

---

# REGULACIÓN EN SERVICIOS PÚBLICOS\*

**Antonio Barrera Carbonell\*\***

**M**i participación como comentarista de la exposición hecha por el doctor Jaime Vidal Perdomo sobre el tema específico, “Las comisiones de regulación y su encuadramiento dentro del orden constitucional colombiano”, dada la delimitación temática trazada por su autor, necesariamente me obliga a circunscribir mi intervención a la problemática atinente al marco normativo constitucional que rige los servicios públicos y, en especial, los servicios públicos domiciliarios.

En tal virtud presentaré en primer lugar, una visión general sobre el marco normativo constitucional, legal y reglamentario de los servicios públicos domiciliarios, y luego haré alusión en forma concreta a cada uno de los temas tocados por el doctor Vidal Perdomo y a los interrogantes que formula al final de su exposición.

## Consideraciones generales sobre el marco normativo constitucional, legal y reglamentario de los servicios públicos domiciliarios

El Estado Social de Derecho que nuestra constitución institucionaliza, comporta un cambio cualitativo en las relaciones sociales que se dan dentro del seno de la sociedad civil, e igualmente entre ésta y el Estado.

El elemento social introduce una variable importante en lo que concierne con los fines hacia los cuales debe orientarse el ejercicio de las potestades, competencias o funciones estatales, fines que identifican múltiples cometidos de la naturaleza social que se traducen fundamentalmente en la atención de las necesidades básicas de la comunidad, a través de los servicios públicos, que constituyen el medio para lograr la creación de unas condiciones materiales de vida acordes con la dignidad del ser humano. El papel que el Estado Social de Derecho asume no se reduce a proteger la

---

\* Comentarios elaborados con relación a la temática tratada por el doctor Jaime Vidal Perdomo sobre “Las comisiones de regulación y su encuadramiento dentro del orden constitucional colombiano”.

\*\* Magistrado de la Corte Constitucional.

vida, la mera existencia biológica, sino a crear y asegurar las condiciones materiales que les aseguren a los integrantes de la comunidad una especial calidad de vida. Los servicios públicos constituyen, en una gran medida, los instrumentos o mecanismos operativos de realización concreta de dichas condiciones.

Con dicho propósito se identifican como servicios públicos, constitucionalmente consagrados y cuya prestación obligatoria debe organizarse como respuesta a la atención de las necesidades sociales básicas, que son presupuesto para asegurar las condiciones materiales mínimas de existencia de los asociados, los siguientes: la seguridad social, la salud, el saneamiento ambiental, la educación y los servicios públicos domiciliarios.

Ha dicho la Corte Constitucional<sup>1</sup>: "La concepción social del Estado de Derecho ha determinado una penetración de la sociedad en su actividad, hasta el punto que no sólo reconoce, fomenta y hace efectiva la participación de la comunidad en la adopción de las decisiones que pueden afectarla y en la vigilancia de su gestión, sino que posibilita la intervención directa de sectores importantes y representativos de aquélla en la prestación de determinados servicios o en la realización de actividades estatales, en fin, de las tareas o labores de utilidad o interés público que tienden a hacer realidad sus finalidades sociales".

La Constitución reconoce expresamente que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, lo cual conlleva al deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Igualmente la Constitución admite, bajo el predominio de la idea de la concepción objetiva o material del servicio público, que éste pueda ser prestado por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, con arreglo al régimen jurídico que determine la ley.

En estas circunstancias es evidente que se libra a la libertad, a la iniciativa y a la libre competencia económica, el desarrollo de actividades que configuran a la prestación de servicios públicos, sin perjuicio del cual el Estado pueda excluir a los particulares de la prestación de ciertos servicios, por razones de soberanía o de interés social, mediante ley de iniciativa del Gobierno, aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara, en la cual debe establecerse la indemnización que prevía y plenamente es preciso reconocer a las personas que queden privadas del ejercicio de la respectiva actividad lícita.

.....

1. Sentencia C-263 de 1996.

Los servicios públicos domiciliarios constituyen una especie del género servicios públicos y son objeto de una específica regulación constitucional, en la medida en que realizan los principios de dignidad e igualdad material, particularmente en cuanto al trato positivo favorable y diferenciado que el Estado debe dar a quienes por sus condiciones económicas, físicas o mentales se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Dichos servicios como ha dicho la Corte Constitucional<sup>2</sup>, se caracterizan “por llegar al usuario mediante un sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas y sitios de trabajo, y por cumplir las necesidades básicas de las personas”.

Las referidas necesidades básicas por satisfacer, se identifican en la Ley 142 de 1994, en los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural.

La circunstancia anotada, en el sentido que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, tiene una connotación de vital importancia, en cuanto a las responsabilidades que les corresponden a los sujetos que prestan el servicio, a los deberes que le conciernen al Estado para asegurar su prestación con calidad y eficiencia, y a los deberes y derechos de los usuarios.

La Constitución como norma superior y marco obligado de referencia y de validez de todas las normas de ordenamiento jurídico, prefigura el régimen jurídico que rige los servicios públicos domiciliarios. Dicho régimen jurídico está integrado además, por un conjunto de normas, legales y sublegales que atendiendo a su valor jurídico ocupan determinados espacios dentro de la jerarquía normativa.

Así mismo, es de observar que la propia Constitución contiene normas completas relativas a dicho régimen, susceptibles de aplicación directa, como las que autorizan a la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas, para conceder subsidios en sus respectivos presupuestos en favor de las personas de menores ingresos, para que puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

Interesa ahora determinar los diferentes ámbitos de competencias normativas de los servicios públicos domiciliarios, así:

.....

2. Sentencia C-493 de 1997, entre otras.

## a) La Ley

Un estudio sistemático de los artículos 1º, 2º, 56, 150-23 y 365 a 370 de la Constitución, permite establecer el ámbito de la reserva legal en materia de servicios públicos domiciliarios. En tal virtud, corresponde al legislador determinar los siguientes aspectos básicos:

– Los objetos que constituyen su prestación, naturaleza, extensión y cobertura, su carácter de esenciales; los sujetos encargados de su gestión, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, financiación, calidad y eficiencia en su prestación; las relaciones con los usuarios en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio; el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos, y las entidades competentes para fijar las tarifas.

– Las reservas de servicios públicos por el Estado.

– El marco general dentro del cual el Presidente de la República debe señalar “las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios”, y el ejercicio del control, la inspección y vigilancia de las entidades que los prestan, a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

– El régimen de la actividad reguladora de los servicios públicos domiciliarios por el Estado.

## b) El reglamento

Con el fin de precisar el ámbito que corresponde al poder reglamentario, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

El Presidente de la República es titular de un poder reglamentario ordinario de la ley en materia de servicios públicos domiciliarios, que tiene fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución; pero, además, posee un poder reglamentario especial que emana del artículo 370 de la Constitución para fijar las políticas generales de administración y de control de eficiencia de los servicios.

El marco normativo general, constitucional, legal y reglamentario que rige las actividades constitutivas de los servicios públicos domiciliarios vincula y es aplicable a las entidades territoriales prestatarias de éstos; sin embargo, no excluye la competencia que corresponde a las asambleas y concejos para reglamentar la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de los departamentos, los municipios y los distritos, aunque las normas que expidan deben sujetarse a los ordenamientos superiores (C. P. artículos 300-1, 313-1, 322).

La doctrina administrativa generalmente admite que los órganos superiores a cuyo cargo está la dirección de un servicio público, tiene un poder reglamentario, aun cuando menor, es decir, sujeto a la Constitución y a la propia ley para regular ciertos aspectos de orden operativo y técnico, relativos a la organización y funcionamiento del servicio, como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-263 de 1996. Igualmente considera, que no se requiere texto constitucional o legal expreso que reconozca en cada caso la posibilidad del ejercicio de la referida potestad, aunque se anota que ello es válido a partir de la estructura organizativa y funcional básica del servicio público determinada por aquellos ordenamientos.

En la Constitución existen competencias reglamentarias difusas, como por ejemplo, las que corresponden, en materias concretas a la Comisión Nacional de Televisión (artículos 75, 76 y 77 C. P.), al Consejo Superior de la Judicatura (artículo 257-3 C. P.), al Consejo Nacional Electoral (artículo 265-9-11 C.P.), a la Contraloría General de la República (artículo 354 C. P.), al Banco de la República (artículos 371, 372 y 373 C. P.), a las Asambleas y Concejos Municipales (artículos. 300 y 313 C. P.).

Significa lo anterior que la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República; existen, por consiguiente, órganos constitucionales que tienen dicha atribución, con las limitaciones que impone la Carta Política. Igualmente es posible que en virtud de la ley se atribuyan competencias reglamentarias a organismos administrativos, con o sin personería jurídica, aun cuando éstas no son iguales o comparables con las que competen al Presidente de la República. Aquella potestad reglamentaria es naturalmente de menor rango, porque se limita simplemente a la regulación de ciertas cuestiones de detalle mínimo o al señalamiento de reglas de naturaleza operativa y técnica que se requieren para la ejecución de la ley.

Tratándose de los servicios públicos domiciliarios, la Constitución reconoce la existencia de un poder específico de autogestión en cabeza de las entidades prestatarias de aquéllos, que se ve reforzado mediante el régimen jurídico legal que aquélla autoriza expedir. En tal virtud, los órganos rectores de dichas entidades poseen la capacidad para expedir normas reglamentarias que regulan los aspectos antes mencionados, dirigidas a asegurar la organización, el funcionamiento y la prestación permanente, constante, regular, eficiente y con calidad del servicio.

Pero también es posible que el poder reglamentario, así delimitado, lo posean entidades u organismos externos a la empresa, como las comisiones de regulación, habilitadas para expedir normas generales reguladoras de las actividades de los sujetos prestadores de los servicios. Y nada se opone a que igualmente puedan expedir mandatos concretos, con los indicados propósitos.

Retomando la exposición del doctor Vidal Perdomo, en lo relativo a los problemas constitucionales que ha suscitado la creación de las comisiones de regulación, observe lo siguiente:

El expositor, luego de analizar la evolución histórica constitucional de la figura de intervención económica, invocando los diferentes cambios constitucionales contenidos en los actos legislativos de 1921, 1936, 1968 y 1991, considera acertadamente, que las funciones de las referidas comisiones se enmarcan dentro de la actividad de intervención del Estado.

En efecto, como recientemente lo expresó la Corte en la sentencia C-675 de 1998 al precisar los conceptos de regulación, intervención e inspección y vigilancia, la intervención estatal no obedece a paradigmas ni a criterios rígidos, pues ella envuelve diferentes formas de actuación estatal que comportamientos, limitaciones, controles, y regularización de las actividades económicas.

– Las competencias de regulación, asignadas por la ley a las referidas comisiones, sobre las entidades de naturaleza pública o privada prestadoras de dichos servicios, apuntan a la consecución de los siguientes objetivos esenciales:

– Estimular la libertad de competencia económica y, por consiguiente, prevenir y controlar el poder de monopolio de las empresas en las actividades de producción y comercialización de los servicios, con miras a asegurar una oferta permanente y suficiente de éstos a la comunidad y a evitar tratos discriminatorios y abusivos de los usuarios. Adicionalmente asegurar, bajo la fijación de estándares sobre la conveniente gestión financiera, técnica, administrativa, operativa y funcional de las empresas, la prestación permanente, continua, con calidad y eficiencia de los servicios públicos. Ello envuelve, naturalmente, la adopción de criterios o mecanismos para el establecimiento de las tarifas, como la determinación para cada bien o servicio de “las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo” (artículo 73.11 de la Ley 142 de 1993).

– Con la institución de las comisiones de regulación se buscó que la regulación de los servicios públicos se llevara a cabo por el Estado, a través de entidades con una estructura y organización administrativas singulares, distinta de los modelos o formas tradicionales, con relativa autonomía e independencia funcionales, con conocimiento y capacidad técnica, y neutrales desde el punto de vista político, que observando los principios de participación, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, hagan respetar en la gestión de los servicios públicos las reglas del mercado y al mismo tiempo los derechos de los usuarios.

– El problema de la asignación de funciones a las comisiones lo trata el expositor Vidal Perdomo, con respecto a los sistemas de delegación de funciones presidenciales y de la asignación de funciones administrativas, por vía legislativa.

Aun cuando critica la actual previsión constitucional de la delegación de funciones presidenciales, permitida antes únicamente en los niveles superiores y ahora no sólo en éstos, sino en los niveles inferiores de la administración, se muestra de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, en cuanto a que es posible asignar com-

petencias a las comisiones de regulación por dos vías: la delegación a que alude el artículo 370 de la Constitución y la asignación de funciones con fundamento en la ley.

En mi opinión, como lo ha expuesto la Corte en diferentes fallos, la Constitución de 1991, aun cuando conserva la fórmula del Estado unitario, avanzó en cuanto a la distribución del poder administrador y de otras funciones estatales, con base en el reconocimiento de la autonomía de ciertas entidades y organismos, y la atribución de facultades discrecionales al legislador para poner en marcha sistemas de descentralización, desconcentración y delegación de funciones.

Se libra por consiguiente, al principio democrático la posibilidad en cada caso de poner en operatividad, cualquiera de estos sistemas de administración, según lo demanden los intereses públicos o sociales y la necesidad de hacer operativos los principios orientadores de la función administrativa.

Si bien puede tener razón el expositor en decir que ha debido conservarse en cabeza del Presidente la facultad de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, en los términos del artículo 370 de la Constitución, no es inconstitucional ni representa un despropósito la delegación de las comisiones, más aun si se tiene en cuenta que siendo el Presidente el titular de la función puede recuperarla en cualquier momento.

Por lo demás, la necesidad de mantener la unidad de competencias en la materia atinente a la regulación de los servicios públicos domiciliarios, bien puede justificar la delegación de las aludidas facultades presidenciales en las comisiones, para que sean ejercidas junto con las atribuciones que a éstas les ha asignado directamente la ley.

– Es válida la apreciación del expositor en el sentido de que las competencias de nuestras comisiones reguladoras difieren de las que se han asignado a este tipo de organismos en Estados Unidos de Norteamérica, porque únicamente se les ha otorgado funciones administrativas y no legislativas ni jurisdiccionales. Sin embargo, como la Constitución prevé en el artículo 116 la asignación excepcional de función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, es posible que en un futuro puedan las comisiones tener este tipo de funciones, siempre que se garantice la autonomía, imparcialidad e independencia de los órganos a los cuales se atribuya dicha función.

– Con respecto a los interrogantes que formula el expositor sobre si está en juego un nuevo tipo de Estado, el Estado regulador, y sí, existe un nuevo concepto de servicio público, mi apreciación es la siguiente:

A medida que se reduce el tamaño del Estado, por vía de la privatización de muchos servicios, sin duda se abre paso la posibilidad de que se introduzcan nuevas fórmulas de gestión de dichos servicios, lo cual conllevará al nacimiento de nuevas

estructuras organizacionales y funcionales bajo un régimen esencialmente de derecho privado, lo cual conducirá a lo que algunos han llamado como la huida o evasión del derecho administrativo, y a la aplicación cada vez más creciente de un derecho privado administrativo. Pero no debe preocupar a los cultores de aquel, porque como contrapartida se amplificarán los poderes reguladores del Estado; en tal virtud, capítulo importante administrativo será lo relativo a la determinación de la naturaleza, extensión y alcances del poder regulador, y a las responsabilidades que de su ejercicio derivarán para el Estado y los sujetos regulados.

En el futuro nos espera por consiguiente, un reforzamiento de los poderes de regulación del Estado, que necesariamente enfrentará problemas cruciales, tales como:

¿Es posible que la regulación entre a prever y solucionar todas las exigencias que impone la libre competencia en el mercado a las empresas?

¿Cómo compatibilizar los intereses privados de las empresas, movidos por el afán de lucro, del máximo beneficio al menor costo, frente a las exigencias de los intereses públicos que demandan eficientes y mejores servicios públicos y a menores costos?. En otros términos, ¿será posible la limitación de las rentas o utilidades de las empresas en beneficio de los referidos intereses públicos?

¿Como estimular la colaboración de las empresas, para que acepten la regulación sin reticencias y pongan en práctica las medidas de regulación? o ¿será necesaria la imposición de medidas de coacción, las cuales hasta ahora son en extremo débiles?

¿Cómo evitar, que la regulación no se contamine por la política y que las empresas reguladoras no se apoderen e influyan en las decisiones de las comisiones de regulación?

¿Es posible que la regulación sea autoritaria o impuesta o pueda ser concertada con las empresas?

Podrían formularse muchos otros interrogantes. Sin embargo pienso que los anteriores son por ahora, suficientes como tema de reflexión de los asistentes a este seminario. □

Noviembre 24 de 1998