

EL CONTROL DE LA ECONOMÍA: LOS SECTORES EXCEPTUADOS Y EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Jorge Jaramillo Vargas

I. INTRODUCCIÓN

Con la mención de los sectores exceptuados en el derecho de la competencia, generalmente se hace referencia a aquellos sectores económicos a los que las leyes de competencia sólo son aplicables con limitaciones considerables. Típicamente estos sectores son el sector del transporte, la agricultura, banca y seguros, sociedades de protección de los derechos de autor y los servicios públicos domiciliarios. Este trabajo está centrado en el análisis de las relaciones que tiene la política general de competencia con la regulación de los servicios públicos en Colombia.

II. CONTROL DE LA ECONOMÍA

Con la adopción de la frase **control de la economía** se acepta de entrada que existen dificultades terminológicas en la utilización exclusiva de los términos **reglas de competencia, antitrust, acuerdos y/o prácticas restrictivas y/o derecho de carteles**. El control de la economía comprendería el “derecho antimonopolio en sentido estricto y la lucha contra las condiciones contractuales que limitan la competencia y que, por otro lado, refleja también la idea fundamental del postulado democrático del control social del poder económico”¹. En nuestro muy joven sistema constitucional, legal y regulatorio conviven una pluralidad de instrumentos de control de la economía.

Partimos de una base y es que la teoría de la competencia en nuestra Constitución Política, está enmarcada en el Estado Social de Derecho. A través de la libertad económica de los individuos y su control a través de la política de competencia se llevan a cabo los fines de la comunidad en la

cual deben converger los intereses privados y los públicos. Las limitaciones a la iniciativa privada, por tanto, deben ser justificadas a la luz de los fines del Estado.

III. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Con la Constitución de 1991 se elevó el principio de la libre competencia a la categoría de derecho (art. 333). El mismo artículo hace mención a los alcances de ese derecho, indicando valores fundamentales que constituyen la base de la política de competencia en Colombia: Señala a la empresa como base del desarrollo y permite limitar el alcance de la libertad económica cuando las circunstancias de “interés social”, “el ambiente” y “el patrimonio nacional” así lo requieran; adicionalmente, los constituyentes se ocuparon de las empresas con posición dominante en el mercado, para que por medio de las leyes y en ejercicio de sus funciones, las autoridades eviten, controlen y sancionen los abusos.

Dentro de los sectores exceptuados tenemos en Colombia, a nivel constitucional, el caso de los servicios públicos. El artículo 365 de la Constitución Política, establece que 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.

Con este precepto la Constitución prevé, para regular la prestación de los servicios públicos domiciliarios como parte del género “Servicios Públicos”, un articulado separado en el Capítulo V del Título XII denominado “De la finalidad social del Estado y los servicios públicos”, calificándolos como inherentes a sus fines sociales y atribuyendo a éste como función pública, el deber de asegurar su prestación **eficiente** a los habitantes del territorio nacional.

En el segundo inciso del mismo artículo 365, el constituyente de 1991 estableció que los servicios públicos están sometidos al ordenamiento jurídico que ordene la ley, pudiendo ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo en todo caso para el Estado a título de función pública, la garantía de su prestación y la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, particularmente los domiciliarios.

Por consiguiente, la Carta a pesar de que reconoce la posibilidad de que los particulares presten servicios públicos, reserva funciones esenciales al Estado, en esta materia y en especial le atribuye una competencia general de regulación (art. 365 C. P.). Esta regulación, control y vigilancia de los servicios públicos proviene además de la facultad general que la Carta atribuye al Estado de dirigir la economía e intervenir en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes, sin perjuicio del reconocimiento de la libre iniciativa privada (arts. 333 y 334 C. P.).

Los poderes de las comisiones de regulación deben ser entendidos en el marco de la política de competencia en Colombia. La concepción colombiana de la política de competencia en el diseño de la legislación económica y la arquitectura institucional ha sufrido profundos cambios en la década de los noventas.

IV. POLÍTICA DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN

La intensidad de la intervención del Estado en la economía es mayor o menor, entonces, dependiendo de las características inherentes a la industria y también dependiendo de su tratamiento constitucional que en el caso de los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, tendiente a satisfacer necesidades de interés general. La regulación directa busca corregir las fallas del mercado para evitar las ineficiencias que

¹ Wolfgang Fikentscher. “Las tres funciones del control de la economía”, 199, Revista de Derecho Mercantil 459 (1991).

podrían eventualmente resultar de la aplicación de las leyes generales sobre competencia.

En desarrollo del artículo 365 de la C. P. se presentó en 1992, el proyecto de ley de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994). Con el objeto de hacer de estos servicios, servicios eficientes creando el marco jurídico necesario, los mecanismos de competencia adquirieron gran importancia en su redacción.

De igual manera, adquirieron gran importancia los poderes otorgados a las comisiones para promover la competencia cuando ésta fuera posible, "...hasta podría decirse que ese es su principal contenido..." (Ley 142 de 1994). El énfasis de crear normas especiales de competencia en el sector se explica por varias razones. En primer término, porque cuando se comenzó su redacción no existía en el país una legislación general sobre competencia y el Gobierno tenía ciertos plazos perentorios, de origen constitucional (art. trans. 48), para presentar al Congreso un proyecto de servicios públicos. En segundo lugar, porque, durante muchos años, el sector de servicios públicos ha sido monopolizado por las entidades públicas de modo que requería, no sólo una legislación sobre competencia, sino algo más urgente: una legislación sobre desmonopolización. Y, por último, porque la prestación de los servicios públicos implica ciertos problemas de gestión empresarial (provisión de bienes meritorios, economías de escala, atomización del consumo), que no se presentan en muchos otros sectores, y que serían difíciles de tratar dentro de un marco legal común².

Al crear las comisiones de regulación la Ley 142 de 1994 reconoció la necesidad de incorporar una intervención directa (regulación) y exclusiva en los mercados de los llamados servicios públicos domiciliarios.

A las comisiones, por mandato expreso de la ley, les corresponde promover la competencia y regular los monopolios y para ello cuentan con facultades especiales que no tienen una naturaleza sancionadora o de control, sino correctora de las deficiencias del mercado y de sus agentes.

Las finalidades de esta regulación general son:

- Fortalecer la eficiencia del aparato productivo nacional;
- Garantizar que los consumidores tengan libertad de acceso y elección a la oferta de bienes y servicios;
- Propender porque en el mercado exista variedad de precios y calidades en la oferta de bienes y servicios.

El ejercicio de la autoridad por parte de una entidad reguladora, usualmente no reemplaza el derecho de la competencia (Ley 155 de 1959 y Dcto. 2153 de 1992) a menos que la ley así lo disponga expresamente. Si el programa regulatorio y el derecho de la competencia cubren una misma situación de hecho, la "jurisdicción primaria" la tendría el regulador para enfrentar la situación en un primer término. Pero la ejecución de las leyes de competencia se mantiene como respaldo en caso que el problema de competencia se mantenga luego de haber actuado la comisión. En materia de prevención de abusos y promoción de la competencia los papeles de la comisión tienen que ver con la regulación del mercado para hacerlo eficiente. Para ello la ley le confirió esos poderes.

Las relaciones entre las autoridades deben ser de cooperación. Las comisiones de regulación deben reportar a la superintendencia cualquier violación a las leyes de competencia de las entidades reguladas y la superintendencia debe invocar la introducción de nuevas regulaciones si sus poderes son insuficientes para establecer condiciones competitivas. De igual manera, las comisiones de regulación deben coordinar con la superintendencia cuando se presenten cambios estructurales en la regulación relacionados con la promoción de la competencia y la regulación de monopolios.

La actividad regulatoria puede **contradecir** a la política de la competencia y al marco general del derecho de la competencia. Las regulaciones de las comisiones pueden promover, o inclusive requerir, conductas o condiciones que estarían en contra del derecho general de la competen-

cia. Por ejemplo, limitando, al hacer exclusivo, el objeto social de una sociedad para la prestación de servicios lícitos (art. 18 LSPD), estableciendo las condiciones para el otorgamiento de monopolio legales (áreas de servicio exclusivo, art. 40 LSPD), y haciendo uso de sus facultades de escisión o fusión de empresas (art. 73.14.15 LSPD); todas estas, facultades normalmente consideradas como creadoras de efectos anticompetitivos para la industria en general, pero eventualmente necesarias para cumplir con las metas regulatorias establecidas por la Constitución y por la Ley en materia de servicios públicos domiciliarios.

La regulación puede **reemplazar** la política y las normas generales del derecho de la competencia. Especialmente cuando la situación de monopolio aparece como inevitable, la Comisión tiene facultades para tomar el control del poder en el mercado directamente al establecer el régimen y las fórmulas para fijar las tarifas (arts. 73.2 y 88.2 LSPD).

La regulación puede **reproducir** la política y el marco general de la competencia. La regulación, en su función de promoción de la competencia, puede establecer estándares para hacer efectiva la competencia por el mercado (art. 73 LSPD y las resoluciones CRA 07 de 1994 y 04 de 1995).

La regulación puede **utilizar** los métodos del derecho de la competencia. También en desarrollo de sus funciones, y ante la imposibilidad de tener un marco estrictamente general de leyes de competencia y atribuciones regulatorias, para evitar abusos de posición dominante, ya sea promoviendo la competencia y/o regulando los monopolios (art. 73 LSPD), las comisiones deben, en lo posible, buscar que sus actuaciones sean coherentes con el marco de las leyes de competencia y su desarrollo jurisprudencial.

La desmonopolización del sector de servicios públicos en Colombia, promovida por la Constitución Política de 1991, y desarrollada por la Ley

142 de 1994 a través de la libre entrada a los mercados, ha denotado la complementariedad de las políticas de competencia y la actividad regulatoria e incrementado la necesidad de desarrollar criterios regulatorios consistentes con la promoción de la competencia.

A nivel internacional, en Estados Unidos las leyes antitrust y la regulación de sectores exceptuados pueden coexistir. A menos que la ley específicamente aplicable determine una exención de algún sector en particular o una actividad, las leyes generales de competencia son aplicadas hasta el punto que no interfieran sin justificación en la labor regulatoria. De igual forma, la Comisión Europea en su directorado para la competencia, tiene la autoridad de revisar ciertas transacciones en las industrias reguladas.

V. LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Wettbewerb soweit wie moeglich, Planung soweit wie noetig. “La competencia cuando sea posible y la regulación cuando sea necesario” dijo Karl Schiller y en ese sentido está redactado el artículo 73 de la LSPD sobre funciones y facultades generales de las comisiones. La ley misma tiene previstos mecanismos suficientes, que no han sido utilizados, para promover la competencia y regular los monopolios, evitando los abusos de posición dominante.

La ley es muy clara en ese sentido y los instrumentos que otorga el artículo 73 de la Ley 142 a las comisiones son básicamente dos:

- Regular los monopolios cuando la competencia no sea de hecho posible, y en los demás casos;
- Promover la competencia cuando sea posible.

Estos son los instrumentos otorgados por la ley a la comisión para cumplir con los siguientes fines:

² Hugo Palacios. La competencia en los servicios públicos, Intervención pronunciada en el Seminario Internacional “Política de competencia y eficiencia económica”, organizado por el DNP, Bogotá, 12 de julio de 1993.

- Que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente **eficientes**.
- Que las operaciones de los monopolistas o de los competidores no impliquen abuso de la posición dominante.
- Que se produzcan servicios de calidad.

Naturalmente, a las comisiones les corresponde determinar los criterios de eficiencia como instrumento básico para evaluar la gestión de las empresas e implementar la regulación económica de manera general o diferencial en los términos del artículo 74.2 de la LSPD, y la de promover la competencia vigilando la estructura y el comportamiento del mercado y corrigiendo sus deficiencias. Para ello debe valerse del desempeño comparativo con base en indicadores.

Las comisiones deben entonces determinar de manera general y particular, cuándo las operaciones de los monopolistas son “económicamente eficientes”, en qué situaciones se pueden presentar “abusos de posición dominante” para evitarlos y cuáles son los parámetros de “calidad” de los servicios. Pero estos fines no son los únicos valores a tener en consideración para ejercer la actividad reguladora.

Las instituciones no pueden aspirar a ser “puras”. Un balance entre valores opuestos tiene que ser parte esencial en el diseño institucional y el largo plazo de los sectores exceptuados. Ese balance, visto desde el punto de vista constitucional, se refiere a las relaciones de los principios de la libre empresa y el Estado social de derecho con sus finalidades inherentes.

Así, la eficiencia económica no es en Colombia el único valor protegido, justicia social, oportunidad, legitimidad, universalidad y otros valores deben ser también considerados. La ley es fundamentalmente subjetiva y está basada en las opciones políticas, que pueden incluir propósitos y metas no económicos.

No obstante, existe una relación cercana y fundamental entre la política regulatoria y la

economía. La economía provee las bases sustantivas al derecho de la competencia. En este sentido la economía se vuelve regulación jurídica. Normalmente la evidencia sobre pobre calidad en los servicios, abusos de posición dominante, las definiciones de los mercados, etc. son evidencias de naturaleza económica.

VI. CONCLUSIONES

La política de competencia para los servicios públicos, contiene características particulares en relación con la política general de competencia. En efecto, el artículo 365 de la C. P., además de permitir que los servicios públicos sean prestados por particulares o por comunidades organizadas, los cataloga como “inherentes a la finalidad social del Estado” y añade que es deber del Estado que su prestación sea “eficiente”.

El propósito de la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios, es el de controlar, no solamente los aspectos técnicos y cualitativos de los servicios, sino además el desempeño económico, en circunstancias donde las fuerzas del mercado no son efectivas o solamente cumplen un papel marginal.

Existe una relación de complementariedad entre la política de competencia y la regulación de los servicios públicos en Colombia. Su justificación es económica y social. Esa complementariedad debe reflejarse en una coordinación más efectiva entre las autoridades responsables de aplicar las políticas.

La asunción fundamental consiste en que las excepciones a la regla general de la competencia en un mercado libre (sujeto a las normas generales sobre competencia) pueden ser justificadas sólo ante la evidencia clara de que la competencia no es posible o que siendo posible, evita que otro objetivo social sea alcanzado. La tarea del regulador es encontrar la manera de armonizar las diferentes metas en situaciones donde aparentemente divergen. ●