

## **RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-263 de 2013 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

*Si la competencia otorgada a las Comisiones de Regulación para adoptar “reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”, desconoce la cláusula de reserva de ley en tratándose de la restricción de libertades económicas, el principio democrático, el debido proceso, la igualdad y en general si dicha norma excede la facultad de intervención del Estado para regular e intervenir los servicios públicos, en detrimento de los artículos 1, 2, 3, 4, 13, 29, 84, 93, 133, 150-21, 333, 334, 365, 367 y 370 de la Constitución*

**Magistrado Ponente**

**Dr. Jorge Iván Palacio Palacio**

**Análisis del CEDEC**

**Por:**

**Alfonso Miranda Londoño**

**Bogotá D.C., 2020**

**ÍNDICE**

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>2. NORMA ACUSADA.....</b>	<b>3</b>
<b>3. PROBLEMA JURÍDICO .....</b>	<b>18</b>
<b>4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>19</b>
<b>5. DECISIÓN .....</b>	<b>23</b>
<b>6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES .....</b>	<b>24</b>

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-263 DE 2013 DE LA CORTE  
CONSTITUCIONAL**

***Si la competencia otorgada a las Comisiones de Regulación para adoptar “reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”, desconoce la cláusula de reserva de ley en tratándose de la restricción de libertades económicas, el principio democrático, el debido proceso, la igualdad y en general si dicha norma excede la facultad de intervención del Estado para regular e intervenir los servicios públicos, en detrimento de los artículos 1, 2, 3, 4, 13, 29, 84, 93, 133, 150-21, 333, 334, 365, 367 y 370 de la Constitución.***

**Magistrado Ponente**

**Dr. Jorge Iván Palacio Palacio**

**1. Introducción**

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241-4 de la Constitución, los ciudadanos Fernando Álvarez Rojas y Emilio José Archila Peñalosa demandaron el artículo 74 (parcial) de la Ley 142 de 1994, *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*.

**2. Normas demandadas**

A continuación se transcribe la norma impugnada y se subrayan los apartes acusados, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial 41.433 del 11 de julio de 1994:

“LEY 142 DE 1994

(julio 11)

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 74. FUNCIONES ESPECIALES DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

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

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

(...)

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

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

## **La Demanda**

En su extenso escrito los ciudadanos consideran que las expresiones acusadas vulneran los artículos 1, 2, 3, 4, 13, 29, 84, 93 (en concordancia con el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 133, 150-21, 333, 334, 365, 367 y 370 de la Constitución Política.

A juicio de los ciudadanos, es necesario que la Corte fije posición acerca de los límites a las competencias de las Comisiones de Regulación en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, concretamente para adoptar “*reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado*”. Mercados que, según afirman, tienen la característica de ser “*monopolios naturales*” en donde el acceso y las tarifas se encuentran regulados, de manera que la única justificación de intervención sería el abuso de la posición dominante y no la adecuada gestión de negocios o el éxito empresarial.

Para tal fin comienzan por explicar que la Ley 142 de 1994 es de intervención en materia de servicios públicos domiciliarios, encaminada a racionalizar la economía con el propósito de mejorar la calidad de vida de los habitantes, propiciar igualdad de oportunidades, ampliar los beneficios del desarrollo y preservar el medio ambiente. Con la advertencia de que las Comisiones de Regulación son entidades administrativas que no gozan de potestad legislativa, proponen diez (10) problemas jurídicos y formulan nueve (9) cargos de inconstitucionalidad que la Sala reseña a continuación:

- **Primer cargo: vulneración de los artículos 1º, 3º y 133 de la Constitución**

Sostienen que siendo Colombia un Estado Social y Democrático de Derecho, es la Ley la que debe limitar la libertad económica y precisar las condiciones que ameritan un comportamiento normativo diferencial, sin que dicha competencia pueda trasladarse a las autoridades administrativas. De otro modo, añadirían, se rompería el principio fundante de la democracia, “dotando a la Administración de poderes que exceden su facultad técnica ejecutiva de carácter puramente pragmático, para ascenderla a la definición de políticas de razones normativas que ameritan la restricción de derechos que escapan a su competencia”. De esta manera, la competencia atribuida a las Comisiones de Regulación (de Energía y Gas Combustible y de Agua Potable y Saneamiento Básico) para adoptar reglas de comportamiento diferencial, implica someter a los afectados a decisiones que no se han tomado por el Legislador, que es la instancia democrática prevista para la restricción de derechos como el de libertad de empresa.

Observan que la norma es excesivamente amplia, al punto que no señala bajo qué condiciones fácticas hay lugar al ejercicio de dicha facultad, cuál es el propósito de esas medidas, ni cuál es su alcance, careciendo entonces de toda racionalidad instrumental y quedando al pleno arbitrio de las autoridades administrativas, “que en cualquier situación y bajo cualquier pretexto pueden enervarlas, sin que exista una decisión democrática y participativa de restricción a las libertades que solo pueden ser legítimas y válidamente limitadas, en el Estado de Derecho, por el legislador”.

- **Segundo cargo: desconocimiento de los artículos 4º y 93 de la Constitución, en concordancia con el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos**

Afirman que la competencia para fijar reglas que afectan la libertad económica, la iniciativa privada y la autonomía empresarial se reserva al Legislador, quien no puede transferirla a las autoridades administrativas para que sean ellas quienes definan su suerte. En tal sentido, recuerdan que el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos advierte que las restricciones a los derechos allí reconocidos sólo pueden ser aplicadas “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

- **Tercer cargo: violación del artículo 2º de la Constitución**

En este apartado los demandantes insisten en que las expresiones acusadas son contrarias al principio democrático, en tanto permiten que una autoridad administrativa, carente de legitimidad y representación popular, restrinja derechos como el de libertad económica, mediante reglas de tratamiento diferencial.

Estiman indispensable que el Legislador defina, con un mínimo de racionalidad, bajo qué condiciones relevantes en el mercado es válido adoptar reglas de comportamiento diferencial. Aclaran que en el sistema jurídico colombiano las Comisiones de Regulación, como entes administrativos que son, tienen un ámbito de actuación restringido que les

impide tomar acciones agresivas contra la libertad económica, la iniciativa privada o la organización de una empresa, como las que se derivan de las reglas de comportamiento diferencial cuestionadas, siendo insuficiente, por vaga e indeterminada, la referencia que la ley hace a la “posición dominante de las empresas en el mercado”.

- **Cuarto cargo: vulneración de los artículos 1º, 2º, 3º, 84 y 133 de la Constitución**

Luego de referir el contenido de las normas superiores que se alegan como infringidas, afirman que “los artículos 1, 2, 3 y 133 constitucionales son coherentes con la definición de Estado democrático moderno donde la restricción a las libertades sólo puede provenir de la voluntad directa del soberano o de quienes son sus representantes”. En esa medida, cuestionan la constitucionalidad de las expresiones acusadas por cuanto, en su sentir, otorgan una competencia que solo puede ser asignada a una corporación pública de elección popular: el Congreso de la República.

En palabras de los demandantes, “la restricción de la libertad impuesta mediante la emisión de normas adoptadas por quien carece de representatividad democrática, por no haber sido elegidos por el voto, resultan imposiciones despóticas o al menos paternalistas que desconocen la soberanía popular y el carácter democrático participativo que define la forma republicana del Estado Social de Derecho”.

- **Quinto cargo: desconocimiento del artículo 150-21 de la Constitución**

El desconocimiento del artículo 150-21 se sustenta en que las expresiones impugnadas: (i) no precisan los fines que persigue el Legislador al facultar a las comisiones de regulación de Energía y Gas Combustible y de Agua Potable y Saneamiento Básico para que adopten “reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”; (ii) no fijan cuál es el alcance de las normas de comportamiento diferencial autorizadas; (iii) no imponen límites a la restricción de la libertad económica; y (iv) no aclaran qué posición de las empresas en el mercado hace posible la adopción de dichas reglas. Todo ello, en sentir de los demandantes, implica una renuncia al cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 150-21 superior.

Ponen de presente cómo, a diferencia de lo que ocurre en las normas acusadas, el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 sí establece una limitación objetiva y razonable al señalar expresamente que las reglas de comportamiento diferencial solo pueden aplicarse “previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado”. En esa medida, continúan, la falta de una regulación precisa afecta la certeza y seguridad jurídica, dejando a los agentes del mercado expuestos de manera ilimitada, irracional e imprevisible al arbitrio de las Comisiones de Regulación.

- **Sexto cargo: violación de los artículos 333, 334, 365, 367 y 370 de la Constitución**

Al respecto indican que las restricciones a la libertad económica, la iniciativa privada y la libertad de empresa, así como la intervención económica del Estado en los servicios públicos, están reservadas a la Ley, sin que el Congreso pueda, como lo hace en esta ocasión, trasladar su competencia a una autoridad administrativa.

Opinan que para adoptar medidas diferenciales la ley ha debido señalar, como mínimo, cuál es la posición relevante de una empresa en el mercado, cuál es el propósito perseguido con las medidas, y cuáles los límites. Sin embargo, encuentran que la norma acusada “huérfana de finalidad, reproduce un esquema irracional de establecimiento del derecho por la pura fuerza, un esquema paternalista que releva del empleo de la racionalidad instrumental al destinatario de la orden que reproduce la imagen de déspota benevolente”.

En su criterio, la condición relevante para el ejercicio de la facultad prevista en las normas acusadas no puede ser solamente su posición en el mercado sino la existencia de fallas al interior del mismo. Añaden que la ausencia de elementos que permitan determinar cuál es la finalidad de la norma, la inexistencia de límites a la facultad de las Comisiones de Regulación y la falta de campos tangibles de acción, conduce a la imposibilidad de adelantar un examen de razonabilidad y proporcionalidad, todo lo cual deviene en su inconstitucionalidad.

- **Séptimo cargo: afectación del principio de igualdad**

Esta acusación se funda en el desconocimiento del Preámbulo y de los artículos 4º y 13 de la Constitución. Sostienen los demandantes que las normas acusadas vulneran el derecho a la igualdad de las sociedades porque no existe un criterio objetivo o razonable a partir del cual las autoridades administrativas puedan adoptar medidas diferenciales en contra de una empresa solamente por su posición en el mercado.

Luego de amplias transcripciones de jurisprudencia constitucional, los demandantes opinan que no existe ningún propósito legítimo en el hecho de autorizar a las Comisiones de Regulación para adoptar reglas de comportamiento diferencial, aun cuando advierten que la única que podría ser una razón válida sería la de corregir las fallas en el mercado. Asimismo, explican que siendo el mercado esencialmente plural y dispar, “cualquier pretensión de igualdad contradice la esencia del mercado abierto y competido”.

En concepto de los accionantes, “por más leve que sea el test de constitucionalidad, debe haber una ponderación de los medios y los fines”. Sin embargo, observan que cuando se faculta a las Comisiones de Regulación para imponer reglas diferenciales a las empresas según su posición en el mercado, no se señala ningún propósito. Así que, según sus palabras, “sométase las normas demandadas a cualquier tipo de test, lo cierto es que la ausencia de finalidad determina su inconstitucionalidad”.

De otra parte, afirman que las sociedades que prestan servicios públicos no se hallan en condiciones de debilidad manifiesta. Por tal motivo, según sus palabras, las Comisiones

de Regulación no pueden utilizar las reglas de comportamiento diferencial como mecanismos de igualación y a través de ellas “no se pueden ejercer acciones afirmativas”, menos aún para buscar la igualación de quienes compiten en el mercado, “porque no están en condiciones de manifiesta indefensión que los haga susceptibles de desigualación preferente o de discriminación favorable”.

- **Octavo cargo: violación al debido proceso**

En concepto de los accionantes, la permanencia en el ordenamiento de una norma inconstitucional, como la ahora acusada, implica de suyo el menoscabo al debido proceso reconocido en el artículo 29 Superior, por cuanto al tratarse de una facultad abierta e indeterminada nunca será posible exigir la nulidad de los actos administrativos expedidos con base en dicha norma.

- **Noveno cargo: violación del artículo 370 de la Constitución.**

Explican los accionantes que la facultad de adoptar reglas de comportamiento diferencial no es una actividad ejercida dentro de las atribuciones de control y vigilancia, sino una atribución cedida por el legislador que versa sobre la libertad de empresa en desarrollo del mercado abierto y competido de los servicios públicos, lo cual desborda el ámbito de competencias previsto en el artículo 370 de la Carta Política.

### **Intervención del Ministerio de Minas y Energía**

El apoderado del Ministerio de Minas y Energía solicita a la Corte **inhibirse** para decidir la demanda o, en su defecto, declarar **exequibles** los apartes acusados.

Aduce que los actores solamente enunciaron los preceptos que consideran vulnerados, “sin precisar de manera clara y concreta los argumentos en los cuales se fundamentan sus pretensiones, limitándose a leer superficialmente las normas acusadas”.

Opina que con ellas no se vulnera la libertad económica, la iniciativa privada ni la autonomía empresarial, en tanto se permite la libre competencia evitando la creación de monopolios en la prestación de servicios públicos, así como el abuso de la posición dominante de las empresas.

Tampoco encuentra vulnerado el derecho a la igualdad, ya que la norma permite el tratamiento diferenciado con el fin de garantizar la calidad en los servicios públicos, su prestación continua, eficiente e ininterrumpida, la libertad de competencia, evitar el abuso de la posición dominante y la existencia de monopolios.

Recuerda que las Comisiones de Regulación cumplen funciones especializadas, técnicas y dinámicas, de acuerdo con la realidad del mercado y su condición cambiante, lo cual impide al Legislador adoptar reglas rígidas de tratamiento diferencial. Por ello, añade, la facultad cuestionada permite que a los usuarios no les sea vulnerado su derecho de acceso a servicios públicos eficientes, que nuevos agentes puedan participar en el



mercado, y que aquellos que no gozan de posición dominante puedan competir, todo lo cual redundará en beneficio de la seguridad jurídica.

### **Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

El delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicita a la Corte declarar **exequibles** las disposiciones demandadas.

Observa que con ellas no se vulneran los preceptos superiores por cuanto en un Estado Social de Derecho existe la facultad de intervención en la economía, ligada al cumplimiento de la redistribución del ingreso y de la propiedad, de cara a la consecución de un orden político, económico y social justo. Aclara que las Comisiones de Regulación tienen competencias para adoptar reglas de tratamiento diferencial con el objetivo de proteger y promover el interés general en materia de servicios públicos y protección a los usuarios, obviamente dentro de los límites que la Constitución y la Ley imponen.

Recuerda que el Congreso tiene un amplio margen de configuración normativa y que las libertades económicas no son derechos absolutos porque están limitados por el interés general, como ocurre en esta oportunidad.

Asimismo, descartan la afectación al debido proceso en la medida en que las decisiones de las Comisiones de Regulación son susceptibles de controvertirse dentro de los cauces previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### **Intervención del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio**

El apoderado del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio solicita a la Corte “**declarar ajustado a la Constitución Política de Colombia las normas acusadas**”.

Pone de presente que constitucionalmente existe un régimen especial para la actividad económica asociada a los servicios públicos domiciliarios, a partir del cual se autoriza la intervención estatal con miras a asegurar su acceso, efectiva prestación, mejorar la calidad de vida de los habitantes, distribuir de manera equitativa las oportunidades y beneficios del desarrollo, así como preservar el medio ambiente.

Menciona que el artículo 2º de la Ley 142 de 1994 consagró de manera precisa y detallada los fines de la intervención económica en cuanto a servicios públicos domiciliarios en un marco de libre competencia, mientras que el artículo 3º estipuló de igual forma los instrumentos para lograrlos, de modo que, contrario a lo afirmado en la demanda, la propia ley limita las atribuciones de las Comisiones de Regulación impidiéndoles actuar arbitrariamente. Desde esta perspectiva, considera que no es cierto que los apartes demandados sean normas en blanco que faculten a las autoridades administrativas para actuar de manera absolutamente discrecional para adoptar reglas de comportamiento diferencial.

Aclara que un análisis integral de la Ley 142 de 1994 demuestra que tampoco se vulnera el derecho a la igualdad o al debido proceso, porque el tratamiento diferencial previsto no carece de racionalidad sino que busca atender fines constitucionalmente legítimos.

### **Intervención de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico**

La directora Ejecutiva de la Comisión de Agua Potable y Saneamiento Básico solicita a la Corte emitir un pronunciamiento **inhibitorio** o, en su defecto, declarar **exequibles** los apartes impugnados del artículo 74 de la Ley 142 de 1994.

En cuanto a los aspectos de forma de la demanda, alega que los accionantes no precisan el por qué los textos acusados violan las disposiciones superiores señaladas. Sin embargo, encuentra oportuno abordar un análisis de fondo para demostrar que estos se ajustan a la Constitución.

Ofrece algunas reflexiones generales acerca de los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado, cuya prestación es una actividad económica que compromete la satisfacción de las necesidades básicas de la población y, por lo mismo, legitima la intervención para evitar, entre otros, un ejercicio abusivo de la posición dominante.

De otro lado, examina la función de las Comisiones de Regulación como expresión de la potestad del Estado de intervenir en la prestación de los servicios públicos cuando encuentre falencias en su calidad, cobertura o eficiencia. No obstante, puntualiza que las reglas de comportamiento diferencial están sujetas a los límites emanados de la propia ley, al punto que solo pueden adoptarse “para promover la competencia entre quienes presten los servicios públicos, regulas los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, con el propósito de que las operaciones de los monopolios y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad”.

En su sentir, hacer del principio de libertad económica una excusa para impedir que los órganos especializados y técnicos actúen, equivaldría a negar la protección necesaria para asegurar la adecuada prestación del servicio, y con ello el cumplimiento de los fines del Estado.

### **Intervención de la Comisión de Regulación de Energía y Gas**

El apoderado especial de la Comisión de Regulación de Energía y Gas solicita a la Corte declararse **inhibida** por ineptitud sustancial de la demanda; subsidiariamente pide un pronunciamiento de **exequibilidad**.

A juicio del ciudadano, la acusación no está llamada a tener éxito por las siguientes razones: (i) desconoce la supremacía constitucional; (ii) obedece a una aplicación incorrecta de las reglas del libre mercado a los servicios públicos domiciliarios esenciales; (iii) corresponde a una lectura incompleta de la Ley 142 de 1994; (iv)

desconoce la capacidad de los órganos técnicos del Estado de fijar normas esenciales para el buen funcionamiento de sectores de importancia nacional; (v) pretende conferir un grado de protección de derecho fundamental a prerrogativas que no tienen dicha naturaleza; y (vi) supone erróneamente que existen actos sin control en un Estado Social de Derecho.

Precisa que si bien la demanda propone nueve (9) cargos de inconstitucionalidad, una lectura de los mismos muestra que las razones y argumentos se repiten en varias ocasiones.

La primera parte de la intervención corresponde a amplias consideraciones acerca de: (i) el modelo económico vigente en la Constitución, (ii) la definición de servicio público, (iii) el esquema de los servicios públicos domiciliarios, (iv) la naturaleza de la regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, (v) las características esenciales de la Ley 142 de 1994 y (vi) los fines de la regulación estatal.

Luego de un recuento histórico y de los antecedentes del sistema económico constitucional en Colombia, explica que en el marco de la Carta Política de 1991 cobran especial relevancia los derechos a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libre competencia económica. Estima que la Constitución acepta la presencia del mercado, “pero no glorifica la existencia del mismo”, por cuanto “este es una invención humana y como tal tiene fallas que deben ser corregidas y no dejadas al azar”, entre las cuales sobresalen la existencia de monopolios, la presencia de externalidades, la información asimétrica, los obstáculos a la libre competencia y la falta de cobertura o prestación de servicios por razones económicas.

Luego de referirse a los servicios públicos y su vínculo para la satisfacción de necesidades de interés general, se refiere a los de naturaleza domiciliaria y su regulación específica en la Ley 142 de 1994, de la cual hace una descripción detallada. Recuerda que el Estado dejó de tener el monopolio y pasó a convertirse en garante de su prestación. Según sus palabras, en ese marco “los órganos de regulación han de ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines que justifican su existencia en un mercado existente (sic) en un Estado Social de Derecho”.

En la segunda parte de la intervención el ciudadano da respuesta a cada uno de los cargos propuestos en la demanda. Expone que, a diferencia de lo planteado por los accionantes, el Congreso sí fijó los propósitos para hacer uso del tratamiento diferencial, en los artículos 2, 3, 10, 11 y 14 de la Ley 142 de 1994, de tal modo que la acusación parte de una lectura personal e incompleta de la normatividad aplicable, lo que conduce a la falta de pertinencia del reproche. Entre algunos de esos fines destaca los siguientes: asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía, impedir abuso de la posición dominante y buscar la liberación gradual de mercados hacia la libre competencia.

De otra parte, no observa una confrontación material con los artículos 2º, 4º y 93 superiores. Encuentra que la demanda parte de una construcción sobre hipótesis que

no están contenidas en la norma, al suponer que las Comisiones de Regulación actuarán de manera arbitraria y sin limitación algún, “situación que se deriva de un juicio de valor realizado por este y no de realidad normativa de las disposiciones acusadas”, careciendo entonces de certeza.

El ciudadano aclara que las disposiciones de la Ley 142 de 1994 deben leerse en conjunto y no de manera aislada o independiente, como se plantea en la acusación. A partir de ello, encuentra que la ley impone diversos límites a la facultad cuestionada. Sin embargo, considera que para su ejercicio no es necesario que se presente una falla en el mercado que suspenda la prestación de los servicios de agua potable, energía eléctrica o gas combustible, ya que la prestación eficiente, continua y en condiciones de igualdad es la principal labor del Estado en la regulación de los servicios públicos.

Puntualiza que no es cierto que se excluya del control gubernativo y jurisdiccional los actos emanados de las Comisiones de Regulación, por lo que no es predicable la violación al debido proceso. En su concepto, el cargo referente a la violación del derecho a la igualdad tampoco cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia en estos eventos, “ya que al darle prevalencia y justificación a las normas en materia de derecho de la competencia, desconoce los fines constitucionales de la actividad regulatoria”. Añade que los peticionarios parten de apreciaciones subjetivas y carentes de claridad y suficiencia argumentativa. A su vez, afirma, no se puede alegar la existencia de un privilegio o trato diferenciado injusto cuando se desconoce que la aplicación de la norma acusada se sustenta en situaciones que deben tener presupuestos diferentes, haciéndose una lectura descontextualizada de la misma.

En todo caso, considera que la adopción de reglas de comportamiento diferencial a las empresas según su posición en el mercado no es un criterio sospechoso de discriminación, sino que por el contrario obedece a parámetros razonables y proporcionados si se tiene en cuenta que los objetivos perseguidos se relacionan con la prestación eficiente de servicios públicos y el cumplimiento de los fines del Estado.

### **Intervención del Departamento Nacional de Planeación**

El apoderado del Departamento Nacional de Planeación solicita a la Corte **inhibirse** de fallar de fondo; subsidiariamente pide declarar **exequibles** las normas impugnadas.

A título introductorio señala que si bien la extensión de la demanda pareciera estar en consonancia con la importancia de la materia, “se observa que existe un esfuerzo de reiteración a tal punto que el problema jurídico esencial que allí se formula puede restringirse al alcance y comprensión de la reserva legal en materia de intervención del Estado en la economía y sus diferentes repercusiones, en términos de libertad de empresa, en el ámbito de los servicios públicos.

En tal sentido, encuentra que las ideas recurrentes de la demanda, algunas veces contradictorias, pueden resumirse en que la intervención del Estado en la economía debe ser definida directamente por el Legislador, en particular para limitar la iniciativa

privada, lo cual no puede ser deferido a una autoridad administrativa, como lo hacen las expresiones acusadas al otorgar a las Comisiones de Regulación una competencia abierta e indeterminada.

En primer lugar precisa el alcance de las expresiones impugnadas y el contexto normativo en el que se insertan, para concluir que la Corte debe emitir un fallo inhibitorio. Partiendo de una revisión histórica, recuerda que la Ley 142 de 1994 es un modelo en donde se pretende conjugar la visión tecnocrática y político-representativa en la gestión privada de servicios públicos, donde cobra protagonismo el papel de las Comisiones de Regulación.

Explica que la propia ley contempla diversos elementos que delimitan la órbita de intervención y deben ser atendidas en un escenario de libre competencia (artículos 2, 3, 73 y 74, entre otros), de donde se puede afirmar que la lectura de los actores resulta sesgada y descontextualizada. Según sus palabras: “el sentido apocalíptico con el que se leen las expresiones tildadas de inexecutable como si se tratara de un abuso en contra del mercado expuesto, en este caso, y llevada a cabo por la arbitrariedad del Estado absolutista resulta ser una lectura totalmente descontextualizada de la disposición, aspecto que no logra trascender a pesar de la abundante exposición de argumentos y de dedicar un acápite al alcance de las expresiones y su eventual constitucionalidad condicionada”.

En el segundo apartado, en caso de que la Corte decida abordar un estudio de fondo, el interviniente hace una breve caracterización del Estado Social de Derecho sustentada en referencias doctrinarias y jurisprudenciales. Destaca que no se trata de una simple cláusula retórica o de intenciones, sino que corresponde a un principio con fuerza vinculante orientado a revestir de eficacia el reconocimiento de los derechos constitucionales, donde el reconocimiento de las libertades económicas exige una lectura en sintonía con la función social de la propiedad y las obligaciones que de ella emanan.

El tercer acápite versa sobre la intervención del Estado y sus facetas, y el siguiente corresponde a la libertad de empresa y la libre competencia. En ellos ofrece una reseña jurisprudencial acerca de los límites a la iniciativa privada con miras al cumplimiento de los fines del Estado desde la óptica del principio de solidaridad, bajo parámetros de racionalidad y proporcionalidad.

A continuación se refiere al principio de igualdad y su caracterización en los precedentes constitucionales, para concluir que son admisibles ciertas diferenciaciones dependiendo de los sujetos, su condición y las materias reguladas, incluso en casos en los que existen empresarios de diversos sectores que pugnan por un mercado.

Luego aborda lo concerniente a las directrices constitucionales en materia de servicios públicos domiciliarios, en particular respecto del deber de intervención del Estado para asegurar su prestación eficiente. Explica que en el marco de la Ley 142 de 1994, la

regulación descansa en un ente técnico, las Comisiones de Regulación, que además puede asumir las funciones asignadas por el Presidente de la República.

Finalmente aborda el análisis de los cargos formulados y desestima su procedencia. Como punto de partida, sostiene que el ejercicio de la función atribuida a las Comisiones de Regulación se encuentra “debidamente alindado por el Legislador”, ya que la intervención se halla circunscrita a factores como: la promoción de la competencia o la regulación de monopolios cuando aquélla no es posible, con el propósito de brindar eficiencia, calidad y prevenir conductas abusivas.

Aclara que la misma norma parcialmente acusada es la que fija los lineamientos básicos para que puedan adoptarse tratamientos diferenciales, cuya naturaleza técnica de intervención en el mercado no permite amplias deliberaciones. Por eso, opina, “la vulneración de la reserva legal, en los sentidos y alcances que se plantean en la demanda, no deja de ser un prurito y, en todo caso, un planteamiento que no guarda correspondencia con la forma de intervención del Estado en los mercados de servicios públicos domiciliarios”. Similares consideraciones son expuestas para desvirtuar los demás cargos, que a juicio del interviniente parten de una interpretación carente de armonización e integración con el resto de la Ley 142 de 1994.

Concluye entonces que los accionantes pretenden eliminar la regulación sectorial a costa de restringir en grado sumo las facultades de regulación del Estado para asegurar una correcta prestación de servicios públicos.

### **Intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**

La coordinadora del grupo de Defensa Judicial de la entidad informa que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no ejerce funciones de control y vigilancia respecto de las reglas de comportamiento diferencial según la posición de las empresas en el mercado. Sin embargo, en escrito allegado con posterioridad solicita a la Corte declarar **exequibles** los apartes demandados.

Argumenta que: (i) las normas acusadas son una manifestación de la intervención del Estado en la economía de los servicios públicos, que se ajusta a las finalidades constitucionales de impedir el abuso de la posición dominante y proteger la libre competencia (arts. 333 y 334 CP); (ii) dichas facultades están comprendidas dentro del contenido material de las funciones que la Constitución asigna al Presidente de la República y son delegables (art.370 CP); el tratamiento diferencial se justifica porque sólo aplica ante condiciones que permitan constatar asimetrías en la posición de las empresas en el mercado (art. 13 CP); la regulación es expresión del amplio margen de configuración del Legislador en la materia (art. 367 CP).

En su concepto, las normas acusadas concilian el derecho a la libre competencia con el deber del Estado de evitar el abuso de la posición dominante. Además, el tratamiento diferencial es una medida proporcional para lograr los objetivos trazados, y

corresponde al ejercicio de funciones técnicas que son delegables por el Presidente de la República.

### **Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia**

Opina que “**carecen de fundamento**” las acusaciones en contra del artículo 74 de la Ley 142 de 1994, “**por lo que no resultaría procedente declarar su inconstitucionalidad**”.

Luego de un breve recuento histórico, considera errado afirmar que las atribuciones conferidas sean del resorte exclusivo del Legislador, ya que por razones técnicas es comprensible que sean las Comisiones de Regulación las encargadas de adoptar las medidas necesarias para asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos. Opina que los accionantes ignoran que la misma ley, en varias disposiciones, señala las condiciones bajo las cuales se ejercen dichas competencias, lo cual deja sin fundamento buena parte de las acusaciones, más aún cuando no todas las decisiones pueden ser sometidas a deliberaciones democráticas.

En su concepto, las limitaciones a las libertades económicas encuentran amplio respaldo constitucional en la protección del bien común y del interés general, cuyo núcleo esencial se mantiene a salvo. No vislumbra menoscabo del derecho a la igualdad, por cuanto las normas impugnadas sí buscan un fin legítimo: impedir los efectos del abuso en el mercado en el marco de un Estado Social de Derecho. Asimismo, descarta la violación al debido proceso por cuanto los actos emanados de las Comisiones de Regulación pueden ser objeto de control de constitucionalidad y de legalidad.

### **Intervención de la Universidad Externado de Colombia**

Solicita a la Corte que declare **exequibles** las expresiones impugnadas. A su parecer, el Legislador sí puede atribuir a las Comisiones de Regulación la facultad general de regular los monopolios y mercados en la prestación de los servicios públicos cuando la competencia no sea posible, así como promover la competencia entre ellos, para evitar abuso de la posición dominante y asegurar servicios de calidad. Sin embargo, aclara, la reserva legal no implica que el Congreso deba regular la materia en detalle, porque sin la intervención de autoridades administrativas técnicas y especializadas sería imposible asegurar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado para tomar medidas cambiantes en forma adecuada y oportuna.

Aclara que si bien dichos entes no tienen una clásica representación popular, ello no quiere decir que carezcan de legitimidad porque, además de su origen legal, “se incardinan en el marco de relaciones especiales de sujeción”, donde es razonable que algunas potestades administrativas queden al margen del principio mayoritario.

De otro lado, según su criterio, “la ley sí precisa los fines de la medida impugnada, pues se enmarca en el texto completo del artículo, esto es, regular el ejercicio de las

actividades de los sectores, para garantizar la competencia e impedir abusos de posición dominante” (arts. 2, 3, 9, 11, 30, 73, 74.1 y 74.2 de la Ley 142 de 1994).

Por último, juzga que no existe violación al principio de igualdad porque se regulan operaciones con diferente posición en el mercado, con miras a garantizar la competencia e impedir abusos de la posición dominante, todo lo cual armoniza con la Constitución.

### **Intervención del señor Jairo Enrique Corredor Castilla**

El ciudadano solicita que se declaren **inexequibles** los apartados acusados, para lo cual expone ampliamente argumentos similares a los planteados en la demanda.

Sostiene que se vulneran las garantías de libertad económica e iniciativa privada, así como los principios democrático y participativo, en tanto que: “i) se desdibuja el reparto constitucional de competencias al atribuir a una entidad administrativa una competencia restrictiva de libertades económicas reservada constitucionalmente al Legislador; ii) se otorga la competencia sin cortapisa alguna, de manera tal que se diluye la garantía constitucional de que las restricciones a las libertades económicas serán razonables, proporcionales, y que persiguen exclusivamente el interés general”.

En la misma dirección, recuerda que la competencia para intervenir la economía reduciendo la libertad económica y de empresa fue otorgada directamente al Legislador, por ser este un órgano de representación popular, la cual no puede deferirse a autoridades administrativas como las Comisiones de Regulación. Aclara que no sería correcto afirmar que las Comisiones materializan una decisión legislativa, porque esta es imprecisa, vaga e indeterminada al omitir señalar la condición fáctica que activa la competencia, el alcance de las atribuciones y los fines de la misma.

Insiste en que se desconoce el principio de legalidad y la reserva de ley en materia de intervención económica (arts. 150-21, 333, 334 y 365 CP), por cuanto las expresiones acusadas “omiten definir el alcance de la libertad económica respecto del interés social a través de la definición de los fines y alcance de la medida de intervención económica (sic)”. A su juicio, ello también conduce a la inconstitucionalidad de la norma por falta de razonabilidad y proporcionalidad, porque aún si se acepta la existencia de fines (a pesar de las dificultades derivadas de la construcción gramatical de las normas acusadas), lo cierto es que no prevé alcance ni límites de ninguna clase.

Según su criterio, las normas enjuiciadas tienen el efecto material de revertir el espíritu de liberalización y de competencia que reconoce la Constitución a la prestación de los servicios públicos, desestimulando la inversión en el sector como consecuencia del alto riesgo que representan las decisiones discrecionales de la administración, al no haber determinado cuál es la posición en el mercado que resulta relevante para establecer el trato diferencial.



De otra parte, estima que se vulnera el derecho al debido proceso porque no existen criterios que permitan al juez contencioso administrativo cumplir con su deber de controlar la legalidad de los actos expedidos al amparo de la competencia en cuestión.

### **Intervención de Enrique Borda Villegas**

El ciudadano considera que la Corte debe declarar **exequibles** las expresiones acusadas. Desde su perspectiva, la facultad demandada es una herramienta prevista por el Legislador para hacer efectivo el mecanismo de la regulación del mercado de servicios públicos, cuyo ejercicio solo puede hacerse para los objetivos previstos en el artículo 2º de la ley, dentro de las atribuciones del artículo 3º del mismo estatuto. Todo lo anterior, afirma, materializa la función regulatoria autorizada por los artículos 150-21, 333, 334 y 365 de la Carta Política.

Luego de brindar algunas reflexiones generales, apoyadas en precedentes jurisprudenciales, sobre el Estado Social de Derecho, la intervención económica, la libertad de empresa y su alcance en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, el interviniente se refiere a la facultad de las Comisiones de Regulación que ahora se impugna, para concluir que “el legislador está expresamente facultado en el texto constitucional para expedir leyes de intervención económica en materia de servicios públicos en las cuales se establezcan restricciones a la libertad económica”.

No encuentra afectado el núcleo esencial de la libertad de empresa porque no se imponen barreras de acceso al mercado, no se interfiere en la organización interna de las empresas, ni se impide la creación de establecimientos de comercio. Asimismo, destaca que la competencia atribuida obedece a motivos adecuados y suficientes, claramente individualizados en los artículos 2º y 3º de la ley de servicios públicos domiciliarios.

### **Intervención del señor Ángel Castañeda Manrique**

El ciudadano considera que la Corte debe declarar **exequibles** los apartes impugnados. Luego de hacer una presentación general acerca de la función de regulación en el entorno jurídico colombiano, el régimen especial de servicios públicos, el funcionamiento de la Ley 142 de 1994 y las Comisiones de Regulación, aborda un examen de los cargos de la demanda.

Asegura que no es cierto que haya “indeterminación” de la función asignada, ni que se autorice un ejercicio “arbitrario” de la misma, “ya que tal afirmación estaría derivada de una interpretación parcial de la norma y contraria a los principios de interpretación legal que rigen en Colombia”. Asimismo, pone de presente que las normas acusadas fueron expedidas en cumplimiento del mandato impuesto por el artículo 365 de la Constitución.

## **Concepto del Procurador General de la Nación**

El Procurador General de la Nación, mediante concepto 5483, radicado el 5 de diciembre de 2012, solicita a la Corte declarar **exequible** la expresión “*La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de la empresa en el mercado*”, contenida en el artículo 74, numerales 74.1.a y 74.2.a de la Ley 142 de 1994, por los cargos analizados.

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

A continuación describe brevemente el contenido de los artículos 150-7, 365, 367 y 370 de la Constitución, para referirse luego a las Comisiones de Regulación creadas por la Ley 142 de 1994 (artículo 69) y las características definidas en la jurisprudencia constitucional a partir de las Sentencias C-444 de 1998 y C-1162 de 2000. Con base en ello concluye lo siguiente:

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

### **3. Problema Jurídico**

Corresponde a la Corte determinar si la competencia otorgada a las Comisiones de Regulación para adoptar “reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”, desconoce la cláusula de reserva de ley en tratándose de la restricción de libertades económicas, el principio democrático, el debido proceso, la igualdad y en general si dicha norma excede la facultad de intervención del Estado para regular e intervenir los servicios públicos, en detrimento de los artículos 1, 2, 3, 4, 13, 29, 84, 93, 133, 150-21, 333, 334, 365, 367 y 370 de la Constitución.

#### **4. Consideraciones de la Corte Constitucional**

El literal a) de los artículos 74.1 y 74.2 de la Ley 142 de 1994 faculta a las Comisiones de Regulación de Energía y Gas Combustible, y de Agua Potable y Saneamiento Básico, para “adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”.

Los accionantes aducen la vulneración de varias normas de la Carta Política (artículos 1, 2, 3, 4, 13, 29, 84, 93, 133, 150-21, 333, 334, 365, 367 y 370), para lo cual formulan numerosos reproches de inconstitucionalidad. En su concepto, como la norma implica una restricción a los derechos y libertades económicas, se ha desconocido la cláusula de reserva de ley al delegar su ejercicio a las autoridades administrativas, no sólo porque estas carecen de origen popular y democrático, sino porque tampoco existen parámetros objetivos que limiten su ejercicio. En esa medida, advierten, las Comisiones de Regulación están autorizadas para restringir de forma arbitraria los derechos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando en el mejor de los casos solo podrían hacerlo para corregir fallas en el mercado debidamente acreditadas.

La Corte disiente de esa postura y por el contrario considera que las expresiones demandadas se ajustan al ordenamiento constitucional. Una interpretación sistemática dentro del contexto de la Ley 142 de 1994, en particular de algunas de sus normas, demuestra que el Legislador no ha incumplido la obligación de fijar reglas claras y precisas para que las Comisiones de Regulación puedan adoptar tratamientos diferenciales a las empresas según su posición en el mercado, ni estas han sido autorizadas para ejercer sus competencias de forma arbitraria o antojadiza, como se afirma en la demanda.

Para abordar el análisis concreto de constitucionalidad la Sala comienza por recordar que la Ley 142 de 1994 versa sobre las condiciones bajo las cuales el Estado interviene en la regulación de los servicios públicos, con el propósito de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional y cumplir así uno de sus fines sociales (artículo 365 CP).

El artículo 74, que es donde se inscriben las expresiones ahora demandadas, se refiere a las “funciones especiales” de cada una de las Comisiones de Regulación. La norma es categórica en advertir que actuarán “con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementan”, de modo que para delimitar sus funciones y facultades es necesario acudir a otras normas del mismo estatuto.

En tal contexto, el artículo 2º señala cuáles son los fines concretos de la intervención del Estado: garantizar las condiciones de los bienes y servicios suministrados para el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios, ampliar la cobertura, atender prioritariamente las necesidades básicas insatisfechas, velar por la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del servicio, proteger las libertades económicas, evitar abuso de posiciones dominantes y fijar un régimen tarifario proporcional, entre otros.

Concordante con ello, la facultad de las Comisiones de Regulación para adoptar reglas de comportamiento diferencial ha de leerse en sintonía con el artículo 3º de la ley. Dicha norma precisa que cuáles son los instrumentos de intervención estatal e indica que las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos en ella definidos, a condición de que en todo caso sean verificables.

Asimismo, el artículo 11 se refiere a las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad de aquellas empresas prestadoras de servicios públicos, como evitar el abuso de la posición dominante, no adelantar prácticas restrictivas de la competencia, proteger la diversidad ecológica y el medio ambiente, aumentar la cobertura, facilitar el acceso e interconexión y atender situaciones de emergencia.

Por último, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 consagra un catálogo amplio y detallado de las (26) funciones y facultades generales atribuidas a las Comisiones de Regulación para el cumplimiento de las tareas asignadas, con el objeto de (i) regular los monopolios cuando la competencia no sea posible, (ii) promover la competencia entre los prestadores de servicios públicos, (iii) garantizar que las operaciones sean económicamente eficientes, (iv) evitar abuso de la posición dominante y (v) asegurar servicios de calidad.

Adicionalmente, en el caso de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, el literal a) del artículo 74.1 le atribuye competencia para regular el ejercicio de las actividades de dichos sectores con los siguientes propósitos: (i) asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente; (ii) propiciar la competencia en el sector de minas y energía; (iii) impedir abusos de la posición dominante; y (iv) buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia.

Respecto de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, el literal a) del artículo 74.2 señala que las atribuciones de la entidad serán utilizadas para (i) velar porque las operaciones de los monopolios y de los competidores sean económicamente eficientes, (ii) prevenir el abuso de posiciones dominantes y (iii) producir servicios de calidad.

Es con miras al cumplimiento de esos objetivos que la norma faculta a las Comisiones de Regulación para adoptar de reglas de comportamiento diferencial a las empresas según su posición en el mercado, con lo cual se fijan límites teleológicos al ejercicio de dicha competencia.

A juicio de la Corte, una lectura integral y sistemática de las normas anteriormente referidas permite concluir que la facultad otorgada a las Comisiones de Regulación para adoptar tratamientos diferenciales a empresas de servicios públicos, de acuerdo con su posición en el mercado, no desconoce la cláusula de reserva de ley.

De un lado, varias normas de la Ley 142 de 1994 delimitan y condicionan el margen de intervención de la Comisiones al ejercer sus competencias –incluida la ahora demandada-, como las que señalan los fines de la intervención Estatal (artículo 2º), los

instrumentos de intervención (artículo 3º), las obligaciones especiales de las empresas prestadoras de servicios (artículo 11) y las funciones generales (artículo 73), todas ellas definidas directamente por el Legislador.

De otro lado, en el mismo literal a) de los artículos 74.1 y 74.2 de la precitada ley se indican cuáles son los objetivos específicos que sustentan la adopción de tratamientos diferenciales a las empresas de servicios públicos.

Los fines y parámetros a los que aluden estas normas, antes que genéricos e indeterminados, comprenden una enunciación detallada y concreta dirigida al cumplimiento de las metas de la regulación en servicios públicos. Metas que, según ha reconocido la jurisprudencia constitucional, no son exclusivamente económicas sino que también buscan asegurar “la compatibilidad de un mercado eficiente con los principios del Estado social de derecho, dentro de una democracia participativa en la cual los derechos de todos los usuarios sean efectivamente protegidos y garantizados”.

En este orden de ideas, la Corte considera que los demandantes han fundado sus cargos en una lectura aislada y descontextualizada de las expresiones acusadas, según la cual el Legislador no atendió la obligación indelegable de fijar reglas y condiciones bajo las cuales las Comisiones de Regulación pueden adoptar medias diferenciales. Como puede notarse, la regulación emanada del Congreso de la República sí contiene “criterios inteligibles” que establecen de manera clara el marco de intervención del Estado y específicamente de las autoridades administrativas.

(i) En primer lugar, las normas referidas identifican los fines que han de guiar a las Comisiones de Regulación y que, contrario a lo propuesto por los accionantes, no están circunscritos únicamente a la corrección de fallas en el mercado, sino que comprenden también una adecuada y eficiente prestación de los servicios a todos los habitantes del territorio nacional, propósito inherente a la función social del Estado (arts. 2, 74.1 y 74.2 de la Ley 142 de 1994).

(ii) En segundo lugar, el Legislador ha definido también las prestaciones o derechos que busca proteger con las reglas de comportamiento diferencial, los cuales se proyectan tanto para proteger a las empresas participantes en el mercado como a los usuarios del sector, a saber: estimular la libertad de competencia, evitar abuso de posición dominante y asegurar a los usuarios la prestación de servicios públicos de calidad (arts. 11 y 73 Ley 142 de 1994).

(iii) En tercer lugar, las medidas previstas –y a la vez sus límites- no son otras que las que se derivan de las competencias generales y especiales atribuidas a las Comisiones de Regulación (arts. 3, 73 y 74); lo que hace la ley es simplemente autorizar que se fijen requisitos o exigencias de acuerdo con la posición de las empresas en el mercado (régimen tarifario, condiciones de prestación de servicio, metas de eficiencia, cobertura, calidad y evaluación, entre otras), ninguna de las cuales puede ser distinta de las competencias previamente otorgadas.

(iv) Por último, la Ley 142 de 1994 aclara que “todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta Ley”, y añade que los motivos invocados “deben ser comprobables” (art. 3). En esa medida, además de los límites competenciales anotados, existen restricciones de orden fáctico que impiden a las autoridades obrar de manera arbitraria -como se sostiene en la demanda-, al tiempo que brindan la posibilidad de recurrir las decisiones o de ser necesario acudir a instancias judiciales para controlar eventuales excesos.

Ahora bien, es cierto que la norma no especifica qué posición o porcentaje (%) de participación de una empresa en el mercado autoriza a las Comisiones de Regulación para imponer un trato diferencial. Sin embargo, esto no implica desconocer la cláusula de reserva de ley, por cuanto solamente permite que sea un órgano especializado quien, de acuerdo con las dinámicas condiciones del mercado y las necesidades propias de cada sector, adopte los ajustes a que haya lugar dentro del marco de competencias definido por la ley y teniendo en cuenta los hechos previamente comprobados. Lo contrario, es decir, pretender que el Legislador individualice cada una de las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se podría requerir un tratamiento diferencial, implicaría exigir de él complejos conocimientos (técnicos y especializados) y una extrema capacidad predictiva, que en últimas podría afectar el cumplimiento de uno de los fines sociales del Estado.

La intervención de las Comisiones de Regulación mediante tratamientos diferenciales no puede ser concebida entonces como una censura al éxito empresarial de una compañía; es, más bien, un mecanismo de racionalidad instrumental diseñado para adoptar con celeridad los ajustes técnicos requeridos en un mercado donde la libre competencia y la iniciativa privada se encuentran constitucionalmente protegidas, pero cuyo fin último es la prestación eficiente y adecuada de servicios públicos.

En este orden de ideas la Corte concluye que la competencia otorgada a las Comisiones de Regulación para adoptar “reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”, no desconoce la reserva de ley para regular la intervención del Estado en la economía, específicamente en la prestación de servicios públicos (artículos 150-21, 150-23, 333, 334, 365, 367 y 370 de la Constitución).

7.7.- Desvirtuada la premisa principal en la que se funda la demanda -violación del principio de reserva de ley-, las demás acusaciones pierden sustento de manera consecencial.

El cargo por violación de los principios democrático y participativo no está llamado a prosperar (arts. 1º, 2º, 3º, 84 y 133 CP). En efecto, con la expedición de la Ley 142 de 1994 el Congreso de la República señaló directamente los fines, medidas, condiciones y límites que tienen las Comisiones de Regulación para adoptar reglas de comportamiento diferencial. De modo que siendo el Parlamento el foro deliberativo por excelencia, la eventual restricción de libertades económicas (como la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia) encuentra pleno origen democrático y participativo. Así, los demandantes se equivocan cuando afirman que se

ha dejado en manos de las autoridades administrativas la potestad de restringir arbitrariamente los derechos y libertades económicas, porque estas solamente han sido facultadas para hacer operativo un instrumento diseñado por el Legislador como forma de regular la prestación de los servicios públicos y cumplir los fines sociales del Estado.

Tampoco se desconoce el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 4º y 93 de la Carta Política. Dicha norma indica que las limitaciones a derechos y libertades solo podrán ser aplicadas de conformidad con la ley; y como ha venido explicándose ello es justamente lo que ocurre en el caso de las reglas de comportamiento diferencial, cuya adopción está sujeta a los objetivos y parámetros fijados por el Congreso en la Ley 142 de 1994 para el caso de las Comisiones de Regulación de Energía y Gas Combustible, y de Agua Potable y Saneamiento Básico.

En cuanto al cargo por violación del principio de igualdad (art. 13 CP), los demandantes asumen que la norma acusada no consagró ningún propósito al autorizar a las Comisiones de Regulación para fijar reglas a las empresas de acuerdo con su posicionamiento en el mercado y, por tanto, con independencia del tipo de test de igualdad que se adelante (estricto moderado o leve), “lo cierto es que la ausencia de finalidad determina su inconstitucionalidad”.

Al respecto es suficiente recordar que, según fue ilustrado anteriormente, tanto el artículo 74 de la Ley 142 de 1994, como otras normas del mismo estatuto sí dan cuenta de esos fines, todos ellos compatibles con los objetivos trazados en la Constitución en materia de servicios públicos. En esa medida, el cargo por violación del principio de igualdad pierde sustento al partir de una premisa equivocada (la inexistencia de fines de la norma).

Por último, la Corte tampoco encuentra afectado el debido proceso (art. 29 CP). De un lado, porque la adopción de este tipo de medidas no corresponde a una facultad abierta e indeterminada de las Comisiones de Regulación, sino que su ejercicio debe ajustarse a los criterios trazados por el Legislador; de otro lado, porque las autoridades tienen el deber de exponer los motivos y acreditar los supuestos fácticos que dan lugar a un tratamiento diferencial, lo cual supone que en las diligencias administrativas previas las empresas de servicios públicos puedan intervenir para exponer y sustentar sus posiciones. Además, en todo caso, las reglas que no cumplan estas exigencias podrán ser demandadas total o parcialmente y, según el caso, darán lugar al restablecimiento de los derechos, la reparación de los perjuicios causados y el pago de las indemnizaciones correspondientes.

## **5. Decisión**

La Sala plena de la Corte Constitucional resolvió el presente caso en los siguientes términos:

- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión *“La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de la empresa en el mercado”*, contenida en el literal a) de los artículos 74.1 y 74.2 de la Ley 142 de 1994.

## 6. Análisis y conclusiones

La sentencia objeto de estudio deja ver lo siguiente:

- Afirmó la Corte que el artículo 365 de la Constitución dispone que “los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley (...)”. A su turno, el artículo 367 indica que “la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos (...)”. En concordancia con lo anterior, el numeral 21 del artículo 150 de la Carta asigna al Congreso la función de “expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar los fines, alcances y los límites a la libertad económica”; a su vez, el numeral 23 del mismo artículo asigna al Congreso el deber de “expedir las leyes que regirán (...) la prestación de los servicios públicos”. Las precitadas normas constituyen la base de lo que se conoce como reserva de ley en materia de servicios públicos, según el cual corresponde al Congreso, como foro democrático y participativo de primer orden, regular directamente la prestación de servicios públicos.
- Respecto a las libertades económicas, su origen y fundamento en la ley, aun cuando no excluye la intervención de otras autoridades para regular su ejercicio, indicó la Corte que cuando la prestación de servicios públicos se cumple por intermedio de particulares, el desarrollo de su actividad está constitucionalmente amparado por las libertades económicas y en particular por la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia, en los términos del artículo 333 de la Carta Política. Sin embargo, la misma norma reconoce que esos derechos pueden ser restringidos y señala expresamente que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Adicionalmente, el artículo 334 Superior (modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011), asigna al Estado la dirección general de la economía y le impone el deber de intervenir, “por mandato de la ley (...) en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Significa lo anterior que las restricciones a las libertades económicas han de tener origen y fundamento en la ley, aun cuando ello no excluye la intervención de otras



autoridades para regular su ejercicio. En este sentido, refiriéndose justamente a la prestación de servicios públicos domiciliarios, la Corte ha advertido que “en el Estado Social de Derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, por cuanto “además de la empresa, la propiedad también es una función social (Art. 58 CP) y (...) la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (Art. 333 CP)”. Con base en ello la Corte ha precisado que, “en consecuencia su ejercicio está sometido no sólo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el Presidente, sino también a las directrices que les señalen las Comisiones de Regulación”.

- En lo referente a la Ley de servicios públicos domiciliarios y las comisiones de regulación señaló la Corte que la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, fue expedida por el Congreso de la República como respuesta al mandato impuesto por el Constituyente para regular la materia, y a su vez como alternativa de apoyo para el crecimiento de una economía dinámica vinculada al mercado global. Se compone de diez títulos, en los que en su orden se expone lo referente a: (i) principios generales; (ii) rol de los prestadores de los servicios públicos, régimen de los actos y contratos de las empresas; (iii) régimen del mercado laboral en este sector; (iv) regulación, control y vigilancia del Estado; (v) régimen tarifario; (vi) organización y los procedimientos administrativos; (vii) contratación de las empresas prestadoras; (viii) normas especiales para algunos servicios como por ejemplo agua potable, saneamiento, energía eléctrica y gas combustible; (ix) régimen de transición; y (x) otras disposiciones especiales. En ellos se condensan los componentes más importantes de la regulación legal atinente a los servicios públicos domiciliarios, cuyo régimen especial pone de presente “la importancia que el Constituyente otorgó a los servicios públicos como instrumentos para la realización de los fines del Estado Social de Derecho, así como para la plena vigencia de los derechos constitucionales que garantizan una existencia digna”. El artículo 69 de la Ley 142 de 1994 dispuso la creación de las Comisiones de Regulación, como unidades administrativas especiales, con independencia técnica, administrativa y patrimonial, adscritas al respectivo Ministerio del Ramo que regulan. Los entes creados fueron los siguientes: (i) Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico; (ii) Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía; y (iii) Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones. De esta manera, las Comisiones de Regulación, hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, tienen asignadas funciones administrativas y respecto de ellas el Presidente de la República es suprema autoridad administrativa.