

# La Superintendencia de Industria y Comercio no es la autoridad de competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios (A pesar de lo dispuesto por la Ley 1340 de 2009)

*In memoriam profesor Francisco José Herrera Jaramillo*

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE<sup>1</sup>

## RESUMEN

Este escrito tiene por objeto exponer por qué la Ley 1340 de 2009, que dispuso que la Superintendencia de Industria y Comercio conoce en forma privativa de las investigaciones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia y de la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal sobre todos los sectores y actividades económicas, no aplica a los servicios públicos domiciliarios. Al efecto, en una primera parte se expondrá cómo el diseño constitucional de los servicios públicos domiciliarios supone la especialidad no sólo del régimen jurídico aplicable sino también de la autoridad de supervisión y control, lo que entraña que

la Ley 1340 es incompatible con la Constitución y por lo mismo resulta inaplicable a este sector económico. En la segunda parte, se analizará cómo la Ley 142, por mandato constitucional, es una ley especial de competencia, especialidad que incluso permite concluir que no fue derogada por la Ley 1340 de 2009.

**Palabras clave:** Nuevo servicio público; Estado Social de Derecho, Constitución Económica de los servicios públicos; Ley 1340 de 2009; derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios; Leyes 142 y 143 de 1994; Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; Vigilancia de la gestión y la competencia; Superintendencia de Industria y Comercio; autoridad única de competencia; excepción de incons-

titucionalidad; derogatoria de las normas sobre servicios públicos domiciliarios.

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

#### I. LA LEY 1340 DE 2009 ES INCOMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

A. Fundamentos constitucionales de un derecho de la competencia singular para los servicios públicos domiciliarios

B. Inaplicación por inconstitucional de la Ley 1340 de 2009 en el sector de los servicios públicos domiciliarios

#### II. LA LEY 1340 DE 2009 NO DEJÓ SIN EFECTO LA LEY 142 DE 1994

A. Las Leyes 142 y 143 de 1994 son normas especiales de derecho de la competencia

B. La ley 142 de 1994 no perdió vigencia y sigue siendo exigible su cumplimiento

### CONCLUSIONES

### BIBLIOGRAFÍA

### INTRODUCCIÓN

Hace ya más de una década, el Gobierno Nacional, obrando como legislador extraordinario, expidió varias disposiciones que tenían por objeto trasladar de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a la Superintendencia de Industria y Comercio las atribuciones de control de la competencia, en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios. En efecto, el artículo 230 del Decreto Extraordinario 1122 de junio 26 de 1999<sup>2</sup> dispuso que la Superintendencia de Industria y Comercio tenía atribuciones de control en todos los ámbitos del dere-

cho de la competencia, excepto en los de la entonces Superintendencia Bancaria [hoy Superintendencia Financiera]. Este precepto estableció que la frase "(...) *sin perjuicio de las competencias señaladas [en materia de investigaciones administrativas relativas a competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia] en las normas vigentes a otras autoridades*", contenida en el numeral 1.º del artículo 2.º del decreto 2153 de 1992, quedaba del siguiente tenor: "(...) *sin perjuicio, exclusivamente, de las competencias señaladas en las normas vigentes a la Superintendencia Bancaria*".

En la misma línea, el artículo 7.º del Decreto Ley 1165 de 1999<sup>3</sup> previó que en los casos relativos a las disposiciones de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas contempladas en la Ley 155 de 1959, así como para las atinentes a comportamientos constitutivos de competencia desleal descritos en la legislación vigente y demás normas sobre competencia, el Superintendente de Industria y Comercio actuaría como Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

Este último decreto también prescribió que el Superintendente de Industria y Comercio tendría las siguientes atribuciones: i) adelantar el procedimiento correspondiente a la infracción o actuación de que se trate y ii) actuar como superior jerárquico y ordenador del gasto de los funcionarios de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y de la Superintendencia de Industria y Comercio. Y ordenó que el Consejo Asesor del Superintendente de Industria y Comercio estuviera conformado, en estos casos, por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, el Coordinador o Director Ejecutivo, según el caso, de la Comisión de Regulación respectiva y el Superintendente Delegado del área respectiva.

La declaratoria de inconstitucionalidad de estos decretos por razones de forma<sup>4</sup>, como también del Decreto Extraordinario 266 de 2000 –que igualmente había asignado en su artículo 120 a la Superintendencia de Industria y Comercio la vigilancia de las normas de competencia en todos los sectores económicos<sup>5</sup>– no sólo impidió que hubiera un pronunciamiento de fondo sobre si una norma con fuerza de ley podía alterar el marco jurídico e institucional perfilado por la Constitución de 1991, sino que –de paso– precipitó la intervención del legislador ordinario.

Ante las confusas señales que dieron los decretos leyes citados respecto de cuál era la Superintendencia encargada de hacer cumplir las normas de competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios, el Congreso de la República expidió la Ley 689 de 2001<sup>6</sup>. El numeral 32 de su artículo 13, que modificó el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, ratificó las funciones relativas a investigaciones concernientes a prácticas restrictivas y competencia desleal a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y que ya habían sido previstas por las Leyes 142<sup>7</sup> y 143<sup>8</sup> de 1994. No faltaron luego nuevos intentos, aunque fallidos, de trasladar a la Superintendencia de Industria y Comercio la vigilancia de las prácticas competitivas en el sector de los servicios públicos domiciliarios, así lo hizo por ejemplo, el Proyecto de Ley 108 de 2005, Cámara.

Ahora bien, en el marco de los 50 años de expedición de la Ley 155 de 1959<sup>9</sup>, nuestra vieja ley antimonopolios que reguló la prohibición de prácticas, procedimientos y sistemas que limitaran la competencia y que determinaran precios inequitativos –y que junto con el decreto ley 2153 de 1992<sup>10</sup>, la

Ley 178 de 1994 aprobatoria del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal<sup>11</sup> y la Ley 590 de 2000<sup>12</sup> constituyen el marco fundamental del derecho a la competencia en nuestro país– se expidió una de sus reformas más significativas: la Ley 1340 de 2009<sup>13</sup>.

La Ley 1340 de 2009 transformó el régimen sancionatorio (con la previsión de drásticas multas a empresas y sus ejecutivos), adoptó una política articulada de delación, introdujo importantes ajustes a la represión de las prácticas restrictivas y al procedimiento de control de integraziones, a la participación de terceros interesados en procedimientos administrativos, a la caducidad de las investigaciones administrativas y previó una de sus grandes innovaciones: “la abogacía de la competencia”. Se buscó, pues, la formulación un régimen de competencia adecuado y armónico.

Importa destacar, para los efectos de este documento, que Ley 1340 de 2009 quiso dejar en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, en tanto “autoridad única”, la responsabilidad de vigilar y controlar todos los mercados. De manera que la Ley 1340 previó que esta Superintendencia conoce en adelante en forma privativa de las investigaciones administrativas por infracción a las disposiciones de protección de la competencia y adelanta la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones relativas a competencia desleal y de represión de conductas anticompetitivas, sobre todos los sectores y actividades económicas, incluido el de los servicios públicos domiciliarios.

Una iniciativa parlamentaria de especial significación que contó no sólo con el decidido impulso del Ministerio de Co-

mercio Exterior, sino también con el apoyo académico de la Universidad Externado de Colombia<sup>14</sup>, que desde hace ya más de una década ha dado un impulso decisivo, a través de su prestigioso departamento de derecho económico, al estudio, a la investigación y al desarrollo del derecho de la competencia en nuestro país.

Este escrito tiene por objeto exponer las razones de orden constitucional y legal por las cuales la Ley 1340 de 2009 no aplica a los servicios públicos domiciliarios. Al efecto, en una primera parte se expondrá cómo el diseño constitucional de los servicios públicos domiciliarios supone la especialidad no sólo del régimen jurídico aplicable sino también de la autoridad de supervisión y control, lo que entraña que la Ley 1340 de 2009 es incompatible con la Constitución y por lo mismo resulta inaplicable a este sector económico. En la segunda parte, se analizará cómo la Ley 142 de 1994, por mandato constitucional, es una ley especial de competencia, especialidad que incluso permite concluir que no fue derogada por la Ley 1340 de 2009.

#### I. LA LEY 1340 DE 2009 ES INCOMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Como es sabido, la *teoría clásica* del servicios públicos proclamaba que éstos eran una función a cargo del Estado, o lo que es igual, que configuraban una función pública (*puissance publique*) en tanto manifestación de su faceta de "*función administrativa*". También es ampliamente conocido que LÉON DUGUIT<sup>15</sup>, adalid de la escuela realista de Burdeaux, junto con GASTON JÈZE y FRANÇOIS BONNARD<sup>16</sup> fueron los grandes exponentes de *l'école des services publics*<sup>17</sup>.

Esa concepción estatista francesa no tardará en extenderse en muchos países, incluido el nuestro. También aquí llegaremos a entender que el Estado constituía un conjunto de servicios públicos y que, por lo mismo, el derecho administrativo no era más que el "derecho de los servicios públicos" y por ello se estimaba que el fundamento del derecho público ya no estribaba en la noción de soberanía, sino en la organización y gestión de los servicios públicos, como lo pregonó DUGUIT<sup>18</sup>.

Aunque esta concepción clásica del servicio público ya había entrado —muchas décadas antes— en una profunda crisis en Francia, entre nosotros, el replanteamiento definitivo del modelo de prestación monopólica estatal tendrá lugar tan sólo con la expedición de la Constitución de 1991, que diseñó las bases de un régimen especial de competencia para este sector de la economía y se ocupó de señalar expresamente la autoridad encargada de su defensa.

#### A. Fundamentos Constitucionales de un Derecho de la Competencia Singular para los Servicios Públicos Domiciliarios

En la década de los años 90 del siglo pasado, la prestación de los servicios públicos domiciliarios, cuya titularidad había sido reservada al Estado, aparecía signada por una crónica ineficiencia: elevado déficit presupuestal, participación significativa en el servicio de la deuda externa, serios problemas en materia de cobertura, alta burocratización, pobre calidad en la prestación frente a estándares internacionales, incrementos inusitados en las tarifas, repetidos paros nacionales, todo lo cual repercutía negativamente en el funcionamiento de la economía nacional.

Ante la ausencia de competidores rivales en ese mercado se creó un poder de monopolio que exigía de ingentes recursos para mantener y consolidar esa posición de privilegio. Atender la demanda de energía se convirtió, por ejemplo, en un problema fiscal de gran envergadura y así se reconoció en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente<sup>19</sup>: el Estado dedicaba la mayor parte de su presupuesto de inversión y de los recursos de crédito en proyectos de infraestructura relacionados con los servicios públicos domiciliarios y a mantener así la estructura monopolística de este mercado.

De otro lado, la operación acusaba un bajo cubrimiento de la población que afectaba en mayor grado a los sectores más pobres. Muchos prestadores, al haberse convertido en trofeo electoral y por ende burocrático, presentaban enormes falencias en su gestión y costos operacionales excesivos. Adicionalmente, la existencia de un monopolio oficial impedía la libertad de entrada al mercado de los servicios públicos domiciliarios y, de paso, no permitía la llegada de nuevos recursos, en orden a que el mejoramiento del sector no dependiera exclusivamente de unas menguadas disponibilidades fiscales. Para mejorar la productividad de la economía y facilitar la posibilidad de competir en los mercados en apertura, era preciso contar con una eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios. Se imponía, entonces, adoptar medidas radicales para conseguir nuevas fuentes de financiación.

Al colapsar la concepción del Estado como prestador directo de los servicios públicos domiciliarios, se hizo necesario cambiar de modelo y superar el esquema de la *publicatio praeviae* que había incorporado estas actividades al quehacer estatal y por ende las había excluido de la esfera de actuación

de los particulares. Un Estado "dueño" de los mercados, una Administración titular de esas actividades era una realidad que había que revertir, para poder erradicar esas viejas prácticas que impedían la eficiencia, que menguaban la calidad y que además no aseguraban bajos costos en su prestación. La salida fue la apertura al sector privado para fortalecer la competencia y estimular la incorporación de nuevas fuentes de capital.

Como los problemas que arrastraba el monopolio público eran de una gravedad enorme, el Constituyente de 1991 se vio obligado a adoptar genuinos cambios estructurales y lo hizo a partir de una premisa: librar a la competencia económica el desarrollo de las actividades que configuran servicios públicos domiciliarios. Cambios que vinieron tan solo a materializarse con la adopción de las reformas legales de 1994, que comportaron una redefinición del papel del Estado en los servicios públicos domiciliarios y que buscaron asegurar la consecución de nuevas fuentes de financiamiento, a partir de la reformulación del modelo constitucional<sup>20</sup>.

Dicha transformación partió del imperativo de fomentar condiciones de competencia, de la emulación entre los distintos prestadores (cualquiera fuera su naturaleza jurídica: estatal, privada o mixta) y de introducir las leyes del mercado en el sector, para así sustituir un modelo construido a partir del reconocimiento de "mercados cautivos", al amparo de un monopolio ineficiente. Al haber hecho una elección constitucional a favor de una economía de mercado en este sector, el derecho de la competencia se erigió en uno de los pilares sobre los que está construido el nuevo modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Desde los mismos trabajos preparatorios de la Constitución de 1991 se abordaron los servicios públicos desde una óptica antinómica a la noción tradicional o clásica. Más de tres decenas de proyectos de actos reformatorios de la Constitución atinentes a esta materia<sup>21</sup> fueron estudiados por una subcomisión especial (la tercera) de la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente, dedicada a los temas económicos, y no por la Comisión Tercera que se ocupó de lo relativo a la organización del Estado.

La circunstancia anotada puede calificarse, sin exageración alguna, como una de esas "decisiones fundamentales" de que hablara SCHMITT, toda vez que permitió la adopción desde la propia Constitución de una serie de principios rectores de la prestación y del rol del Estado, gracias a la previsión de un régimen constitucional particular, en el marco de las normas relativas al modelo económico<sup>22</sup>, contenido especialmente en el capítulo V del título XII de la Carta (artículos 365 a 370)<sup>23</sup>.

La Constitución trató, pues, el tema de los servicios públicos con la "profundidad y autonomía" que no había merecido en la Carta anterior y al hacerlo consignó un "catálogo sintético" de normas relacionadas con derechos y deberes de las empresas, usuarios pero también del Estado y procuró que "el mandamiento constitucional sea claro y directo para que la ley, los jueces, los usuarios y cualquier ciudadano tenga en la Carta una verdadera guía de conducta para comprender este tema vital en sus relaciones de comunidad"<sup>24</sup>.

Esta regulación constitucional del servicio público entrañó una **auténtica reformulación de nuestro modelo de Estado**<sup>25</sup>, al punto que la fórmula política *Estado Social de Derecho* encuentra su materialización en los

servicios públicos. Los servicios públicos son un fin social de nuestro Estado de Derecho: están ligados directamente con el bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos (art. 366 CN), son además presupuesto para la efectividad de los derechos fundamentales (art. 2 CN) y para hacer efectivas esas finalidades sociales del Estado, la Constitución estatuyó que en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación (arts. 350 y 366 CN).

La Constitución también caracterizó como inherente a la finalidad social del Estado al régimen tarifario de los servicios públicos, comoquiera que prescribió que éste además del criterio de costos —lo cual significa que su prestación no puede ser gratuita<sup>26</sup>— debe tener en cuenta los de solidaridad y redistribución de ingresos (art. 367 CN)<sup>27</sup>: Las tarifas no son entonces un precio exclusivamente determinado por el mercado. La Constitución misma concibió los elementos estructurales del régimen tarifario para evitar que el prestador aproveche indebidamente sus ventajas monopolísticas en algunas actividades de la cadena de prestación. Pero quizás el reconocimiento más nítido de la vinculación jurídica concreta de la cláusula Estado Social de Derecho con las normas relativas a servicios públicos domiciliarios, se advierta en que el suministro universal del servicio debe tener en consideración la capacidad económica de los usuarios y por ello la Carta consagró un modelo de subsidios a los más pobres (art. 368 CN)<sup>28</sup>.

El Constituyente era consciente de que un trato minucioso no era propiamente una técnica ajustada a la confección de normas constitucionales, pero entendió que era lo que más convenía: "Muchas veces el prin-

cipio y la letra final constitucional se han quedado escritas esperando su desarrollo legal, sin que éste llegue jamás. No queremos que esto vuelva a suceder con un tema vital para el porvenir del país, y, es por eso que, contrariando un poco la técnica tradicional, proponemos que sea en la Constitución donde se dejen establecidas, de una vez las reglas de juego propias a la finalidad social del Estado<sup>29</sup> (se subraya).

Con esta perspectiva y ante la contundencia de los mandatos superiores, la jurisprudencia constitucional no ha tenido dificultad para encontrar una vinculación estrecha entre la cláusula Estado Social de Derecho y la noción de servicio público, al punto que ha sostenido que aquella tiene su "concreción técnica" en éste<sup>30</sup>, que debe verse reflejada en la inversión social prioritaria<sup>31</sup>. Los servicios públicos –a juicio de la Corte Constitucional– son actividades esenciales, pues constituyen instrumentos adecuados para garantizar la finalidad social del Estado<sup>32</sup> y son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (C.P. art. 2.º)<sup>33</sup>.

El Consejo de Estado de manera uniforme ha subrayado, asimismo, la importancia de ese cambio constitucional de concepción del servicio público y su íntima conexión con las finalidades sociales del Estado, al destacar cómo el replanteamiento de todo el entorno jurídico de los servicios públicos domiciliarios se decidió hacer desde la Constitución y por lo mismo entrañó una reformulación institucional de este sector económico a partir de un esquema que propicia la libre oferta:

"La Carta de 1991, al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica, introdujo un cambio sustancial: el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la 'función pública' y optó por un 'nuevo servicio público' basado en el modelo competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía<sup>34</sup>.

De ahí que los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo '*neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final*'<sup>35</sup>.

En efecto, la prestación de los servicios públicos no reviste el carácter de *función pública*. Y no la reviste, porque la Constitución misma dispone que una y otra materias son objeto de regulación legal separada. Así, el numeral 23 del artículo 150 distingue con claridad las leyes que '*regirán el ejercicio de las funciones públicas*' de aquellas que se ocupan de la '*prestación de los servicios públicos*'.

En la misma línea, otros preceptos constitucionales se ocupan de ratificar el carácter especial que reviste el régimen legal de los servicios públicos; es así cómo la Constitución dispone que estos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley (art. 365); se defiere a la ley fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario (art. 367); se establece que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, su régimen de protección,

formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan el servicio y definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios (art. 369); se asigna al Presidente de la República dos importantes funciones de intervención económica en el mercado de los servicios públicos –regulación y control– y se determina que esta última la ejerce por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 370); en fin, se imponen unos términos especiales para la aprobación del régimen jurídico de los servicios públicos (art. 48 transitorio).

De otro lado, no debe olvidarse que los servicios públicos son regulados en el marco del Régimen Económico (Título XII) y no dentro del apartado de la Constitución dedicado a la Organización del Estado (Título V a X), como sí sucede con la función pública cuyo entorno constitucional se encuentra consignado en el capítulo 2.º del Título V (arts. 122 a 131 C.N.).

Esta superación de la vieja concepción orientada por el profesor DUGUIT conforme a la cual los servicios públicos eran una manifestación de la función pública, ha sido puesta de relieve en forma, por demás, reiterada por la Sala en múltiples pronunciamientos (...)<sup>36</sup>.

A pesar de la “liberalización” del sector, como señala la doctrina, los servicios públicos domiciliarios son un asunto de Estado y por tanto se encuentran en la órbita de lo público, en tanto cubren necesidades de las personas y son determinantes en la caracterización de su calidad de vida, son el instrumento directo que la sociedad tiene a su alcance para –de un lado– garantizar

derechos, en algunos casos fundamentales, en otros, sociales, económicos y culturales y en algunos –y de otra parte– para hacer realidad el ideal de solidaridad humana<sup>37</sup>. El servicio público es entonces “un importante instrumento para la realización del contenido teleológico del Estado”<sup>38</sup>.

Si la Constitución se ocupa de estructurar jurídicamente al Estado y los servicios públicos por largo tiempo se asociaron a él, no era entonces insólito que aquella redefiniere el rol de éste en esta materia. Ante la gravedad y extensión de la crisis, contrariando de manera consciente la técnica constitucional, los constituyentes de 1991 llevaron a que se preconciera prácticamente todo el esquema en la misma norma fundamental, restringiendo de esta suerte en gran medida la libertad de configuración del legislador.

Con esta perspectiva, la Corte Constitucional ha sostenido que los servicios públicos se someten a un régimen legal especial determinado por la Constitución<sup>39</sup>, habida cuenta que ésta fija los principios y normas generales que son aplicables al sector de los servicios públicos<sup>40</sup>. A su vez, la doctrina también se inclina por aseverar que “la estructura central de la Ley 142 de 1994 desarrolla principios establecidos en la Carta Política” y por ello el régimen de los servicios públicos tiene “rango constitucional”, ya que el sistema normativo especial de los servicios públicos es de origen constitucional<sup>41</sup>.

Esas diferencias que acusa la prestación de los servicios públicos, reconocidas ampliamente por la Constitución Política de 1991, imponen un desarrollo legal igualmente singular contentivo de unas reglas especiales. No obstante, la Ley 1340 de 2009 desatendió estos presupuestos constitucionales, pues aunque en su artículo 4º

reconoció la especificidad de su régimen sustantivo<sup>42</sup>, al fijar su ámbito de aplicación en el artículo 2.º sometió a los prestadores de servicios públicos domiciliarios a una autoridad ajena al esquema constitucional de intervención económica en este mercado<sup>43</sup>.

### **B. Inaplicación por Inconstitucional de la Ley 1340 de 2009 en el Sector de los Servicios Públicos Domiciliarios**

Si bien la intervención del Estado se extiende a todos los campos de la vida económica (y con ella una de sus más importantes manifestaciones: la supervisión y control), el Constituyente estimó que el de los servicios públicos domiciliarios amerita no sólo un marco jurídico particular, sino también una autoridad de control y vigilancia especial. Una función inspectora del Estado especializada por mandato de los artículos 365 y 370 Constitucionales, que se explica en el cambio de modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios.

La especialidad del poder de inspección es imprescindible, o al menos así lo concibió el constituyente de 1991, en el nuevo esquema habida cuenta de las particularidades que no se presentan en los demás mercados y que, justamente, hacen de éste un ámbito particular de la economía. En efecto, la Supervisión, por mandato constitucional, se revela más intensa que la de los demás ámbitos de la economía, en tanto se predica no sólo de los mercados y su funcionamiento, sino también de la gestión misma de los prestadores. Por ello, la Constitución, luego de replantear el esquema monopólico anterior y perfilar los grandes rasgos de la prestación, incluida la necesidad de subsidiar su prestación, previó una Superinten-

dencia, la única, con rango genuinamente constitucional.

Ahora, nuestro régimen constitucional optó, en contracorriente con modelos legislativos foráneos, por la desintegración de las dos formas de intervención económica paradigmáticas: la regulación y el control, que aunque están radicadas en la misma autoridad (Presidente de la República y no en una "autoridad administrativa independiente"), deben ser ejercidas en forma separada. Así, el artículo 370 superior, a tiempo que asignó la función reguladora al Presidente [al disponer que le corresponde señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia], le otorgó la de control, pero para que la ejerciera por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>44</sup>.

De nada sirve tener un esquema legal y regulatorio para fomentar la competencia, si no se pone de presente la potestad sancionadora de la administración, un régimen represivo o correctivo que se encargue de velar por su cumplimiento. La singularidad de las normas de derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios supuso el deslinde y tratamiento jurídico separado desde la misma configuración constitucional del esquema, mediante la previsión de una Superintendencia especializada en la prevención y represión de conductas contrarias a la libre competencia.

Esta perspectiva especial entraña, y así lo ordena la Constitución, un control del Estado diferente al de las demás actividades económicas, una intervención más enérgica que impone la verificación de la sujeción de la gestión empresarial a la regulación, en tanto eficiencia y competencia son dos aristas de un mismo enfoque constitucional de la operación de los servicios públicos domicilia-

rios. Si el **binomio eficiencia-competencia** es *per se* insoluble, por contera, su control no puede fraccionarse: la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es el defensor de la libre competencia en protección de la eficiencia de la prestación.

El artículo 370 superior en forma directa asignó, a través de una suerte de adscripción de funciones por Constitución, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el control, la inspección y vigilancia —que está en cabeza del Presidente de la República— de las entidades que prestan ese tipo de servicios públicos. Se presenta una atribución de competencia en consideración al sujeto pasivo del control. Dicha competencia debe entenderse por mandato de rango constitucional, excluyente de atribución diversa de orden legal, en cuanto refiere a la vigilancia e inspección de los entes prestadores de servicios públicos domiciliarios, sus funciones, organización y relaciones, esto es, sin importar la materia. Así lo señala Palacios Mejía, al poner de relieve que esa Superintendencia sin lugar a dudas es una autoridad constitucional:

“La Constitución confiere al Presidente, en el artículo 189, numeral 22, la facultad de inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos; y en el artículo 370, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la de control, inspección y vigilancia de las entidades que presten éstos.

Como se advierte, la Superintendencia de Servicios Públicos es una autoridad de creación constitucional (artículo 370), y la Constitución misma define su competencia en función de los sujetos sobre los cuales ha de ejercer la vigilancia, que no son otros que los prestadores de servicios públicos. No

parece, pues, que la vigilancia sobre éstos, en cuanto a las actividades que les son propias, y mientras no haya otra norma constitucional expresa, pueda atribuirse a otros órganos del Estado”<sup>45</sup>.

Si la Constitución previó una sola Superintendencia sectorial, no podía el legislador —sin infringir la Carta de 1991— despojarla de su atribución constitucional por una norma de carácter inferior y al hacerlo modificar sensiblemente el objeto de la entidad receptora (la Superintendencia de Industria y Comercio), so pretexto de una pretendida especialidad de esta última. La Superintendencia de Servicios Públicos es una sola y no tantas como el legislador, ordinario o extraordinario, quiera que sean desmembrándola o vaciando su contenido en otras autoridades. Es preciso destacar que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se subrayó la necesidad de un control especial, previa la consideración de que se trata de un asunto económico propio del derecho de la competencia, sólo que regulado por normas particulares:

**“La diversa naturaleza de los servicios públicos debe tenerse en cuenta en el momento de su regulación.**

La ley debe establecer los términos en que los particulares y comunidades pueden participar en su prestación (art. 6.º). Existen servicios públicos en los que es posible que los particulares los presten mediante su libre iniciativa, si bien sometidos a la regulación, inspección y vigilancia del Estado. En otros casos, la participación de los particulares deberá hacerse mediante el sistema de concesión, permisos o subcontratación.

(...) El artículo sexto propuesto prescribe, además, que toda entidad territorial, em-

presa pública o privada que participe en la prestación de los servicios públicos estará sometida al control, inspección y vigilancia de entidades especializadas del Estado. Esto resulta indispensable para proteger los derechos de los usuarios, asegurar la eficiencia y el manejo correcto del servicio y, en general, para hacer eficaz la regulación y el control del Estado. Resulta difícil entender cómo lo que se ha encontrado necesario en el caso de los servicios financieros, sometidos al estricto control de la Superintendencia Bancaria, no se ha generalizado a la prestación de los servicios públicos domiciliarios (...)”<sup>46</sup> (negritas originales, subrayas nuestras)

En la redacción de la Carta de 1991 fueron de la mano el establecimiento de un marco jurídico particular de competencia para los servicios públicos domiciliarios y la necesidad de diseñar la arquitectura institucional de este sector, por ello se previó en su artículo 370 una autoridad especial para controlar la gestión de las empresas en un esquema de libre competencia:

“Se considera que las varias y distintas normas contenidas en el artículo 32 [de la Constitución de 1886 modificado por el Acto Legislativo n.º 1 de 1968 que regulaba la intervención del Estado en la economía] deben llevar articulado diferente reservando la referente a la intervención de los servicios públicos en general para un segundo artículo de un nuevo título de la Constitución Política destinado a los servicios públicos, en particular a los domiciliarios, dado su estado crítico actual y la importancia económica y social que tienen y tendrán, como instrumentos poderosos que son para lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de la población.

(...) la crisis de los servicios públicos domiciliarios (agua, energía eléctrica, aseo, alcantarillado, teléfono, salud, gas natural y correos) obedece a factores diversos que justifican la intervención estatal, tales como la insuficiencia y la dispersión de recursos financieros, técnicos y administrativos, la demanda constante de ampliación de su cobertura dada la migración a las ciudades y la ausencia de ellos en las zonas rurales, la mala calidad de los servicios, la burocratización que han tenido bajo la presión de intereses políticos partidistas, el elevado, confiscatorio y discriminatorio costo fijado en las tarifas, el desgreño en su manejo administrativo. Aproximadamente el 50% de los núcleos urbanos carecen de servicios públicos domiciliarios según las estadísticas conocidas y se supera en mucho ese porcentaje en las zonas rurales.

De igual modo la doctrina ha justificado el intervencionismo estatal en los servicios públicos, diciendo que dado el interés público que le sirve de causa y de finalidad, con él se logra corregir las inequidades existentes en la distribución de ingreso y de la riqueza; permite garantizar el buen desempeño de la economía, otorgándoles la debida infraestructura; orientar correctamente los recursos financieros requeridos; y proteger el bien común, evitando los efectos nocivos de sus condiciones generalmente monopólicas (OCHOA F., FRANCISCO J., 1990, documento para la Comisión Presidencial para la reforma de la administración pública del Estado colombiano).

(...) Hoy, ante la insuficiencia estatal en la prestación de los servicios públicos que no son de cargo exclusivo de la Nación se considera que el monopolio del Estado debe ser compartido con entes privados, según lo determine la naturaleza del servicio y la

necesaria eficiencia del mismo, pero en todo caso, sometido a un régimen jurídico de derecho público.

(...) Consideramos (...) que las funciones de vigilancia, control y sanción sean atribuidas a la Superintendencia de Servicios Públicos.

Cabe registrar que las Superintendencias son organismos de la administración nacional central creados para ejercer un control de gestión, el que aplicado a los servicios públicos no puede tener como objeto la maximización de utilidades sino la satisfacción de necesidades colectivas y consideraciones de orden local, financiero y económico, amplia cobertura y bajos costos para los usuarios, de acuerdo con su capacidad económica<sup>47</sup>. (subrayas fuera de texto original)

En la ponencia para segundo debate titulada "Régimen Económico, libre empresa e intervención del Estado", elaborada por el Delegatario a la Asamblea Nacional Constituyente JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ RUBIO, se puso de presente que en materia económica la nueva Constitución adoptó el sistema de libre empresa y –luego de ocuparse de cada uno de los temas propios del modelo económico– destacó que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios era una suerte de eslabón final del modelo consignado desde el nivel constitucional:

"El tema de los servicios públicos queda también consagrado en la nueva Constitución. Responde al anhelo ciudadano de que este sector de la economía, especialmente su régimen tarifario, conserve un orden lógico y una correspondencia con su impacto social, que se ha hecho más agudo durante las dos décadas pasadas, como lo verifican los incontables paros cívicos por la mala prestación

del servicio, por su deficiente calidad, por el alto costo de sus tarifas o simplemente en razón del reclamo por su ausencia.

Al establecerle responsabilidad al Congreso para que determine el marco general de competencia y las entidades que pueden fijar las tarifas, le está dando a éstas el mismo tratamiento conceptual que a los impuestos, es decir, que sea el Congreso al que, al más alto nivel normativo, determine un derrotero que el ciudadano comprenda y acepte.

No quiere el constituyente dejar desprotegido al usuario en un futuro. Por eso también obliga a la ley que le especifique sus derechos y deberes, así como el régimen de su protección y participación, que incluye a los pequeños municipios, en la gestión y fiscalización de las empresas oficiales que presten el servicio, logrando con esto un desarrollo inmediato de la democracia participativa en un sector donde más se necesita y se reclama.

Para cerrar y concluir el círculo, la nueva Constitución le otorga al Presidente de la República la facultad indelegable de señalar las políticas generales de administración de los servicios públicos y su control de eficiencia que, además de su vigilancia administrativa, la que tiene que cumplir a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad que el constituyente directamente crea como una defensa efectiva de los intereses del ciudadano medio<sup>48</sup> (se subraya)

La Superintendencia es entonces el corollario directo del nuevo esquema constitucional de **competencia para la eficiencia** en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en tanto está ligada a la reformulación del modelo ahora ligado a las finalidades sociales del Estado y donde los

servicios públicos domiciliarios no son una simple mercancía y por lo mismo exigen un control diverso:

“El cuerpo del articulado (6 artículos) que se somete a la consideración de la Asamblea Nacional Constituyente se puede sintetizar diciendo que en el artículo inicial (art. 6.º) se habla de los servicios públicos en general, sin definirlos ni clasificarlos. En los artículos 7, 8, 9 y 10 (4 artículos) se trata exclusivamente de los servicios públicos domiciliarios (...). El primer artículo (artículo 6º) que se refiere a los servicios públicos en general y en abstracto contiene lo siguiente: el primer inciso califica a los servicios públicos como parte de la soberanía del Estado, diciendo que ‘son inherentes’ a la finalidad social de aquél. Es ésta la parte más importante del articulado, pues considera a este sector de la economía íntimamente ligado a la responsabilidad del cuerpo social, obligando al Estado a asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional. El encabezamiento del articulado reconoce, entonces, la importancia sustantiva que han adquirido los servicios públicos como realidad y como enteología constitucional.

El segundo inciso del artículo establece un marco de generalidades para entender los distintos aspectos de esta nueva teoría constitucional. Dice que todos los servicios públicos (incluidos obviamente los domiciliarios) deben estar sometidos a un régimen jurídico fijado por la ley, régimen que en los artículos siguientes se explica en qué consiste. Reserva de manera exclusiva la administración y la Fuerza Pública pero abre la posibilidad para que otros servicios, pueden ser prestados además del Estado, por las comunidades organizadas (juntas de usuarios o de acción

comunal por ejemplo) y por los particulares. Establece que, en todo caso, el Estado mantiene la dirección, control y vigilancia de la prestación de todos los servicios, actividad que en el siguiente artículo 10 deposita en cabeza del Presidente de la República a través de la Superintendencia que allí se crea. (...) El artículo 10, como se explicó atrás, está ligado a lo ordenado en el inciso segundo del artículo 6º que deja al Estado la dirección, vigilancia y control de la prestación de los servicios públicos. Por esto en este artículo se precisa que es el Congreso el que determina el régimen jurídico general al que debe someterse la actividad económica y social de los servicios públicos y que es al Presidente de la República a quien corresponde señalar, con sujeción al régimen legal, las políticas generales de administración y control de eficiencia de tales servicios, además de ejercer, a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la inspección y vigilancia de las entidades que los prestan.

Es consecuencia lógica y jurídica que estas nuevas atribuciones o potestades del Congreso (señalar el régimen jurídico de los servicios públicos) y del Presidente de la República (señalar las políticas de administración de control de resultados, además de ejercer el control de las entidades) que les otorga el texto constitucional deben aparecer en el articulado correspondiente a las atribuciones del Congreso (hoy artículo 76) y a las funciones del Presidente (hoy artículo 120). En ese sentido, solicitamos respetuosamente a la Asamblea, se incluyan estos textos en el articulado correspondiente.

Por último, hacemos énfasis en la aprobación del artículo transitorio que aparece al final del articulado, pues este texto garantiza que esta normatividad constitucional, redactada con todo cuidado y objetividad en beneficio

de la paz social y del bienestar colombiano, no se quede escrita"<sup>49</sup> (se destaca)

Es preciso insistir que la Constitución no permite la existencia de tantas superintendencias sobre el sector de los servicios públicos domiciliarios como asuntos "especializados" se pretenda que existan. El diseño institucional concentró las funciones de policía administrativa en materia de servicios públicos domiciliarios en un solo ente, de manera que no es posible pretender encomendar por vía legislativa, algunas de esas tareas a otros órganos:

"a partir de una lectura concreta del Estado social de Derecho, los constituyentes previeron el modelo de un nuevo régimen de los servicios públicos domiciliarios desde la propia constitución. Un esquema que le apuesta a la libertad de empresa y de competencia, pero sometidas a unas formas peculiares de intervención del Estado a través de dos modalidades de lo que la doctrina francesa llama 'policía administrativa' según las voces del artículo 365 Superior: la única superintendencia de directa creación constitucional y la regulación. Dos funciones a cargo del Presidente de la República y que ejerce a través de sus agentes.

Si bien es cierto el numeral octavo del artículo 150 Constitucional dispone que el Congreso debe expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control y el numeral veintidós del artículo 189 *eiusdem* entrega al Presidente la función de policía administrativa en punto de servicios públicos, no es menos cierto que el artículo 370 Superior, dentro de esa línea de tratamiento singular a los servicios públicos domiciliarios, creó una Superin-

tendencia para el efecto que ejerce sus funciones en forma exclusiva y excluyente tal y como ya lo ha advertido la jurisprudencia constitucional"<sup>50</sup>.

Frente a la tendencia que sigue la Ley 1340 de 2009 de imitar modelos foráneos, hay que replicar, como lo advierte la propia doctrina extranjera, que la amplitud de la supervisión estatal sobre la economía depende de las bases ideológicas de cada Estado, en el marco de la Constitución económica<sup>51</sup>. Entre nosotros, el ejercicio de la policía administrativa en el sector de los servicios públicos, en los términos del artículo 370 Constitucional, que corresponde hacerlo al Presidente de la República por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se explica en la manera como se organizó y estableció la estructura del poder público con una preponderancia clara del ejecutivo<sup>52</sup> (sistema presidencial o si se quiere "presidencialista" si seguimos a Duverger<sup>53</sup>) y en la vinculación directa del esquema de libre competencia adoptado en este sector de la economía con la fórmula política Estado Social de Derecho, que se exteriorizó en el diseño de una genuina constitución económica de los servicios públicos.

Control de policía administrativa que tiene como objeto de tutela la protección de los derechos de los usuarios y la protección de la competencia en condiciones de libertad e igualdad entre los agentes y por ende "[s]us funciones principales están orientadas a garantizar que todos los proveedores de servicios actúan con sujeción a la ley, los reglamentos y la regulación, que en cumplimiento de las mismas disposiciones se protegen en forma adecuada los derechos de los usuarios y que la competencia entre

los proveedores de servicios se desarrolla en condiciones de igualdad y lealtad, esto es que no se incurra en prácticas restrictivas de la misma, en competencia desleal o en abuso de posición dominante<sup>54</sup>.

Ahora, si bien nuestro sistema democrático se funda en la presunción de constitucionalidad<sup>55</sup> de las leyes y por ende de su efectivo cumplimiento (art. 52 del C.R.P.M, art. 4 del C.C. y art. 6 Superior), que en principio sólo puede ser desvirtuada por el juez constitucional, la Constitución prevé en su artículo 4.<sup>56</sup> la aplicación constitucional preferente o también denominada "excepción de inconstitucionalidad", que tiene lugar en todo evento en que emerja una "incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica", vale decir, cuando quiera que la norma inferior repugne o entre en una grave y evidente contradicción con la constitucional. Protección constitucional por vía de excepción, que como lo ha dicho de antaño la jurisprudencia, más que competencia general es deber impuesto a todas las agencias del Estado para preservar el régimen político colombiano<sup>57</sup>.

En el caso de la Ley 1340 de 2009 es claro que hay una ruptura manifiesta respecto de las normas constitucionales aplicables a los servicios públicos, en particular los artículos 365 y 370. No resulta aplicable simultáneamente la "autoridad única" de competencia de que trata dicha ley y la autoridad especializada dispuesta por la Carta a un sector que reviste las particularidades anotadas. Es palmario que la Ley 1340 de 2009 es abiertamente contraria al artículo 370 superior y por ello, en eventos como estos, como enseña la doctrina más autorizada, al existir tal desavenencia los mandatos superior e inferior no pueden gobernar al tiempo la misma situación objeto de regula-

ción jurídica, con la consecuencia cierta de la inaplicación del precepto inferior por parte del funcionario u operador jurídico<sup>58</sup>.

Colisión y pugna con la Constitución del Estado que salta a la vista y que no exige profundos razonamientos jurídicos para advertir la oposición fragante entre lo que pretendió la Ley 1340 de 2009 (que la Superintendencia de Industria y Comercio se erigiera en la autoridad de control de la competencia también en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios) y lo dispuesto por la Constitución que encomienda, en su artículo 370, esa misma función a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

O lo que es igual, la atribución que hace la Ley 1340 de 2009 de nada menos que el objeto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a la de Industria y Comercio implica la adopción de una regla que repugna abiertamente con los mandatos superiores, en tanto sólo la primera está facultada constitucionalmente para ejercer las funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control en este campo de la economía.

A nuestro juicio la Ley 1340 de 2009 vació la competencia asignada por el Constituyente de 1991 a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en la medida en que en adelante esta entidad no podrá inspeccionar, vigilar y controlar el mercado de los servicios públicos domiciliarios, al quedar esto en la órbita de la Superintendencia de Industria y Comercio en tanto "autoridad única" de competencia. Sin embargo, el legislador no estaba asistido en este caso de la libertad de configuración que usualmente ostenta para determinar la estructura de la administración nacional (art. 150.7 CN) y despojar así la Superintenden-

cia de Servicios Domiciliarios de todo lo relativo a integraciones, competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia.

El Congreso no era el órgano competente para derogar una norma de rango constitucional. La decisión de despojar de las atribuciones de control de la competencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en este sector económico sólo puede provenir de un acto emanado del poder constituyente. Las funciones de defensa de la competencia no se pueden extinguir por obra del legislador, sino del mismo poder que les dio vida, que no es otro que el constituyente. En otras palabras, el Ley 1340 de 2009 no tiene aptitud para modificar el diseño institucional previsto por un poder jurídicamente superior, por ello es incompatible con todo el marco constitucional de los servicios públicos y particularmente con el artículo 370.

Si una Constitución Política, como anota BURDEAU<sup>59</sup>, contiene las normas que regulan el ejercicio del poder en un Estado y al hacerlo atribuye una prerrogativa a una autoridad, no le es dable a la una ley desconocer esa atribución para entregársela a otra. Por manera que frente al diseño constitucional no puede operar una abrogación legislativa: Una autoridad encargada de crear el derecho –como enseña la doctrina– sólo puede abolir lo que ella misma ha hecho<sup>60</sup>. En tal virtud, sólo podía derogarse la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por una norma de igual jerarquía a la que se la asignó.

Contradicción protuberante que habilita para que, en casos singulares y concretos, jueces o autoridades administrativas, con efectos *inter partes*, inapliquen la citada Ley 1340 de 2009 frente a este sector y hagan prevalecer las disposiciones constitucio-

nales, en tanto el flagrante antagonismo y la ostensible violación de la Constitución por parte de la regla subalterna impiden que puedan aplicarse simultáneamente los dos preceptos al ser excluyentes entre sí<sup>61</sup>. Será la Corte Constitucional quien tenga la última palabra con efectos de cosa juzgada *erga omnes* (art. 243 CN) en esta materia, cuando –de presentarse una demanda ciudadana– se pronuncie en ejercicio del control abstracto.

Y aunque la contradicción se advierte sin necesidad de recurrir a elaborados razonamientos jurídicos, no está de más anotar que la jurisprudencia en este punto ha sido vigorosa y unánime en reconocer que en tanto la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es un organismo constitucional, la investigación y vigilancia del sector a su cargo sólo puede realizarse a través de ella.

Con arreglo a la doctrina constitucional, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es una “entidad de creación constitucional (art. 370)” a la que “se le encomendó el ejercicio de las funciones presidenciales de control, inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios”. Para la Corte Constitucional es incontestable que “la adscripción constitucional de dichas funciones, autoriza a la Superintendencia para intervenir y revisar, en determinadas circunstancias, las operaciones y decisiones de quienes prestan servicios públicos domiciliarios, cuando éstas se juzguen contrarias a las previsiones legales, a las regulaciones generales del Gobierno sobre administración y control de su eficiencia, a las disposiciones que a nivel regional o local se hayan expedido sobre tales servicios, y aun a los propios reglamentos internos del servicio, adoptados por las

empresas prestatarias de éste, con sujeción a la normatividad superior<sup>62</sup>.

Asimismo, al declarar la inexecutable de los artículos 63.5 y el artículo 82 de la Ley 142 de 1994 que habían asignado competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a los personeros municipales, certeramente nuestro Tribunal Constitucional dejó en claro que la potestad de sancionar a los infractores de ese régimen jurídico especial es privativa de aquella. Al decir de la Corte, la policía administrativa sobre las empresas de servicios públicos es una función constitucionalmente asignada a la Superintendencia de Servicios Públicos y por lo mismo: "si es la misma Constitución la que le asigna al Presidente de la República la tarea de ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, actividades que debe realizar por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mal puede la ley atribuir dicha potestad a autoridad distinta, como ocurre en el caso en estudio"<sup>63</sup>.

Con posterioridad, esa Corporación siguió el criterio sentado al concluir con claridad meridiana que: "salvo el caso de la inspección y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios, asignada por la Constitución al Presidente de la República pero cuyo ejercicio debe realizarse a través de la Superintendencia de Servicios Públicos (Artículo 370 de la C.P.), el Presidente goza, por principio, de discrecionalidad para escoger el órgano o autoridad delegataria de sus funciones entre los organismos constitucional y legalmente previstos a menos que medie señalamiento legal expreso"<sup>64</sup>.

A este respecto, el Consejo de Estado de tiempo atrás ha encontrado determinado que "no obstante corresponder al legislador

la determinación de la estructura de la administración nacional con la creación, supresión o fusión de superintendencias y además ser propia la función de señalar sus objetivos y estructura orgánica (art. 150.7), para efectos del cumplimiento de las funciones estatales de inspección, vigilancia y control sobre las entidades que prestan los servicios públicos domiciliarios, el constituyente de 1991 atribuyó directamente al Presidente de la República tales funciones, para ser ejercidas por conducto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cuya regulación está contenida principalmente en las Leyes 142 y 143 de 1994 las cuales se analizan, en los temas puntuales objeto de consulta, en el orden en que fueron planteados"<sup>65</sup>.

Entorno al tema objeto de estudio, la posición jurisprudencial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo ha sido uniforme en encontrar que ninguna actividad escapa al control que, por mandato constitucional, debe ejercer la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>66</sup>. Juzga esa Corporación que "la implantación de este 'nuevo servicio público' exige una intervención fuerte de las autoridades del sector en orden a proteger al usuario final, dentro de las cuales, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>67</sup> es expresión esencial del papel directivo del Estado en la economía, como que éste se reserva, en una economía concurrencial, las funciones de policía administrativa en razón de las externalidades propias del mercado. La Superintendencia encarna, pues, el rol insustituible del Estado: ese reducto de lo público que no puede ser decidido por la racionalidad privada"<sup>68</sup>.

Del mismo modo, esta Corporación ha puesto de presente que en atención a que los

servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado "se diseñó desde el nivel constitucional el nuevo esquema jurídico de prestación de los servicios públicos, que aunque supera la asimilación a la noción de función pública, no deja todo al libre juego de un mercado en competencia, sino que reconoce al Estado un rol de dirección de la economía que exige (...) la regulación y el control, como expresiones distintivas de la policía administrativa a él asignada (arts. 150.8, 189.22, 365 y 370 C.P.)"<sup>69</sup>.

La jurisprudencia administrativa es reiterativa en considerar que "la ley 142 de 1994 previó—dentro de los instrumentos de intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios— *'todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley'*. Entre esas atribuciones, esta ley de intervención económica señaló las atinentes al *'control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia'* (numeral 3.4 del art.3.º). De allí que las funciones de policía administrativa —asignadas directamente por la Constitución (art. 370) a la Superintendencia de Servicios Públicos— configuran uno de los instrumentos más representativos de la intervención estatal en este mercado"<sup>70</sup>.

Con arreglo a la jurisprudencia del Consejo de Estado estas atribuciones presidenciales de inspección, vigilancia y control se ejercen "por intermedio"<sup>71</sup> de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, autoridad de origen constitucional como manifestación del poder de intervención del Estado para la racionalización de la economía: "[t]al y como ya lo ha advertido la Sala, las funciones de policía administrativa, que por mandato constitucional (art. 370) atañen al Presidente de la República quien las ejerce de manera privativa a través de

la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, constituyen instrumento incontestable de la intervención estatal que exige el nuevo esquema de prestación, en tanto buscan preservar el *interés colectivo*<sup>72</sup>, como expresión de su potestad administrativa sancionatoria y correctiva que busca reprimir acciones u omisiones antijurídicas de los vigilados<sup>73</sup>. *Derecho correccional* que por su fuente y naturaleza es especial para el sector de los servicios públicos domiciliarios"<sup>74</sup>.

De otro lado, la doctrina es mayoritaria en resaltar el origen constitucional de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. MONTES DE ECHEVERRI se inclina a pensar que las funciones de inspección, vigilancia y control fueron atribuidas al Presidente de la República y sólo puede ejercerlas a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no le es permitido —sin que medie reforma constitucional— su ejercicio directo<sup>75</sup>. PALACIOS MEJÍA, a su turno, observa que "los textos constitucionales y legales, así como la jurisprudencia, permiten afirmar que el traslado de la función de inspección, vigilancia y control que hoy corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre las actividades de los prestadores de tales servicios que puedan resultar contrarias a la competencia, a favor de cualquier otra entidad del Estado, sería contrario al artículo 370 de la Constitución"<sup>76</sup>.

La Ley 1340 de 2009 no sólo despoja inconstitucionalmente de las funciones que por mandato fundamental competen privativamente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en materia de derecho de la competencia en este sector económico, sino que pasa por alto también las particularidades de este régimen jurídico, al punto que a más de inaplicable por

inconstitucional, es inaplicable a este sector porque no tiene la virtualidad de derogar el marco legal preexistente.

## II. LA LEY 1340 DE 2009 NO DEJÓ SIN EFECTO LA LEY 142 DE 1994

La Constitución defiere a una legislación especial la regulación de los servicios públicos, sobre la base que su prestación no constituye una simple actividad económica sino que por su importancia para el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el bienestar general es inherente a la finalidad social del Estado, en tanto es presupuesto indispensable para la solución de necesidades básicas insatisfechas –en especial las relativas al saneamiento ambiental y de agua potable–. De manera que si la especialidad de las normas legales de competencia (incluida su autoridad de control y defensa) proviene de un mandato constitucional, no puede hablarse de una derogatoria tácita de la Ley 142 de 1994, más aún cuando ésta exige una derogatoria expresa de sus preceptos.

### A. Las Leyes 142 y 143 de 1994 son Normas Especiales de Derecho de la Competencia

La constitución económica de los servicios públicos prevista fundamentalmente en el capítulo V del Título XII de la Carta (arts. 365 a 370) exige un desarrollo legal especial, así lo ordenan todos y cada uno de estos preceptos constitucionales.

En efecto, el artículo 365 CN además de fomentar condiciones favorables a la competencia entre quienes presten los servicios, de permitir la inversión privada en el sector y de redefinir el rol estatal en la prestación

de los servicios públicos, asignó al legislador la definición de un régimen jurídico singular al cual han de someterse los prestadores, distinto de aquel que gobierna otros sectores económicos. Coherentes con este mandato constitucional, las Leyes 142 y 143 de 1994 garantizaron la operación en igualdad de condiciones, sin privilegios que pudieran desincentivar la participación del sector privado, en orden a asegurar la disponibilidad de una oferta eficiente de los distintos servicios públicos domiciliarios<sup>77</sup>.

Ese mismo precepto constitucional dispuso que si por razones de soberanía o de interés social, el Estado decide reservarse determinados servicios públicos, debe hacerlo mediante una ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara, por iniciativa del gobierno, que deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Ahora bien, la diferente de distribución del ingreso, que no es relevante para el régimen general de la competencia, es en cambio en el mercado de los servicios públicos domiciliarios un aspecto fundamental. Los altos niveles de pobreza se erigen en serio obstáculo para el aumento de la cobertura, por ello los artículos 366, 367 y 368 CN imponen un desarrollo a través de reglas legales especiales<sup>78</sup>. La normativa constitucional parte del supuesto según el cual amplias capas de la población necesitan un esquema de subsidios, un sistema de financiación que tenga en cuenta la escasa capacidad de pago de los más pobres, lo cual impulsó la preconcepción de un sistema de financiación, de estratificación y de subsidios<sup>79</sup>, que exige una legislación particular.

Por su parte, el artículo 369 superior igualmente encomienda a ese régimen legal

singular la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, su protección, las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan los servicios (en consonancia con el art. 106 CN)<sup>80</sup> y la participación de los municipios en las entidades o empresas prestadoras. Por fin, el artículo 370 C.N. prevé que las funciones de intervención económica asignadas directamente al Presidente de la República a través de las dos clásicas manifestaciones de policía administrativa (la regulación y el control), deben ejercerse con sujeción a un régimen legal especial.

En desarrollo de este conjunto armónico de mandatos fundamentales, que constituye una genuina constitución económica de los servicios públicos, las Leyes 142 y 143 de 1994 establecieron precisas y especiales reglas en defensa de la competencia, las cuales fueron ratificadas por la Ley 689 de 2001. Régimen especial que impide propugnar la aplicación de una política de competencia aislada del marco constitucional que rige la prestación de los servicios públicos domiciliarios y que guarde coherencia con las orientaciones del Estado Social de Derecho. En esto hay que coincidir con ALMONACID y GARCÍA cuando afirman que:

“La significación constitucional de los servicios públicos domiciliarios ha sido resaltada por el legislador al calificarlos como servicios públicos esenciales para efectos de limitar el derecho de huelga (L. 142/94, art. 4.º) y por la Corte Constitucional que a través de desarrollos jurisprudenciales ha distinguido los principios constitucionales específicos que rigen la actividad de los servicios públicos domiciliarios, principios que se caracterizan por estar claramente diferenciados de los principios constitucionales que rigen la

actividad económica ordinaria.

(...) “[e]ste marco constitucional explica y justifica por sí mismo el por qué la Ley 142 de 1994 diseñó un régimen especial para la prevención y represión del abuso de posición dominante que se pueda presentar en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, régimen que por ser especial excluye cualquier esfuerzo de homologarlo con el régimen general establecido en el decreto 2153 de 1992 (...) ya que ello implicaría homologar lo que por esencia es diferenciado”<sup>81</sup>.

Basta consultar, de conformidad con el artículo 27 del Código Civil, la historia fidedigna del establecimiento del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios para constatar que el control de la competencia exige una legislación especial. Así en los antecedentes de la Ley 143 de 1994 se parte del supuesto según el cual el legislador debía desarrollar el reordenamiento institucional, financiero y administrativo del sector eléctrico, basado en la redefinición del rol del Estado y en la creación de las bases para un ambiente propicio a la competencia, pero que a la vez “evite los abusos monopólicos”. Por ello, el legislador de 1994 entendió que el Estado debía concentrarse en adelante en su rol de regular y controlador para “ceder el espacio para que las actividades empresariales sean desarrolladas por otros agentes económicos”<sup>82</sup>, sin perjuicio de que pudiera actuar como empresario pero no revestido de las prerrogativas de autoridad pública, sino en condiciones de igualdad con los demás prestadores.

En la citada exposición de motivos al abordar los principios generales se indicó que el Estado y los agentes económicos vinculados con el servicio de electricidad

tendrán como objetivos básicos abastecer la demanda de electricidad, dentro de un marco de uso racional y eficiente de los recursos energéticos, lo cual exige promover la libre competencia económica, impedir prácticas que constituyan competencia desleal y regular los monopolios naturales y asegurar la protección de los derechos de los usuarios y el cumplimiento de sus deberes, entre otros (tal y como finalmente lo dispuso el artículo 3.º de la Ley 143 de 1994)<sup>83</sup>.

Cuando la Constitución de 1991 eliminó el monopolio estatal en la prestación, esto es, abrió las puertas al sector privado y con él, a la competencia (art. 365 CN), lo hizo sobre la base de la exigencia de que una reforma en este sentido, fuera materializada luego con la expedición de leyes especiales (las Leyes 142 y 143 de 1994, fundamentalmente). Por lo demás, en estos años no hubiera sido posible atender debidamente la demanda de energía en el país sin el diseño de una estrategia sólida de expansión de la oferta de electricidad, basada en el impulso a la inversión privada en las actividades del sector (como da cuenta la historia fidedigna del establecimiento de estos preceptos legales)<sup>84</sup>, que tuvo en cuenta las particularidades de este sector económico.

Sobre las consideraciones antes expuestas, no debería sorprender el tratamiento especial que da la legislación en servicios públicos domiciliarios del abuso de posición dominante. El artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994 la define como aquella que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios, y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado. A este respecto un conocido

estudio de la Universidad Nacional encontró que:

“Del análisis de la norma se desprende que la definición corresponde a un criterio objetivo, esto es, parte de reconocer tanto el hecho real de que la empresa siempre tiene una posición dominante frente al usuario, independientemente de su conducta; como que el servir a un 25% o más de los usuarios existentes en un mercado le confiere automáticamente una posición dominante en el mismo. En uno y otro caso lo que la ley persigue es evitar que esa posición dominante, frente al usuario y frente a los demás competidores, sea utilizada de manera abusiva. Evidentemente el planteamiento de la Ley 142 es mucho más coherente con la Constitución que el de la restante normatividad sobre el derecho a la libre competencia.

Ahora bien, en cuanto a la competencia para el cumplimiento de las disposiciones primarias o secundarias sobre el derecho a la libre competencia, aunque existe una atribución general a la Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con el Decreto 2153 de 1992 en el área específica de los servicios públicos domiciliarios se encuentra adjudicada a la Superintendencia de Servicios Públicos, tanto en lo que tiene que ver con las investigaciones, como con las medidas correctivas que sean del caso”<sup>85</sup>.

Es de notar que el nuevo esquema adoptado por las Leyes 142 y 143 de 1994 no se hubiera consolidado sin la implantación de una regulación sectorial especialísima, que ha evolucionado de manera significativa en el diseño de mecanismos de libre competencia que garanticen la prestación del servicio en forma eficiente. Así por ejemplo en el sector eléctrico se ha hecho una apuesta por un

esquema de mercado, de bolsa, con competencia en generación y comercialización, en orden a mejorar la cobertura, la calidad, con fórmulas tarifarias eficientes, etc.

Ahora, la estructura de los mercados de servicios públicos domiciliarios, como advierte Solanes, es diversificada, relativamente inelástica y limita a los usuarios, por la rigidez del sistema de provisión, a no tener la opción en muchos casos de escoger el prestador. Una prestación que exige economías de escala que tienen una incidencia decisiva en los monopolios y que justifican la necesidad de un marco regulatorio adecuado y de un control público estricto<sup>86</sup>. Regulación que ha incidido en la formación de precios, en la calidad de los servicios suministrados, en la permanente ampliación de su cobertura, sobre la base siempre de permitir la vinculación del capital privado y de prevenir el poder de mercado, tal y como lo ordena la legislación especial.

De acuerdo con este planteamiento, la Ley 142 de 1994 en su artículo 73 ordenó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG promover la competencia, en desarrollo de la intervención del Estado en los servicios públicos, autorizada por el artículo 2° *eiusdem* para lograr, entre otros fines, la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante. En consonancia con este mandato legal, el artículo 20 de la Ley 143 de 1994 atribuyó a la CREG la función de crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia. Asimismo, el artículo 73.25 de la Ley 142 de 1994 asignó a la CREG la facultad de establecer los mecanismos indispensables para evitar la concentración

de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público, así la Resolución CREG 128 de 1996<sup>87</sup> estableció límites del 25% en materia de integración horizontal y vertical.

Conviene no perder de vista que las Leyes 142 y 143 de 1994 distinguen las competencias de regulación de las de control, vigilancia y fiscalización, como lo hizo la Constitución según se explicó. Así mientras las Comisiones señalan reglas tendientes a evitar abusos monopolísticos y para proteger la libertad de competencia, la Superintendencia de Servicios Públicos se encarga de hacerlas cumplir, tal y como lo revela la *voluntas legislatoris*: "El proyecto, en desarrollo del artículo 370 de la Constitución, propone la creación de una Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (...) cuya función no consiste en dictar reglas, sino en verificar, en casos concretos, si las entidades que prestan los servicios públicos acatan o no las reglas aplicables (...)"<sup>88</sup>.

Con fundamento en este principio rector, la ponencia para primer debate en la Comisión Sexta del Senado al proyecto de Ley n.º 197 de 1992 –a la sazón la Ley 142– precisó: "(...) La vía de la privatización no fue siempre exitosa ni siempre posible (...) sin una estructura regulatoria y de control adecuada, pueden presentarse abusos, especialmente en campos donde existen monopolios de hecho"<sup>89</sup>. A su vez, la exposición de motivos a proyecto de Ley eléctrica n.º 127 de 1992, Senado, puso de presente que el control de competencia debería seguir los lineamientos desarrollados por el otro proyecto de ley [a la postre Ley 142 de 1994]: "El desarrollo de los aspectos del control, la inspección y vigilancia de las empresas

eléctricas es materia de la Ley de servicios públicos domiciliarios. Por esta razón, este tema no se trata en el presente proyecto de ley. Naturalmente, las funciones de control, inspección y vigilancia se concentran en velar por la correcta aplicación de las normas y regulaciones establecidas y por la defensa de los derechos de los consumidores<sup>90</sup> (se subraya).

En la discusión en Senado igualmente se subrayó la íntima relación entre regulación de la competencia y control: "es esencial evitar que existan 'dueños de mercados'. Aún así en la práctica existe un monopolio de hecho, el Estado debe regularlo y vigilarlo e incluso intervenirlo y liquidarlo, entregando su actividad a terceros, si éste no cumple con su función de manera eficiente"<sup>91</sup>. En relación con la fiscalización de los servicios públicos, la citada ponencia para primer debate en el Senado, calificó a la Superintendencia como "mecanismo supremo de vigilancia"<sup>92</sup>.

Como la solución financiera en especial del sector eléctrico, pasaba por una reestructuración institucional del sector, se exigía una autoridad de control vigorosa encargada de la vigilancia de la gestión y de la competencia, facetas de su actividad que no son sino caras de una misma moneda y por ello su control no puede fraccionarse, para entregarle la última a la Superintendencia de Industria, mientras la primera continuaría en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como ahora lo pretende la Ley 1340 de 2009. Al estudiar los distintos documentos que recogen la historia de la expedición de la legislación de 1994 se colige que esa era la intención del legislador:

"Una solución financiera definitiva no es posible sin cambios estructurales. Para ello se requiere vigorizar al sector introduciendo

la competencia en aquellas actividades que lo permitan, como la generación de electricidad; consolidando entidades estatales encargadas de la planeación, de la regulación y del control, inspección y vigilancia de las empresas, acercando las tarifas a costos reales; adoptando sistemas claros de subsidios para las familias pobres; induciendo una gestión eficiente de las empresas estatales y abriendo las puertas al sector privado. Existe conciencia en el gobierno de que esta estrategia es la única forma de lograr una solución perdurable para el sector eléctrico.

(...) Es de anotar que no ha sido únicamente la ausencia de una política energética integral lo que ha conducido a que la electricidad se esté utilizando de manera inadecuada en el país; ha habido debilidad del Estado en la regulación y el control y no se han hecho los esfuerzos suficientes para lograr la inserción del sector en la economía y en el resto del sector energético. (...) La única manera de reducir dicho impacto consiste en incorporar nuevos inversionistas mediante el diseño de una reglamentación que permita el ingreso de capital privado al sector eléctrico y reforzar los programas de diversificación energética<sup>93</sup> (destacado fuera de texto original).

Ahora, las leyes 142 y 143 de 1994 se ocupan de responder a lo largo de su articulado las siguientes preguntas: ¿quién puede competir? ¿qué puede hacer? y ¿cómo puede hacer? La competencia es el *leitmotiv* de esta legislación y no un puñado de preceptos, como algunos pretenden<sup>94</sup>. Basta una simple aproximación a esa legislación en el capítulo primero de su título preliminar para confirmarlo.

Al regular los fines de la intervención, el artículo 2.º de la Ley 142 de 1994 puso

de manifiesto que el Estado intervendrá en los servicios públicos conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley y en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución y entre ellos establece la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante (numeral 2.6).

Por su parte, el artículo 3.º *ibid.* –al precisar los instrumentos de la intervención estatal– estableció que son todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley, entre ellas las relativas al control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia (numeral 3.4) y al respeto al principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios (numeral 3.9). Este mismo precepto determinó en su inciso final que todos los prestadores quedan sujetos a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos.

A su vez, dentro de los derechos de los usuarios el artículo 9.º de la misma Ley previó la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización, en perfecta consonancia con el artículo 10 *eiusdem* que definió la libertad de empresa como el derecho de todas las personas [a] organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

Igualmente, el artículo 11 de la Ley 142 de 1994, al prever la función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, advirtió

que éstas tienen la obligación de facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios (numeral 11.6) y el deber de informar el inicio de sus actividades a la respectiva Comisión de Regulación y a la Superintendencia de Servicios Públicos, para que esas autoridades puedan cumplir sus funciones (numeral 11.8).

En los términos del artículo 13 de la Ley 142 de 1994 los principios que contiene este capítulo se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren y para suplir los vacíos que ellas presenten. En armonía con este precepto, el artículo 30 *ibid.* prescribió que las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo a los principios que contiene el título preliminar [al que acaba de hacerse referencia], en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política y que mejor favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

Es tan especial el régimen y la autoridad de control de competencia en este sector de la economía que el artículo 185 de la Ley 142 de 1994 le asignó expresamente de manera transitoria a la SIC las funciones señaladas en el Decreto 2153 de 1992, respecto de las empresas que presten servicios públicos “hasta el 30 de junio de 1995”, pero si antes de esa fecha se organizaba la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, “de tal manera que pueda ejercer plenamente sus funciones, la Superintendencia de Indus-

tria y Comercio dejará inmediatamente de ejercer las funciones pertinentes”.

Por su parte, según lo imperado por el artículo 3.º de la Ley 143 de 1994 al Estado le corresponde promover la libre competencia en las actividades del sector; impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado y regular aquellas situaciones en que por razones de monopolio natural, la libre competencia no garantice su prestación eficiente en términos económicos (apartados a, b y c).

De acuerdo con el artículo 7.º de la Ley eléctrica las actividades del sector podrán participar diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos, los cuales gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, de conformidad con los artículos 333, 334 y el inciso penúltimo del artículo 336 de la Constitución Nacional y el artículo 3.º de esta Ley. Finalmente, como se deduce del artículo 9.º de la misma ley establece el Presidente de la República ejercerá por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el control de eficiencia y calidad del servicio público de electricidad y el control, inspección y vigilancia de las entidades que prestan el servicio público de electricidad, en los términos previstos en la ley.

Por lo demás, esta singularidad del régimen legal de la competencia para los servicios públicos domiciliarios, incluso la reconocen los detractores de la proliferación normativa y la multiplicidad de autoridades de control de la competencia, como Miranda Londoño para quien:

“la Ley 142 de 1994, a diferencia de otras de las normas específicas arriba enuncia-

das [Decreto 663 de 1993, Ley 1.ª de 1991, Ley 100 de 1993 y Decreto 1663 de 1994], establece un verdadero régimen de la libre competencia especial para los servicios públicos domiciliarios, el cual difiere notoriamente desde el punto de vista conceptual y estructural del llamado régimen general de la libre competencia, contenido en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992, e incorpora numerosos conceptos y definiciones equívocos y antitécnicos que complicarán su aplicación y harán de la homologación de conceptos con el régimen general una tarea casi imposible.

Lo anterior se debe principalmente, a que la Ley 142 de 1994, hace de la libre competencia económica uno de los pilares fundamentales de la prestación de los servicios públicos domiciliarios como se deduce de los párrafos siguientes.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 365 de la C.P., los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, el cual debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Según el artículo constitucional citado, los servicios públicos se encuentran sometidos al régimen jurídico que establezca la ley y pueden ser prestados por el Estado en forma directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares (...)

El Estado colombiano definió el régimen legal al cual se debe someter la prestación de los servicios públicos domiciliarios, mediante la expedición de la Ley 142 de 1994, reformada por medio de la Ley 286 de 1996.

De acuerdo con la Ley 142 de 1994, el principio general es el de la libre competencia y el libre acceso a la prestación de los servicios públicos domiciliarios (...)<sup>95</sup>.

Viene de todo lo expuesto que las Leyes 142 y 143 de 1994 configuran un régimen legal especial en materia de derecho de la competencia, que exige una autoridad igualmente especializada para su control y vigilancia.

### B. La ley 142 de 1994 no perdió vigencia y sigue siendo exigible su cumplimiento

Si bien es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece<sup>96</sup>, postulado previsto en el derecho colombiano en el artículo 2.º de la Ley 153 de 1887 con arreglo al cual la ley posterior prevalece sobre la ley anterior (*lex posterior derogat priori*), dado el carácter especial que indudablemente reviste la legislación de competencia aplicable a los servicios públicos domiciliarios, no es factible hablar de una derogatoria tácita, con ocasión de la expedición de la Ley 1340 de 2009, de las funciones de control de la competencia asignadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Como es sabido, según una regla universal –recogida por nuestro ordenamiento en el artículo 5.º de la Ley 57 de 1887– las leyes especiales prevalecen sobre las generales (*lex posterior generalis non derogat priori specialis*). Criterio de interpretación y aplicación también predicable del derecho de la competencia en servicios públicos domiciliarios, de modo que esta ley especial que reitera la asignación constitucional de la defensa de la competencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, debe ser aplicada de preferencia a la Ley 1340 de 2009 así ésta sea posterior.

Si derogar una ley significa “dejarla sin efecto”<sup>97</sup> y hay derogatoria tácita o indirecta,

cuando una disposición posterior resulta incompatible con una anterior, esto es, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior (art. 71 C.C. y art. 3.º de la Ley 153 de 1887), no puede afirmarse que la Ley 142 de 1994 en punto de la reiteración de la asignación de las funciones constitucionales en materia de control de la competencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios haya perdido vigencia, en la medida en que es posible la abolición de una norma especial por una general, así esta sea posterior<sup>98</sup>.

Se impone aplicar en estas materias el criterio hermenéutico de especialidad, conforme al cual la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general (*lex specialis derogat legi generalis*) y que está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, en los artículos 5.º de la Ley 57 de 1887 y 3.º de Ley 153 de 1887. Si la Constitución de 1991 defirió al legislador la definición del régimen jurídico aplicable al sector de los servicios públicos domiciliarios, el cual fue adoptado fundamentalmente en las Ley 142 y 143 de 1994, es apenas natural que en su interpretación y aplicación se parta de su especialidad<sup>99</sup>.

En otros términos, si la derogatoria tácita procede sobre leyes de la misma especialidad, no puede afirmarse que esto haya sucedido respecto de la Ley 142 de 1994 con ocasión de la Ley 1340 de 2009, pues como anota LARROUMET, si la ley especial es antigua se considera que ésta no es abrogada por una ley general nueva, lo cual corresponde a la regla *legit specialis per generalem non derogatur*<sup>100</sup>.

Adicionalmente, aún si se admitiera que existe una incompatibilidad entre las dos leyes y se entendiera, en gracia de discusión,

que la Ley 1340 de 2009 es la norma especial y por tanto hubo una derogatoria tácita, en este punto no debe perderse de vista que la Ley 142 de 1994 estableció en su artículo 186 que en caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá a ésta, y que para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta Ley objeto de excepción, modificación o derogatoria.

No se puede desconocer que el artículo 186 de la Ley 142<sup>101</sup> previó una derogatoria expresa o directa, de modo que si se quiere modificar el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios se debe establecer claramente que se deja sin efecto determinado precepto, o lo que es igual, la nueva ley debe decir que deroga expresamente la antigua. El legislador de 1994 estableció así una regla particular para el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios para poder establecer si media una cesación de la eficacia obligatoria de la Ley 142 de 1994. Lo que da tanto como afirmar que sólo se estimará insubsistente una disposición legal en servicios públicos domiciliarios en el primer evento de que trata el artículo 31 de la Ley 153 de 1887<sup>102</sup>.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha dado aplicación a esta regla y ha señalado que dicho precepto "establece una regla de interpretación y aplicación de la ley de servicios públicos en el tiempo y en su contenido, la cual es de carácter especial frente a las normas generales de hermenéutica previstas en la legislación preexistente ya referida, todo ello en armonía con la competencia del Congreso para establecer mediante ley el régimen jurídico de los servicios públicos"<sup>103</sup>. También ha señalado que "la

Ley 142 exige la derogatoria expresa, esto es que la nueva ley precise expresamente que la deroga o modifica y no admite derogatorias tácitas"<sup>104</sup>.

Esta regla particular en materia de derogatorias del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios pretende "garantizar su coherencia y certidumbre"<sup>105</sup>, o lo que es igual, la "seguridad jurídica tan necesaria en un mercado en formación" como el de los servicios públicos domiciliarios:

"el artículo 186 de la Ley 142 de 1994 se encierra a asegurar la existencia de un régimen jurídico único aplicable a los servicios públicos domiciliarios, el cual se preservará como sistema unificado y coherente (...) En ese sentido cuando el artículo 186 se refiere a normas posteriores que tengan vocación de derogar o modificar disposiciones de la Ley 142 de 1994 ha de entenderse que son normas especiales sobre servicios públicos cuya expedición haya tenido como fundamento los artículos 365 a 370 de la Constitución Política.

(...) En suma, la regla del artículo 186 de la Ley 142 de 1994 quiere evitar que por vía de interpretación se presenten derogatorias tácitas, bien sea por normas expedidas al amparo de las disposiciones del capítulo 5.º, Título XII de la C.P., o a través de leyes que aún correspondiendo a estatutos diferentes al de servicios públicos contengan normas que modifiquen o deroguen aspectos propios de dicho régimen"<sup>106</sup>.

En definitiva, la abolición o abrogación<sup>107</sup> de las normas particulares de la Ley 142 de 1994 es un fenómeno que sólo tiene lugar por disposición expresa del legislador, por ello la ley debe manifestar de manera explícita su voluntad de suprimir formalmente a una norma relativa a los servicios públicos

domiciliarios, en orden a que la disposición anterior pueda efectivamente perder su vigencia y por lo mismo dejar de ser exigible en su cumplimiento. El legislador de 1994 quiso que el acto de abrogación fuere formal en tratándose de normas de servicios públicos domiciliarios. En otras palabras, no es admisible que una ley nueva pueda modificar tácitamente una norma de la Ley 142 de 1994.

Las anteriores pautas hermenéuticas aplicadas a las Leyes 142 de 1994 y 1340 de 2009, permiten colegir con certeza que no existió derogación de la primera por la segunda, en ninguna de sus especies (tácita o expresa), es decir que ambas se encuentran vigentes porque no coliden entre sí.

#### CONCLUSIONES

1. La operación de los servicios públicos domiciliarios en un ambiente competitivo supuso la transformación del rol del Estado en este sector económico, otrora monopolio estatal y hoy abierto a la libre concurrencia de agentes de naturaleza pública, privada o mixta. A pesar de los muchos elementos comunes entre la competencia que hay en los servicios públicos y la que se aplica a los demás sectores económicos –al fin al cabo ambas tienen por objeto la calidad y el precio– hay toda una diferente aproximación conceptual que imponía una legislación especial.
2. La constitución diseñó buena parte la arquitectura institucional adecuada al nuevo modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios y al hacerlo definió en forma clara el órgano de control de ese esquema de competencia. Así las responsabilidades de inspección, vigilancia y control quedaron por mandato fundamental radicadas privativamente en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. De ahí que si la Constitución asignó esta faceta de la policía administrativa, no puede el legislador cambiar esta asignación de competencia sin infringir abierta y claramente la Carta de 1991.
3. En consecuencia, la nueva ley antimonopolios riñe abiertamente no sólo con el artículo 370 Constitucional sino con todo un capítulo constitucional dedicado a los servicios públicos domiciliarios, que frente al sombrío diagnóstico de la prestación de los servicios públicos domiciliarios en las décadas de los años 80 y 90 del siglo pasado, señaló unos derroteros para solucionar la deficiente prestación de los servicios, y al hacerlo instituyó un ente especializado en el control y vigilancia. No hay otro camino distinto a acudir a la aplicación constitucional preferente (art. 4 superior) o resignarse, con Victor Hugo, a admitir que *les constitutions sont faites pour être violées, car elles ne créent pas*.
4. La expedición de la Ley 1340 de 2009, a más de incompatible con la Constitución, no implicó la derogatoria de la Ley 142 de 1994 expresa ni tácita y por

ello no se puede aducir que la nueva ley supuso la pérdida de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos de sus atribuciones—por demás constitucionales— en el ámbito de derecho de la competencia en este mercado.

Queda pendientes por responder varios interrogantes: ¿Por qué replantear el modelo de control en pleno proceso exitoso de participación de los agentes privados en el sector de los servicios públicos domiciliarios? A tres lustros de expedidas las reformas de 1994 en este sector se decide expedir la Ley 1340 de 2009 que destruye su columna vertebral ¿acaso un modelo de intervención que ha mostrado resultados positivos no deberían ser motivo suficiente para asumir las enseñanzas y no modificar sin ninguna razón de peso el esquema de intervención?

Cobran una inusitada importancia las reflexiones contenidas en la varias veces citada exposición de motivos de la Ley 143 de 1994 que puso de relieve la importancia del nuevo esquema institucional: “Es importante resaltar que sin una legislación apropiada y sin reglas de juego estables difícilmente se creará un ambiente competitivo adecuado que mejore la eficiencia de las empresas del sector y que redunde, como consecuencia lógica, en un mejor servicio a menor costo para los consumidores”<sup>108</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AFTALIÓN, ENRIQUE et al., *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1967.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Nascimento, 1961.

- ALMONACID SIERRA, JUAN JORGE y GARCÍA LOZADA, NELSON GERARDO, *Derecho de la competencia, abuso de la posición dominante, competencia desleal, uso indebido de información privilegiada*, Bogotá, Legis, 1998.
- ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO, *Régimen de los servicios públicos, en el contexto de la doctrina constitucional*, Bogotá, Dík, 2008.
- BARRERA CARBONELL, ANTONIO, “Regulación en servicios públicos”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 11, (junio de 2000), Bogotá, Universidad de los Andes.
- BONNARD, ROGER, *Précis de droit administratif*, Paris, 1943.
- BURDEAU GEORGE, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1966.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*.
- , Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*.
- , Consejo de Estado, sentencias.
- , Corte Constitucional, sentencias.
- CHAMPEAU, EDMOND y URIBE, ANTONIO JOSÉ, *Tratado de Derecho Civil Colombiano I*, Paris, Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, 1899.
- Diario Portafolio, Editorial “Una buena sorpresa” (19 junio de 2009), disponible en <http://www.portafolio.com.co>
- DUGUIT, LÉON, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1911.
- , *Traité de droit constitutionnel II*, Paris, 1909.
- , *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Librería española y extranjera, 1926.
- DUVERGER, MAURICE, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Justicia Constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

- HERNÁNDEZ GALINDO, JOSÉ GREGORIO, *Poder y Constitución*, Bogotá, Legis, 2001.
- JÈZE, GASTON, *Principios Generales del Derecho Administrativo I*, Buenos Aires, Depalma, 1949.
- LARROUMET, CHRISTIAN, *Derecho Civil*, Legis y Colegio Mayor del Rosario, Bogotá, 2008.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, ADRIANA, *La acción de competencia desleal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, "El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios" en AA.VV., *CEDEC III Centro de Estudios de derecho de la competencia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.
- MONTES DE ECHEVERRI, SUSANA, *Las facultades sancionatorias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*, Bogotá, [inédito] 2001.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO, "Los servicios públicos en la Constitución", en VELILLA MORENO, MARCO ANTONIO (ed.) *Constitución Económica Colombiana*, Bogotá, El Navegante, 1997.
- , *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999.
- , "La competencia y los servicios públicos", en *Superintendencia de Servicios Públicos, Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica Tomo IV* (SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO et al. editores) Bogotá, Imprenta Nacional, 2001.
- , "La Constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios" en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 21 (primer cuatrimestre 2007), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- RIVERO ORTEGA, RICARDO, *El Estado vigilante, consideraciones sobre la función inspectora de la administración*, Madrid, Tecnos, 2000.
- SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO et al., "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 13 (abril de 2002), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- , "La solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 19 (septiembre de 2004), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Tratado de Derecho Administrativo, I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- SOLANES, MIGUEL, "La privatización de los servicios públicos de agua", en Ministerio de Desarrollo Económico y Naciones Unidas, *Economía del agua y sector privado*, Bogotá, 1996.
- Superintendencia de Servicios Públicos, *Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica, t. IV* (SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO et al. editores) Bogotá, Imprenta Nacional, 2001.
- Unidad de Investigaciones Jurídico sociales UNIJUS, *Servicios Públicos Domiciliarios: Calidad de Vida y construcción del Estado Social de Derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997.
- VIDAL PERDOMO, JAIME, "Le régime présidentiel en Colombie" en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 1, (junio de 2003), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

### Páginas web

- Alcaldía de Bogotá, Leyes en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas>
- Banco de la República, Leyes, disponible en <http://www.banrep.gov.co/juriscol>
- Congreso de la República, Leyes, en <http://www.secretariassenado.gov.co>
- Consejo de Estado, Jurisprudencia, en <http://www.consejodeestado.gov.co>
- Corte Constitucional, Jurisprudencia, en <http://www.constitucional.gov.co>

Diario Portafolio, disponible en <http://www.portafolio.com.co>

- 1 Titular de la cátedra de derecho constitucional colombiano en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, profesor de postgrado de las Universidades Externado de Colombia y Sergio Arboleda.
- 2 "Por el cual se dictaron normas para suprimir trámites, expedido al amparo de las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 4.º del artículo 120 de la Ley 489 de 1998", en *Diario Oficial* n.º 43.622, del 29 de junio de 1999.
- 3 "Por el cual se reestructuró la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios", expedido también al amparo de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 120 de la Ley 489 de 1998, en *Diario Oficial* n.º 43.623, del 29 de junio de 1999.
- 4 Corte Constitucional, Sentencias C-923 de 1999 y C-969 de 1999, respectivamente.
- 5 Declarado inexecutable Corte Constitucional, Sentencia C-1316 de 2000.
- 6 "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994", en *Diario Oficial* n.º 44537 de 31 de agosto de 2001. Mediante Sentencia C-087 de 2001, la Corte Constitucional revisó objeciones presidenciales del Proyecto de Ley 234/00 Senado y acumulados 38/98, 65/98, 81/98 Cámara. Por Sentencia C-706 de 2001, la Corte Constitucional declaró cumplida la exigencia constitucional del artículo 167 CN y en consecuencia declaró executable el proyecto de Ley.
- 7 "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios", en *Diario Oficial* n.º 41433 de julio 11 de 1994 (fe de erratas en *Diario Oficial* n.º 41768 de 21 de marzo de 1995 y *Diario Oficial* n.º 41925 de 11 de julio de 1995).
- 8 "Por la cual se estable el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de la electricidad en el territorio nacional", en *Diario Oficial* n.º 41434 de 12 de julio de 1994.
- 9 "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas", en *Diario Oficial* n.º 30.138, del 22 de enero de 1960. Con anterioridad a esa histórica normativa el legislador nacional ya se había ocupado de materias relacionadas con derecho de la competencia en la Ley 110 de 1914 en sus artículos 51 y 52 sobre competencia desleal, la Ley 31 de 1925 reprodujo estas normas en sus artículos 58,65 y 66 y la Ley 59 de 1936, aprobatoria de la Convención General Interamericana de protección marcaría y comercial firmada en 1929 (vid. LÓPEZ MARTÍNEZ, ADRIANA, *La acción de competencia desleal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp.33 y ss.)
- 10 "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, expedido al amparo del artículo 20 transitorio de la Constitución", en *Diario Oficial* n.º 40.704 de 31 de diciembre de 1992.
- 11 "Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal", en *Diario Oficial* n.º 42.692, de 18 de enero de 1996. Hay actos de competencia desleal, según el artículo 9, por ejemplo cuando se pacta en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios. Por virtud del artículo 144 de la Ley 446 de 1998, la SIC tiene atribuciones jurisdicciones para conocer las conductas constitutivas de competencia desleal en todos los sectores.
- 12 "Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresa (mypimes)", en *Diario Oficial* n.º 44.078 de 12 de julio 2000.
- 13 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia", en *Diario Oficial* n.º 47.420 de 24 de julio de 2009.
- 14 Cfr. Editorial "Una buena sorpresa", *Diario Portafolio*, (19 junio de 2009), disponible en <http://www.portafolio.com.co>
- 15 Para el decano de la facultad de derecho de la Universidad de Burdeos servicio público es toda actividad del Estado vid. DUGUIT, LÉON, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1911, pp. 60 y ss. y *Traité de droit constitutionnel II*, Paris, 1909, p. 61.
- 16 A juicio de este tratadista, servicio público es toda actividad de la administración pública y comprende cada una de las funciones del Estado (servicios legislativos, administrativos y jurisdiccionales): Bonnard, Roger, *Précis de droit administratif*, Paris, 1943, p. 49.
- 17 JÉZE, GASTON, *Principios Generales del Derecho Administrativo I*, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. XL. Este distinguido profesor llegó a afirmar que esta noción constituía "la piedra angular del derecho

- administrativo francés".
- 18 DUGUIT, LÉON, *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Librería española y extranjera, 1926, pp. 85 y ss.
  - 19 Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n.º 53, abril 18 de 1991, p. 6.
  - 20 BARRERA CARBONELL, ANTONIO, "Regulación en servicios públicos", en *Revista de Derecho Público*, n.º 11, (junio de 2000), Bogotá, Universidad de los Andes, p. 20.
  - 21 31 proyectos fueron presentados, *vid.* Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n.º 85, 29 de mayo de 1991, p. 21.
  - 22 Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n.º 85, 29 de mayo de 1991, p. 21
  - 23 La Constitución de 1886 apenas se refería a la noción servicio público de pasada en los artículos 7, 76 (numerales 7 y 8) y 203. Ninguno de sus mandatos usaba la expresión "servicio público domiciliario".
  - 24 Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n.º 53, abril 18 de 1991, pp. 5 y 6.
  - 25 SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO *et al.*, "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 13 (abril de 2002), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 22 y ss.
  - 26 Sobre su no gratuidad *vid.* Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 833 de 2006.
  - 27 Sobre los principios constitucionales de solidaridad y redistribución de ingresos, *vid.* Corte Constitucional, Sentencias C-086 de 1998 y C-150 de 2003.
  - 28 Cfr. SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO, "La solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 19 (septiembre de 2004), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 41 y ss.; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AP 543 de 2006 y Corte Constitucional, Sentencias C-580 de 1992 y C-566 de 1995.
  - 29 Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n.º 53, abril 18 de 1991, p. 6.
  - 30 Corte Constitucional, Sentencia T-540 de 1992.
  - 31 Corte Constitucional, Sentencia C-151 de 1995.
  - 32 Corte Constitucional, Sentencia C-663 de 2000.
  - 33 Corte Constitucional, Sentencia T-540 de 1992.
  - 34 Cfr. "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss. y Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003.
  - 35 "Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?" en *Revista Contexto, Revista de Derecho y Economía*, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2004, Edición Especial, n.º 18.
  - 36 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 004 de 2007. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otros, los siguientes pronunciamientos de la misma Sala: Sentencia AP 020 de 2004; Sentencia AP 254 de 2005; auto de 17 de febrero de 2005, rad. 50001233100020030027701 (27673); Sentencia AP 1470 de 2005; Sentencia AP 1944 de 2006; Sentencia AP 543 de 2006 y Sentencia AP 005 de 2008.37
  - 37 Unidad de Investigaciones Jurídico sociales UNIJUS, *Servicios Públicos Domiciliarios: Calidad de Vida y construcción del Estado Social de Derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997, pp. 46 y 327.
  - 38 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 81.
  - 39 Corte Constitucional, Sentencias C-483 de 1996, C-066 de 1997 y C-736 de 2007.
  - 40 Corte Constitucional, Sentencia C-389 de 2002.
  - 41 ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO, *Régimen de los servicios públicos, en el contexto de la doctrina constitucional*, Bogotá, Diké, 2008, p. 56, 99 y 125.
  - 42 "Artículo 4o. Normatividad aplicable. La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico". (se subraya).
  - 43 Artículo 2.º. Ámbito de la ley. Adiciónase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor: Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo

- relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.
- 44 En este sentido *vid.* Corte Constitucional, Sentencia C-272 de 1998.
- 45 PALACIOS MEJÍA, HUGO, "Los servicios públicos en la Constitución", en VELILLA MORENO, MARCO ANTONIO (ed.) *Constitución Económica Colombiana*, Bogotá, El Navegante, 1997, p. 353. En sentido similar se pronunció el mismo destacado profesor en *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999, p. 74.
- 46 Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º 22, 18 de marzo de 1991, pp. 52, 53 y 55.
- 47 Proyecto de Acto reformativo de la Constitución Política de Colombia, n.º 43, Título "Título nuevo Servicios Públicos" Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n.º 21 marzo 15 de 1991, pp. 18 y 19.
- 48 Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n.º 113, julio 5 de 1991 p. 31.
- 49 Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n.º 85, 29 de mayo de 1991, pp. 21 y 22.
- 50 SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO *et al.*, "Del carácter..." *op. cit.* p. 24.
- 51 RIVERO ORTEGA, RICARDO, *El Estado vigilante, consideraciones sobre la función inspectora de la administración*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 66.
- 52 Sobre los sistemas de gobierno Cfr. BURDEAU GEORGE, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1966, p. 140 y para el caso colombiano VIDAL PERDOMO, JAIME, "Le régime présidentiel en Colombie" en *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, n.º 1, (junio de 2003), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, pp. 83 y ss.
- 53 DUVERGER, MAURICE, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, 1968, p. 290.
- 54 ATEHORTÚA R., C.A. *Régimen de los servicios... op. cit.* p. 182 y 250.
- 55 FERRERES COMELLA, VÍCTOR. *Justicia Constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 164 y ss.: "El primer argumento a favor de la presunción de constitucionalidad de la ley está conectado con la teoría defendida por cierta corriente filosófica que considera que el proceso democrático es valioso por su tendencia a generar decisiones correctas desde un punto de vista moral. La idea es que la participación de los afectados en la deliberación colectiva y en la toma de decisiones, así como la aplicación de la regla de la mayoría, permiten garantizar que las decisiones que se adopten para resolver los conflictos de intereses sean razonables (...) El procedimiento democrático, basado en la discusión pública por parte de los afectados y en la aplicación de la regla de la mayoría, genera, pues, una tendencia individual a moverse en la dirección de la imparcialidad, lo cual da valor epistémico a las decisiones que se tomen a través de ese procedimiento. En todo caso, el procedimiento es mejor que cualquier procedimiento alternativo, como la decisión dictatorial de uno, la aristocracia de unos pocos o el sorteo (Nino)"
- 56 Precepto centenario que proviene del artículo 40 del Acto Legislativo, n.º 3 de 1910 (que constitucionalizó el artículo 5.º de la Ley 57 de 1887 de efímera vigencia), reproducido en el artículo 54 del Acto Legislativo, n.º 1 de 1945 y codificado como el artículo 215 de la Constitución anterior.
- 57 Consejo de Estado, sentencia de 20 de febrero de 1969.
- 58 HERNÁNDEZ GALINDO, JOSÉ GREGORIO, *Poder y Constitución*, Bogotá, Legis, 2001, p. 72.
- 59 BURDEAU, G., *op. cit.* p. 54.
- 60 LARROUMET, CHRISTIAN, *Derecho Civil*, Legis y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2008, p. 158.
- 61 Sobre esta figura *vid.* Corte Suprema de Justicia, sentencias de julio 17 de 1915, agosto 18 de 1958, marzo 25 de 1961, abril 9 de 1970, noviembre 3 de 1981 y julio 7 de 1983 y Corte Constitucional, Sentencias T-614 de 1992 y T-556 de 1998.
- 62 Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 1996.
- 63 Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 1996.
- 64 Corte Constitucional, Sentencia C-1190 de 2000.
- 65 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio

- Civil, concepto 931 de 1997.
- 66 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 254 de 2004
- 67 La Corte en Sentencia C-599 de 1996 definió que la ley no puede asignar las funciones de policía administrativa atribuidas constitucionalmente a la Superintendencia a otra entidad, pues con ello se infringiría abiertamente el artículo 370 Superior. En el mismo sentido se pronunció la misma Corporación en sentencia C-1190 de 2000.
- 68 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 1470 de 2005, criterio reiterado en Sentencia AP 1640 de 2006.
- 69 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 543 de 2006.
- 70 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 1843 de 2006, criterio reiterado en sentencia AP 1944 de 2006.
- 71 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 2 de mayo de 2007 exp. 16257 y auto de 18 de julio de 2007 Exp. 29745
- 72 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 8 de mayo de 1997.
- 73 Sobre las Superintendencias como instrumentos de policía administrativa y de competencia intervencionista estatal ver Corte Constitucional, Sentencias C-597 de 1996, C-214 de 1994 y C-263 de 1996.
- 74 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 004 de 2007.
- 75 MONTES DE ECHEVERRI, SUSANA, *Las facultades sancionatorias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*, Bogotá, [inédito] 2001, pp. 23 y ss. Para esta eminente profesora: "(...) La Constitución Política confiere al Presidente de la República (art. 189/22), la facultad de inspección y vigilancia sobre la prestación de los servicios públicos, y en el artículo 370, reitera esta función específicamente sobre la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pero por medio de la Superintendencia del mismo nombre, autoridad de origen constitucional cuyas funciones le son atribuidas por acto del constituyente —no de la ley—, de esta manera sólo mediante acto de la misma estirpe podrá ser despojada de sus funciones

o podrá ser eliminada de la estructura administrativa del Estado, situación que escapa de manera general al ámbito de competencia legislativa en relación con los servicios públicos (artículo 150/23), y de modo específico de la competencia legislativa en materia de servicios públicos domiciliarios, la cual es concreta y de contenido específico, contenido y alcances dispuestos particularmente por el Constituyente en los artículos 365 a 370 de la Constitución Política.

(...) en relación con la función de control y vigilancia de la prestación de los servicios públicos domiciliarios que naturalmente le competiría al Presidente de la República y respecto de la cual la misma Constitución le reconoce titularidad, no es predicable la posibilidad jurídica de su delegación, puesto que el Constituyente, conservando la titularidad presidencial de la misma, sólo permitió su ejercicio a la primera autoridad administrativa, a través de la Superintendencia. Por lo anterior, la función de control y vigilancia de la prestación de los servicios públicos domiciliarios es ejercida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de manera privada y excluyente de cualquier otra autoridad, en los términos en que la misma pudiera ser ejercida por el Presidente de la República, con los mismos deberes y prerrogativas propios de esta función típicamente presidencial, todo sin perjuicio del control de tutela que sobre el ejercicio de las funciones administrativas (...) debe ejercer el Presidente de la República en su condición de primera autoridad administrativa" (subrayas fuera de texto original).

- 76 PALACIOS MEJÍA, HUGO, "La Constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios" en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 21 (primer cuatrimestre 2007), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 50. En sentido similar este distinguido jurista ha expuesto que la "Superintendencia de Servicios Públicos es una entidad de origen constitucional, creada para cumplir funciones propias del Presidente de la República. Según la Constitución, ella tiene la tarea de adelantar el control, la inspección y vigilancia sobre las entidades que prestan los servicios públicos domiciliarios. De allí se desprende, en mi opinión, que ninguna otra entidad estatal tiene la facultad de ejercer esas mismas facultades, sobre tales empresas. En particular, habiendo en la Ley reglas específicas sobre competencia en el

- sector de los servicios públicos, solo la Superintendencia puede adelantar control, inspección y vigilancia para su cumplimiento": PALACIOS MEJÍA, HUGO, "La competencia y los servicios públicos", en Superintendencia de Servicios Públicos, *Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica Tomo IV* (SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO et al. ed.) Bogotá, Imprenta Nacional, 2001, p. 55
- 77 Leyes 142 y 143 de 1994 son leyes de intervención económica (art. 150.21 CN) que tienen una regulación particular del régimen de competencia aplicable a este sector de la economía. Un estudio exhaustivo sobre las normas que en materia de derecho de la competencia prevén las Leyes 142 y 143 de 1994 en SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO et al., "Del carácter singular...*op. cit.*
- 78 Cfr. arts. 2.º numerales 2.2, 2.8 y 2.9; 3.º numerales 3.2 y 3.7, 5.º, numerales 5.3 y 5.4; 86 num. 86.2; 87, num. 87.3; 89 y 99 a 104 de la Ley 142 de 1994.
- 79 Vid. Corte Constitucional Sentencias C-580 de 1992, C-566 de 1995, C-252 de 1997, C-086 de 1998 y C-150 de 2003 y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias AP 543 de 2006 y AP 618 de 2008.
- 80 Corte Constitucional, Sentencia C-292 de 2003,
- 81 ALMONACID SIERRA, JUAN JORGE y GARCÍA LOZADA, NELSON GERARDO, *Derecho de la competencia: Abuso de la posición dominante, competencia desleal, uso indebido de información privilegiada*, Bogotá, Legis, 1998, pp. 181 y ss.
- 82 Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, n.º 50, 2 de septiembre de 1992, p. 13 y 14.
- 83 Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso op. cit.*
- 84 Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, n.º 50, 2 de septiembre de 1992, p. 12.
- 85 Unidad de Investigaciones Jurídico sociales UNIJUS, *Servicios Públicos Domiciliarios...op. cit.* p.36.
- 86 SOLANES, MIGUEL "La privatización de los servicios públicos de agua", en Ministerio de Desarrollo Económico y Naciones Unidas, *Economía del agua y sector privado*, Bogotá, 1996, p. 325 y ss.
- 87 Disponible en <http://basedoc.superservicios.gov.co>, allí se incluyen las notas de vigencia.
- 88 Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso* No. 162, 17 de noviembre de 1992, p. 25.
- 89 Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso* No. 121, 7 de mayo de 1993, pp. 1 y 2.
- 90 Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, n.º 50, 2 de septiembre de 1992, pp. 15 y 16.
- 91 Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, n.º 121, 7 de mayo de 1993, p. 4.
- 92 Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, n.º 121, 7 de mayo de 1993, p. 5.
- 93 Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*, n.º 50, 2 de septiembre de 1992, pp. 5, 6 y 7.
- 94 Algunos erróneamente circunscriben las normas de competencia a los siguientes artículos de la Ley 142: el 34 que regula la prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas, el 98 atinente a las prácticas tarifarias restrictivas de la competencia y el 133 sobre abuso de posición dominante. Se cita igualmente el artículo 43 de la Ley 143 de 1994 sobre abuso de posición dominante en el mercado eléctrico.
- 95 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, "El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios" en AA.VV., *CEDEC III Centro de Estudios de derecho de la competencia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999, p. 82.
- 96 CHAMPEAU, EDMOND y URIBE, ANTONIO JOSÉ, *Tratado de Derecho Civil Colombiano I*, Paris, Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, 1899, p. 102.
- 97 AFTALIÓN, ENRIQUE et al., *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1967, p. 325.
- 98 ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA califican a la derogatoria como un "causa de cesación extrínseca de la eficacia de la Ley": ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Curso de Derecho Civil*, Santiago de Chile, Nascimento, 1961, pp. 154 y ss.
- 99 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 1843 de 2006 y Auto 18 de julio de 2007, Exp. 29745.
- 100 LARROUMET, *op. cit.* p. 159
- 101 "...; deroga todas las leyes que le sean contrarias, y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que

- ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando estas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria”.
- 102 “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.
- 103 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 931 de 1997.
- 104 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 888 de 2008. En sentido similar ver Sección Primera, Sentencia de 13 de marzo de 2003, Exp. 7102.
- 105 PALACIOS MEJÍA, HUGO, *El derecho de... op. cit.*, pp. 242 y ss.
- 106 Concepto SSPD 2001130000000302 en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Servicios públicos domiciliarios op. cit.* pp. 176 y ss.
- 107 Sobre estos fenómenos vid Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 29 de septiembre de 1982, Rad. 882 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de marzo de 1984.
- 108 Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 50, 2 de septiembre de 1992, p. 14.