



Bogotá, D.C., diciembre 5 de 2012

Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

REF: **Demanda de inconstitucionalidad contra una expresión del artículo 74 de la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.**
Demandante: EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA y otro.
Magistrada Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.
Expediente D-9329.
Concepto 5483

De conformidad con lo previsto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, procedo a rendir concepto en relación con la demanda que, en ejercicio de su ciudadanía, presentó el ciudadano EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA y otro contra la expresión: “*La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de la empresa en el mercado*”, contenida en el artículo 74, numerales 74.1.a y 74.2.a de la Ley 142 de 1974, cuyo texto se resalta a continuación:

LEY 142 DE 1994
(julio 11)

por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia,
DECRETA:

Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.

*a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. **La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.***

74.2 De la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico:

*a) Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad. **La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.***

1. Planteamiento de la demanda.

Los actores consideran que los segmentos legales acusados, al prever que la respectiva comisión de regulación podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado, vulneran los artículos 1°, 3°, 4°, 13, 29, 84, 93, 133, 150.21, 333, 334, 365, 367 y 370 Superiores. Aducen que la



Concepto 5483

competencia para fijar reglas de comportamiento diferencial en el mercado de servicios públicos domiciliarios corresponde de manera exclusiva al Congreso de la República, corporación que hasta el momento no ha fijado dichas reglas.

2. Problema jurídico.

Corresponde al Ministerio Público determinar si las disposiciones acusadas al atribuirle a las comisiones de regulación de Energía y Gas Combustible y de Agua Potable y Saneamiento Básico, la facultad de adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de la empresa en el mercado, desconocen la competencia privativa del Congreso de la República.

3. Análisis jurídico.

Pese a que en la demanda se alude a diversos contenidos de la Constitución Política, los actores centran su censura en cuestionar la competencia de las comisiones de regulación para adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de la empresa en el mercado, en el contexto de los servicios públicos domiciliarios. En síntesis, arguyen que ésta es una competencia propia y exclusiva del Congreso de la República, que no puede ser ejercida por dichas comisiones.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 150.7 Superior, el Congreso de la República tiene competencia para determinar la estructura de la administración nacional y para crear, suprimir o fusionar entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica.

En materia de servicios públicos, el artículo 365 Superior prevé que éstos son inherentes a la finalidad social del Estado, a quien corresponde asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. La prestación de estos servicios, sea de manera directa o indirecta, está sometida al régimen jurídico que fije la ley. De este régimen jurídico hace parte la regulación, el control y la vigilancia de la prestación de los servicios públicos, que está a cargo del Estado.

El artículo 367 Superior, por su parte, otorga al Congreso de la República competencia para regular los servicios públicos domiciliarios, valga decir, para fijar competencias y responsabilidades relativas a su prestación, su cobertura, calidad, financiación, régimen tarifario y criterios relativos a costos, solidaridad y redistribución de ingresos.

El artículo 370 Superior dispone que corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia respectiva, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

Las anteriores normas constitucionales brindan el contexto necesario para analizar el problema jurídico planteado, como pasa a verse.

En desarrollo de las anteriores disposiciones, el Congreso de la República, a través del artículo 69 de la Ley 142 de 1994, creó las comisiones de regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, de Energía, Gas y Combustible y de Telecomunicaciones, como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscritas al respectivo ministerio. El parágrafo del citado artículo señala que cada comisión fue facultada por el legislador *“para regular el servicio público respectivo”*.



Concepto 5483

El alcance y las implicaciones jurídicas de la función de “regular” los servicios públicos domiciliarios, fueron objeto de análisis de la Corte en la Sentencia C-1162 de 2000. En esta sentencia, se precisa que regular es una forma de intervención del Estado en la economía, para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias, pues, por el contrario, tales facultades deben ejercerse dentro de los límites fijados por la ley, el reglamento y las directrices fijadas por el Gobierno, a través de los respectivos ministros.

Dada la relevancia de la sentencia en comento para el caso *sub examine*, conviene traerla a cuento *in extenso*, así:

Cabe entonces preguntarse: ¿cuál es la naturaleza de la regulación si no es ejercicio de función legislativa, ni tampoco de la potestad reglamentaria?

Para absolver ese interrogante, es importante tener en cuenta que en la exposición de motivos de la ley bajo estudio, se definió así la función reguladora:

La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde esta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor. (Gobierno Nacional. Exposición de Motivos al proyecto de Ley 135 Senado. Gaceta del Congreso N° 162 de 17 de noviembre de 1992 p. 21. Se subraya).

Por su parte, el inciso primero del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, acogiendo los anteriores criterios, señala que las comisiones tienen como fin promover la libre competencia y regular los monopolios, en orden a una prestación eficiente de los servicios. Por contera, las comisiones resultan ser tan sólo órganos especializados de carácter técnico encargados de contemplar en la órbita puramente administrativa, con arreglo a la ley y a los reglamentos y previa delegación del Presidente, las pautas orientadas a intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquéllos y defender los derechos de los usuarios. Señala la citada disposición legal:

Artículo 73. Funciones y facultades generales. *Las Comisiones de Regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad (...).*

En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en



Concepto 5483

competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.

Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.

La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquélla tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios.

Al tenor de los criterios precedentes, la Corte sólo encuentra una interpretación de los artículos 14-18 y 69 de la citada Ley, que resulta acorde con el Ordenamiento Superior y, en consecuencia, declarará constitucionales esas normas, pero bajo el entendido de que la facultad reguladora asignada a las comisiones se debe ejercer sólo respecto de las materias expresamente señaladas en el primer aparte del artículo 370 de la Carta -y siempre que se dé la previa delegación por parte del Presidente de la República (artículos 211 C.P. y 68 de la Ley 142 de 1994), facultad que esta Corporación encontró acorde con la Constitución (Cfr. sentencias C-272 de 1998. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero y C-444 de 1998. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara)-, es decir para "señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios".

Repite la Corte que no se trata de funciones legislativas o de atribuciones de creación de normatividad paralela a la ley, o encaminada a cubrir sus vacíos, ni tampoco de una sustitución de la propia ley ni de la potestad reglamentaria, exclusiva del Presidente de la República. Solamente sobre la base de estos criterios se declara la exequibilidad de las indicadas normas, pues bajo cualquier otro entendido son inconstitucionales.

La Corte declarará la exequibilidad del párrafo del artículo 69 acusado, así como la del artículo 14, numeral 18, de la Ley 142 de 1994, siempre que se entienda la función de regular la prestación de servicios públicos domiciliarios en los términos que se han descrito.

Para el presente análisis también es relevante lo dicho por la Corte en la Sentencia C-444 de 1998, al precisar el alcance de la potestad de cada una de las ramas del poder público en materia de servicios públicos domiciliarios, al estudiar la competencia de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones. En palabras de la Corte:

Como conclusión de todo lo expuesto, resulta claro que no puede la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones invadir la órbita de competencia del legislador, en lo relativo a la definición del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios de que trata el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, ni en lo concerniente a la fijación de políticas generales de administración y control de eficacia de los servicios públicos domiciliarios que corresponde al Presidente de la República, pero si puede el legislador, sin perjuicio de las competencias descritas, asignar en dichas comisiones, funciones especiales de carácter técnico y operativo, por razones de eficiencia y efectividad real de los servicios públicos, por tratarse de organismos especiales que supone el conocimiento especializado del sector de las telecomunicaciones.

De ahí que, cuando se trata de funciones relativas al señalamiento de políticas generales de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, dicha competencia solamente puede ser



Concepto 5483

atribuida por el legislador (C.P., arts. 365, 367, y 370.), si el Presidente de la República lo estima pertinente y procede a efectuar dicha delegación en los términos del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, declarado exequible por la Corte Constitucional. Solamente así debe entenderse el alcance de la exequibilidad de las normas acusadas.

En vista de las anteriores circunstancias, si bien el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, al que alude el artículo 365 Superior, debe ser fijado por el Congreso de la República, dada la imposibilidad de que la ley pueda prever todas las condiciones y variables del mercado de servicios públicos domiciliarios, el Congreso de la República puede asignar a las comisiones de regulación funciones especiales de carácter técnico y operativo, por razones de eficiencia y efectividad real de los servicios públicos, por tratarse de organismos especiales que tienen conocimiento especial y relevante sobre un sector determinado. Además, la competencia de las comisiones de regulación que es objeto de censura, se encuadra de manera precisa en el concepto de regular que adopta la Corte en la sentencia a la que se alude atrás, ya que busca regular prácticas monopolísticas, cuando la competencia no sea posible, o el abuso de la posición dominante, cuando ésta se exista, o la calidad de los servicios prestados.

4. Conclusión.

En mérito de lo expuesto, el Ministerio Público solicita a la Corte declarar EXEQUIBLE la expresión “*La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de la empresa en el mercado*”, contenida en el artículo 74, numerales 74.1.a y 74.2.a de la Ley 142 de 1994, por los aspectos aquí analizados.

Señores Magistrados,

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

LJMO/MLOvalleB.