encargados por el Estado para garantizar la prestación de los SPD, ni tampoco el cargo que desempeña cada uno de los integrantes de las empresas públicas, mixtas o privadas, pues cambiar el tema de administración en lo concerniente a estas designaciones sugeriría varias reformas, entre estas una constitucional, por lo que en adelante se analizará la propuesta bajo los prestadores actuales.

Los anteriores aspectos no se persuaden en el presente trabajo, ni como ya se ha dicho la función que ejerce el Estado, pues el sistema actual en lo que tiene que ver con la regulación y aspectos de inspección y vigilancia cumple con los estándares mínimos que requiere para su desarrollo.

La intervención de la autoridad pública no solo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, salvaguardando, sin embargo, incólumes los derechos de las personas. (Juan XXIII, 1961).

Juega un papel importante en este análisis la libertad económica.

El modelo de los servicios públicos domiciliarios en Colombia fue modificado sustancialmente por

la Constitución Política de 1991, donde se quiso, de una manera reflexiva y consciente, dar paso a un modelo de gestión cuyo paradigma es la libre competencia, la libertad de concurrencia y la eficiencia económica. (De la Torre Vargas, 2014, p. 57).

De conformidad con lo prescrito en la Norma Fundamental, las personas tienen derecho a constituir empresa y a competir entre sí, todo lo cual deriva en la fijación de estándares para proteger tanto a los usuarios como a los empresarios. La naturaleza y régimen jurídico de las ESPD les permite contratar servicios con diferentes sociedades⁸ del sector público o privado, y aunque su espectro de contratación en Colombia es bastante práctico, pues la realización de estas actividades no implica licitaciones públicas, en su mayoría, no se apoyan en terceros para que les colaboren en varias de las actividades que deben realizar como prestadoras.

Constantemente, los funcionarios de las ESPD incurrir en fallas que afectan notoriamente el funcionamiento de los servicios, pero los usuarios tampoco se quedan atrás. Por esto existe el tipo penal de defraudación de fluidos, que “en un primer nivel, pretende proteger el patrimonio económico de las empresas oficiales y privadas que prestan servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones” (Cruz Bolívar, 2013, p. 15). La existencia de estos tipos penales, sin duda, persuaden a ciertas personas a no cometer estas faltas, pero en definitiva hay muchas otras que no les temen.

8. Entiéndase empresas.

Si bien la regulación es importante, en la práctica se observa que no es suficiente para que los habitantes no incurran en tipos penales, pues muchas personas no le temen a la policía, ni a ley expedida por quienes los mismos colombianos han escogido para tal fin.

El delito de defraudación de fluidos está actualmente tipificado en el ordenamiento jurídico.

Sin duda la igualdad de acceso y el respeto por la prestación de los servicios públicos subyace como entidad protegida en el delito que se analiza, pues junto al patrimonio económico, el legislador ha centrado su protección sobre servicios esenciales para la comunidad, principalmente en el caso del agua, cuya disposición e igualdad de acceso son hoy esenciales para el mantenimiento de un orden mínimo en cualquier sociedad. (Cruz Bolívar, 2013, p. 17).

Dado que el sistema jurídico permite que el sector privado preste un servicio que es esencial para la vida de las personas, los empresarios deberían ser responsables y estar muy atentos a cada uno de los efectos que pueden derivar de la prestación de los SPD, teniendo en cuenta dos aspectos fundamentales: la importancia de estar en capacidad de entregar a los habitantes un producto que todos necesitan y el plus económico que pueden alcanzar como prestadores.

Con todo esto, resulta retador para las empresas prestar este tipo de servicios, porque requieren ser eficaces y sostenibles, lo que se traduce especialmente en eficiencia económica y suficiencia financiera, lo cual también es una garantía para los usuarios, que es de quienes, a su vez, depende el funcionamiento del sistema, a través del cumplimiento de sus obligaciones de pago de tarifas,



Para el caso del agua, gas y energía, las ESPD implementan medidores en el predio de los usuarios, los cuales presentan alteraciones en muchas ocasiones desde su instalación.

Lo anterior puede derivarse de la manipulación de estos, sin mencionar las pérdidas grandes de estos recursos por defraudación de fluidos, errores en la micromedición y en la facturación.

169

subsidios y participación indirecta en el Congreso, en aspectos relacionados con la regulación.

Como el tipo penal de defraudación de fluidos no es suficiente para que las personas respeten y participen activamente en el sistema, los empresarios del sector privado deben ingeniarse estrategias que incentiven el desarrollo del sistema actual de los SPD. Inicialmente, en cabeza de los representantes legales de estas empresas está estructurar proyecciones a largo plazo, que permitan visualizar la recuperación de los SPD y controlar los efectos que se ocasionan en las pérdidas comerciales.

Podría pensarse que la capacitación de personal en temas técnicos y jurídicos es una variable que en algo mejoraría el sistema, pero como puede suceder que los funcionarios abandonen sus empleos o simplemente sean removidos por la Administración, esto implica un entrenamiento constante para nuevos y antiguos empleados.

Sería mejor empezar a incentivar el mercado con nuevas empresas especializadas en los diferentes campos que ocupan la prestación de los SPD, para contratar con terceros, e incentivarlos a presentar propuestas interesantes, así los empresarios dentro de la libre competencia utilizarán sus propios medios para crear estrategias de mercado.

A. La participación de terceros

Terceros o contratistas, bajo el sistema actual, pueden competir en el mercado desempeñando diferentes actividades que requieran las ESPD para desarrollar su objeto social. Tal es el caso de la facturación o el desarrollo de proyectos para recuperación de pérdidas comerciales por parte de empresas que, si bien no son aptas para participar directamente en la prestación del servicio porque su capacidad jurídica no está explícitamente encaminada a esto, se desempeñarían con eficiencia como competidoras en el mercado de las actividades que requieren las prestadoras en desarrollo de su función.

Todo podría empezar con pruebas piloto, si las ESPD permiten que dos o más sociedades especializadas en un tema particular compitan durante un tiempo razonable entre ellas para lograr resultados, y al final poder escoger a la más productiva para que les preste un servicio durante un periodo de tiempo determinado. De esta manera se incentiva la competencia y se promueve la eficiencia económica.

Seguramente las ESPD pensarán que un modelo como el aquí propuesto será una carga económica muy fuerte que les será difícil asumir, pero si realizan un estudio financiero se darán cuenta que al contratar estos servicios el sistema cambiará en gran medida, y las pérdidas considerables que presentan actualmente pasarán a convertirse en ganancias que les permitirán pagar este tipo de

170 Se trata de crear un mercado de competencia en el que otras empresas asuman riesgos y se atrevan a invertir para organizar el sistema, pues inicialmente utilizarán sus propias empresas para realizar los estudios que sean necesarios para presentar propuestas tentadoras a las ESPD. Esto incentivará el mercado y mejorará todo el procedimiento que actualmente realizan las empresas prestadoras, tanto en lo referente a los aspectos en los que se pueden especializar en esta materia como en el medio ambiente,⁹ nuevos sistemas de facturación, implementación de tecnología de punta para temas de medición, entre otros. Además, todos estos proyectos impulsarían la ciencia y la participación de la academia en temas de desarrollo social, prácticas de mercado y otros ligados a la RSE.

9. Todo lo cual incluye la protección a los sólidos, la importancia de estos y el tema del reciclaje.

contratos y mejorar la estructura tarifaria, porque ya los usuarios no asumirán las pérdidas.

Conforme a la definición de Aguilera Castro, “la Responsabilidad Social Empresarial se define como el compromiso que asumen las empresas hacia la sociedad en beneficio del desarrollo sostenible, es decir, es el equilibrio entre el crecimiento económico y el bienestar social” (2012, p. 5). Los contratistas cumplen una importante función en cuanto a hacer sostenibles las ESPD, implementando los dos conceptos anteriormente indicados mediante diferentes tareas, sobre todo investigativas, para solucionar los problemas que se presentan en la actualidad.

En lo que respecta al desarrollo económico, basta ver cuáles son los aspectos que presentan mayor escasez en el sistema actual para suplir cada una de esas falencias. Básicamente, la crisis resulta de los siguientes puntos: a) degradación del medio ambiente, b) corrupción, c) defraudación de fluidos, d) malas prácticas de reciclaje, e) consumo irresponsable y f) pérdidas comerciales.

Como la economía parte de la insuficiencia, y “es la ciencia social que estudia las elecciones que los individuos, las empresas, los gobiernos y las sociedades enteras hacen para enfrentar la escasez” (Parkin, 2004, p. 2), entonces basta con que en adelante los contratistas analicen las crisis de las ESPD y empiecen a presentar propuestas que suplan todos esos vacíos. La inversión sería uno de los aspectos principales que terminaría frenando el ofrecimiento de estos terceros, pues las

ESPD no tienen presupuestados los costos, pero los estudios y la contratación de personal capacitado son factores que debe asumir cada oferente que realiza inversiones previas a la presentación de las propuestas, pues finalmente todo esto hace parte de sus activos.

Los autores plantean de igual forma la necesidad de responder a dos cuestiones importantes para entender completamente el concepto de *outsourcing*: “la cuestión sobre fabricar o comprar y la fijación correcta del tamaño, es decir, encontrar el tamaño, o la cantidad correcta de personal para una organización” (...) pues cuanto más especializada sea una compañía, hay mayor posibilidad de encontrar por fuera los servicios especiales que requiera subcontratar. (García, González y Duque, 2014, p. 15).

Las ESPD solo deberán analizar la viabilidad de los proyectos, y destinar un porcentaje para los contratistas¹⁰ sobre las recuperaciones que logren.

Los contratistas serán las partes en el contrato de *outsourcing* que ofrecen servicios especializados al contratante que requiere la realización de alguna tarea.

La externalización, como forma de implementación de la descentralización productiva, tiene dos facetas fundamentales: por una parte, produce un adelgazamiento de la estructura productiva de la empresa, a través de una nueva concepción de la estructura organizativa en la que se renuncia al crecimiento interno, popularizada bajo la expresión *downsizing*, y por otro lado, se genera una modificación en la estructura laboral de la empresa,

10. Quienes serán profesionales especializados en cada tema.

dando lugar al fenómeno del *outsourcing* o triangulación laboral. (Ugarte Cataldo, 2006, p. 122).

En los resultados que muestran los informes sectoriales de la Superintendencia de SPD es evidente la falta de manejo de las ESPD en varias de las labores que realizan sus distintos departamentos o áreas tanto de la parte administrativa como técnica.

Para el caso del agua, gas y energía, las ESPD implementan medidores en el predio de los usuarios, los cuales presentan alteraciones en muchas ocasiones desde su instalación. Lo anterior puede derivarse de la manipulación de estos, sin mencionar las pérdidas grandes de estos recursos por defraudación de fluidos, errores en la micromedición y en la facturación.

A lo anterior se suma la falta de aplicación de los procedimientos administrativos y la violación al debido proceso, factores que inciden notoriamente en las pérdidas comerciales, pues

la administración no puede imponer nada que no sea explícitamente previsto por la norma; y los administrados pueden invocarlas delante de una jurisdicción para obtener la anulación, la reforma o la derogación de los actos administrativos que les hayan sido aplicados. (Jacques Chevallier y Pérez Orozco, 2015, p. 24).

Las reclamaciones de los usuarios surgen básicamente porque los funcionarios no cumplen con lo indicado en la Constitución Política, la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, el Estatuto Tributa-

rio y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Por violación al debido proceso, no pueden realizar cobros dejados de facturar o mal facturados, lo que afecta de manera significativa los ingresos de las ESPD.

Si las ESPD contratan con empresas especializadas en materias particulares, el desempeño de la

labor sería más eficiente por varios factores: 1) los contratistas tienen todo el conocimiento para desempeñarse en su campo específico; 2) cuando renuncia uno de sus empleados, ingresan personas con el mismo o mayor conocimiento sobre el tema, pues

A los predios comerciales e industriales se les grava en mayor medida en Colombia, a pesar de que “cobrar impuestos a las actividades productivas implica producir menos, y una distribución más equitativa significa que haya menos que compartir” (Parkin, 2004, p. 10).

la especialidad es una de las características de los contratos de *outsourcing* o tercerización; 3) el grado de corrupción sería menor, porque los empleados de estos terceros no tienen relación directa con la ESPD, y la tercerización de la actividad permitirá controlar la labor de cada uno de ellos de forma más estricta; 4) la experiencia y los estudios que realicen los terceros para especializarse en el tema no son consecuencia de alguna inversión que deban realizar las ESPD, quienes simplemente pagarán por la prestación de un servicio sin tener que capacitar constantemente a sus funcionarios para realizar distintas labores; 5) en materia de sostenibilidad ambiental, contratar con terceros haría más realizable la implementación de prácticas de RSE, porque las ESPD al momento de contratar podrán exigir que se respeten estas pautas.

Como la idea de este mercado es incentivar que varios terceros participen en diferentes activida-

des, la competencia entre ellos hará que presenten propuestas sostenibles, con proyecciones que puedan superar las expectativas de las empresas prestadoras, sobre todo en lo que respecta al tema de recuperación de pérdidas comerciales, protección a los recursos naturales, capacitación a los usuarios en temas de ahorro y reciclaje, incentivos para la implementación de políticas de desarrollo social con mayor seguridad para que los usuarios paguen lo que consumen y no malgasten los recursos naturales.

Los contratistas presentarán a las ESPD estrategias para motivar a los usuarios industriales y comerciales, que son quienes gozan de incentivos para el desarrollo de la economía.

El recurso humano que organiza el trabajo, la tierra y el capital recibe el nombre de habilidades empresariales. Los empresarios discuten nuevas ideas sobre qué producir y cómo hacerlo, toman decisiones de negocios y asumen los riesgos que surgen a partir de ellas. (Parkin, 2004, p. 4).

A los predios comerciales e industriales se les grava en mayor medida en Colombia, a pesar de que “cobrar impuestos a las actividades productivas implica producir menos, y una distribución más equitativa significa que haya menos que compartir” (Parkin, 2004, p. 10). Si bien el sistema de los SPD debe ir especialmente encaminado al desarrollo social, el incentivo está en generar nuevas ideas y junto con esto estrategias para motivar a las ESPD a implementar políticas de RSE que beneficien tanto a estas empresas como a la sociedad en general, y que podrían derivar en un buen concepto de desarrollo económico. Si los contratistas buscan estrategias de desarrollo para los predios industriales y comerciales, y formas

de ahorro y organización en el uso de los SPD, todos se beneficiarán y seguramente los grandes empresarios querrán producir más, tener más empresas y con eso generar más trabajo.

La solución está en incentivar la tercerización de labores que se desempeñan dentro de una ESPD, nunca la prestación directa de los servicios, pues como ya se ha mencionado, este objeto social solo lo pueden desarrollar empresas oficiales, mixtas o privadas constituidas para tal fin. Uno de los grandes modelos que podrían desarrollar estos terceros será sin duda la siembra de árboles, la generación de nuevas políticas para concientizar a los usuarios en materia de consumo, prácticas de reciclaje, entre muchos otros que pueden beneficiar y hacer sostenible el sistema desde diferentes puntos: económicamente, con la recuperación de las pérdidas comerciales; socialmente, con políticas para una buena prestación del servicio; y ambientalmente, con el desarrollo de nuevas estrategias para su protección.

Los nuevos ingresos de las ESPD por la recuperación de las pérdidas comerciales, junto con el prestigio que adquirirán por cumplir con políticas de desarrollo social, garantías laborales y generación de empleo, sumados a los beneficios ambientales, serán el mayor incentivo para que quieran continuar contratando con terceros.

B. Beneficios para el Estado

Para el Estado los beneficios se reflejarían principalmente en 1) la reducción de los daños económicos que se le puedan ocasionar, pues en su posición de garante de la prestación de los SPD los usuarios

tienen derecho a incoar acciones por la falla en el servicio, y el Estado está en la obligación de pagar por los daños que se les causen,¹¹ siempre que estos tengan la razón y el sustento para presentar la respectiva acción; 2) la descongestión judicial, porque los jueces quedarían libres de resolver esta clase de disputas, aliviando la carga judicial que actualmente los aqueja.

Adicional a lo anterior, la Superintendencia de SPD, como parte de la Rama Ejecutiva, recibe quejas por violaciones al debido proceso, y si bien su función no es resolver este tipo de disputas, debe dedicar parte considerable de tiempo a responder las reclamaciones, pudiendo utilizarlo en inspección para el mejoramiento de la calidad de los servicios.

que apoyen a las ESPD deberán generar políticas que incentiven a los usuarios y los mantengan al margen de cometer cualquier tipo de fraude.

Se requiere la participación de terceros mediante acuerdos de *outsourcing*, para que presten labores de apoyo a las ESPD, incentivando la libertad económica (libertad de empresa y competencia).

Las ESPD deben estar orientadas únicamente a la prestación del servicio derivado de su objeto social en lo relacionado con el suministro, y los contratistas (terceros) a fortalecer las debilidades que presentan actualmente las ESPD en temas jurídicos, comerciales, técnicos, de facturación, ambientales y otros que se puedan presentar.

Todos los factores que se han señalado para que funcionen las ESPD incluyen tener en cuenta y aplicar los niveles de RSE tanto por parte de las ESPD como de los contratistas, para generar sostenibilidad ambiental, económica, empresarial y desarrollo social.

El Estado se beneficia con la propuesta presentada, mediante la descongestión judicial, el incentivo de la libre competencia, la no afectación al patrimonio, y evitando el desgaste de la Administración.

Referencias

Aguilera Castro, A. (2012). Crecimiento empresarial basado en la responsabilidad social. *Pensamiento & Gestión*, (32), 1657-6276.

11. En estos casos el Estado puede repetir contra el agente, pero todo el desgaste administrativo le puede generar daños patrimoniales, y mantener a sus funcionarios en estos procesos puede distraerlos de funciones indispensables, generando otras afectaciones.

V. Conclusiones

El sistema actual de SPD no es sostenible en términos de RSE y requiere grandes cambios, apoyado en el sector privado por los siguientes factores:

Cobrar el metro cúbico muy caro a los usuarios residenciales y comerciales hace menos competitivo el sistema, lo cual conlleva implicaciones negativas en temas de incentivo al trabajo, desprotección a los recursos naturales y falta de motivación para implementar acciones de RSE.

Las ESPD son monopolios que gozan de protección, y cuando mejoran de alguna manera sus ingresos esto no tiene ninguna incidencia favorable en la estructura tarifaria para beneficio de los usuarios. De esta manera, los contratistas

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección cuarta. Proceso 17.907 (M. P. William Giraldo Giraldo; 1 de marzo de 2012).
- Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Cordero Torres, J. M. (Octubre-diciembre, 2011). Los servicios públicos como derecho de los individuos. *Ciencia y Sociedad*, 36(4), 682-701.
- Correa Jaramillo, J. G. (2007). Evolución histórica de los conceptos de responsabilidad social empresarial y balance social. *Semestre Económico*, 10(20), ISSN 0120-6346.
- Cruz Bolívar, L. (2013). *Monografías de derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia T-064 de 1994 (M. P.: Hernando Herrera Vergara; 17 de febrero de 1994).
- Chomali, F. y Majluf, N. (2007). *Ética y responsabilidad social en la empresa*. Santiago de Chile: Aguilar Chilena de Ediciones S. A.
- De la Torre Vargas, D. (Segundo semestre 2014). Fallos del mercado y regulación económica en los servicios públicos domiciliarios. Aproximaciones a una disciplina poco entendida por los juristas. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (12), 45-62.
- García Solarte, M., González Campo, C. H. y Duque Ceballos, J. L. (2014). Outsourcing y Business Process Outsourcing desde la teoría económica de la agencia. *Entramado*, 10(1), 12-29.
- Jacques Chevallier, J. y Pérez Orozco, O. (2015). *El Estado de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo Arango, I. (2013). *La responsabilidad social empresarial base fundamental para el cumplimiento y fortalecimiento de los derechos laborales*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Juan XXIII. (1961). Carta encíclica *Mager et magistra*.
- Palacio Hincapié, J. Á. (2006). Régimen contractual colombiano de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. *Prolegómenos Derecho y Valores*, (18), 12-32.
- Paladino, M. (2004). *La responsabilidad de la empresa en la sociedad. Constuyendo la sociedad desde la tarea directiva*. Buenos Aires, Argentina: Grupo Editorial Planeta S.A.I.C.
- Parkin, M. (2004.). *Economía*. Bogotá: Editorial Pearson Educación de México.
- Reyes Villamizar, F. (2012). *Análisis económico del derecho societario*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Sánchez Luque, G., Pacheco de León, H., Obregón González, G. y Alvarado Rincón, Y. (2001). Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios. *Actualidad Jurídica (t. IV)*.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (2015). *Informe sectorial de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado grandes prestadores*. Bogotá: Autor.
- Ugarte Cataldo, J. L. (2006). Sobre relaciones labores triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores. *Ius et Praxis*, 12(1), 121-137.
- Universidad Nacional de Colombia. Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales “Gerardo Molina”. (1997). *Investigación servicios públicos domiciliarios: calidad de vida y construcción del Estado social de derecho*. Bogotá: Autor.
- Valencia, G. (julio-diciembre 2006). Los servicios públicos domiciliarios en Colombia a la luz del modelo de salida, voz y lealtad de Albert Hirschman. *Lecturas de Economía*, (65), 117-142.