

**ACCION DE NULIDAD - Vigencia del acto impugnado / SUSTRACCION DE MATERIA - Acto administrativo. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

El análisis de constitucionalidad y legalidad del que se ocupará se limitará exclusivamente al ordinal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998 y no se extenderá a las eventuales modificaciones parciales que ésta haya tenido, toda vez que la demanda sólo se admitió respecto de este segmento normativo del acto administrativo acusado y -según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación- no es necesario indagar sobre la vigencia del acto impugnado, toda vez que tratándose de actos administrativos de carácter general no aplica la tesis de sustracción de materia. Nota de Relatoria: Ver Sentencias de 14 de enero de 1991 Proc. S - 157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta P, 23 de julio de 1996, Proc. S - 612, C.P. Juan Alberto Polo F y 19 de noviembre de 1996 Proc A-508, C.P. Juan Alberto Polo F.

**SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Intervención del Estado en el mercado / INTERVENCION DEL ESTADO EN EL MERCADO - Servicios públicos domiciliarios / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Regulación, inspección, vigilancia, control, subsidios**

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 de competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía. En efecto, la prestación de los servicios públicos no reviste el carácter de función pública. De hecho la forma como se asegura la prestación es a través de los instrumentos de intervención estatal en los servicios públicos, que no son otros, según lo pregonan el artículo 3º de la ley 142, que todas las funciones y atribuciones asignadas a las autoridades de que trata esta ley, en especial las relativas a las siguientes materias: i) la regulación; ii) la inspección, vigilancia y control; iii) el otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos; iv) la promoción y apoyo a las personas que presten los servicios públicos; v) la organización de sistemas de información; vi) la protección de los recursos naturales; vii) el estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos; viii) el respeto al principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios y ix) gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios; (art. 3º ley 142 de 1994). Nota de Relatoía: Ver Sentencia de 26 de enero de 2006, Radicación número: AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Actor: Corporación Colombia Transparente O.N.G., Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 2004, Radicación número: 5001-23-31-000-2003-00020-01, Actor: Jesús María Quevedo Díaz, Referencia: AP – 0020, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Auto de 17 de febrero de 2005, Expediente número: 27673, Radicación número: 500012331000200300277 01, Actor: Rodrigo Villamil Virgüez, Demandado: Nación - Ministerio de Comunicaciones y Otros, C. P. Alier E. Hernández Enríquez.  
FF: CONSTITUCION POLITICA ARTICULOS 150 NUMERAL 23 Y 365; LEY 142 DE 1994 ARTICULO 3

**INTERVENCION DEL ESTADO EN EL MERCADO - Regulación. Servicios públicos domiciliarios / REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Naturaleza jurídica / FUNCION REGULATORIA - Naturaleza jurídica / COMISIONES DE REGULACION - Naturaleza jurídica de sus actos**

Como ya se indicó el propio texto constitucional al permitir la participación de agentes económicos particulares, y bajo el entendido de que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (inciso primero del art. 365 citado), dejó en claro que “[e]n todo caso, el Estado mantendrá la regulación (...) de dichos servicios”. En armonía con este precepto, el artículo 370 C.N. atribuyó al Presidente de la República la competencia de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. En desarrollo de estos mandatos el artículo 68 de la ley 142 de 1994, luego de reproducir el contenido normativo del artículo 370 Constitucional, previó que dicha atribución regulatoria podría ser ejercida por las Comisiones de Regulación, si el Presidente de la República decide delegarlas, en los términos de esa ley, lo cual tuvo lugar efectivamente mediante el Decreto 1524 de 1994. De acuerdo con el marco constitucional y legal antes referido las Comisiones de Regulación ejercen sus atribuciones con sujeción a la ley, y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos, en tanto no tiene rango legislativo. En efecto, desde sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional dejó en claro que la función reguladora no ostentaba el rango de ley, como que “no existe traslado de competencias del legislador al Presidente”, sino que se trata de una atribución administrativa asignada por la Constitución al Presidente, que debe ejercerse con sujeción a la ley, y por lo mismo son pasibles del control en sede judicial. Por lo mismo, al estar supeditada a la legislación, la regulación no puede ser instrumento para “completar la ley”, ni para suplir los vacíos que ésta pueda presentar en caso de que legislador no se haya ocupado de un asunto, ni mucho menos para expedir actos que contravengan abiertamente sus mandatos. En otros términos, la regulación no forma proposición jurídica completa con la ley, ni es legislación secundaria, pues todo ello atenta contra la competencia legislativa asignada por antonomasia al Congreso de la República, como expresión del principio democrático que fundamenta nuestro Estado de Derecho. Nota de Relatoría: Ver de la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia 272 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero . En el mismo sentido Sentencia C 444 de 1998, MP Hernando Herrera Vergara; Sentencia C 066 de 1997. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1162 de 2000, MP José Gregorio Hernández Galindo

**COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS - Desbordamiento de funciones regulatorias / CREG - Desbordamiento de funciones regulatorias / EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO DE ELECTRICIDAD - Límite a la libertad económica / LIMITE A LA LIBERTAD ECONOMICA - Empresa prestadora del servicio de electricidad**

Al descender estas premisas legales al caso que se estudia y en orden a evaluar la medida que se consigna en la resolución atacada, esto es la restricción en la participación en la actividad de transmisión nacional en los procesos de selección allí regulados por vía general únicamente a las empresas constituidas como E.S.P. que tengan como objeto exclusivo la actividad de transmisión nacional en lo relacionado con el sector eléctrico, es preciso concluir el quebrantamiento del artículo 74 de la ley 143 dado que, teniendo como referencia el alcance constitucional de las atribuciones de las comisiones de regulación sectoriales de los servicios públicos domiciliarios, la Sala encuentra: i) Que, como ya se indicó,

la función regulatoria de conformidad con el artículo 370 Constitucional debe ejercerse con sujeción a la ley, como lo dispuso en la modulación del fallo de constitucionalidad con efectos de cosa juzgada absoluta la Corte Constitucional en la Sentencia C 1162 de 2000. En consecuencia, el segmento normativo atacado no es válido a la luz de la ley 143, en cuanto establece una restricción a las actividades de las empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de la ley 143; ii) Que, aunque la consideración de principio esgrimida es suficiente para expulsar del ordenamiento el literal a) del artículo 10 de la resolución atacada, es preciso añadir que la medida enjuiciada no es tampoco –como pretende la accionada- reproducción a nivel regulatorio de lo previsto por el parágrafo 3º del artículo 31 de la ley 143, puesto que dicha preceptiva como se expuso si bien señala una limitación a participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad alude exclusivamente a ISA y ahora a la empresa que la sustituyó en la administración del Centro Nacional de Despacho; iii) Que adicionalmente la resolución en el segmento normativo impugnado tampoco es desarrollo de lo dispuesto por el artículo 28 de la ley 143, que el demandado hizo ver como un precepto que limitaba los alcances del artículo 74 de la ley 143. En otros términos y, conforme a lo anotado, el texto normativo enjuiciado –interpretado como lo hace la CREG en su defensa- no sólo riñen con el marco legal que gobierna a la actividad de transmisión nacional del sector eléctrico, sino que simultáneamente entraña un desbordamiento de las atribuciones regulatorias de la CREG al no expedirse con sujeción a la ley tal y como señala el artículo 370 Constitucional y lo fijó con alcance de cosa juzgada absoluta la Corte Constitucional en Sentencia C 1162 de 2000, que es preciso expulsar del ordenamiento jurídico. Nota de Relatoría: Sentencia de constitucionalidad condicionada C 1162 de 2000

**ACCION DE NULIDAD - Modulación de efectos / NULIDAD CONDICIONADA - Ordinal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998 / RESOLUCION 051 DE 1998 ORDINAL A) DEL ARTICULO 10 DE LA CREG - Nulidad condicionada / MODULACION EFECTOS - Acción de nulidad**

La disposición regulatoria acusada permite dos interpretaciones: i) la expuesta por la CREG en su defensa en este proceso, que como se vio supone la contradicción con el marco legal expuesto y ii) una segunda conforme a la cual este precepto sólo puede aplicarse bajo el entendido que la exigencia contenida en el literal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998 no se predica de los transmisores constituidos con anterioridad a la expedición de la ley 143, en tanto frente a ellos se aplica lo dispuesto por el artículo 74 de la ley 143 de 1994. Esta situación impide que la decisión sea simplemente la de expulsar del ordenamiento jurídico el acto administrativo atacado cuando una interpretación del mismo se ajusta a las normas superiores, circunstancia que impone mantener en el ordenamiento jurídico el segmento normativo de la resolución acusada, pero condicionado a que sólo es válida la segunda de las interpretaciones expuestas. Esta técnica permite al juez contencioso a la vez garantizar la supremacía de las normativas superiores sobre el acto administrativo objeto del contencioso objetivo, al no retirar del ordenamiento una disposición administrativa que admite una lectura conforme a las normas superiores, pero simultáneamente respetando la supremacía de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias, sin que en modo alguno se extralimiten los poderes del juez administrativo conforme a lo prescrito por el artículo 84 del CCA. La determinación que se adopta en modo alguno es arbitraria, sino que –contrario sensu- es la consecuencia lógica del rol del juez administrativo como guardián de la legalidad administrativa en la medida en que -como advierte Merlk- la justicia administrativa en su génesis fue concebida como un instrumento eficaz de fiscalización a la administración e

instituida para garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general. La sentencia interpretativa que se adoptará en función del contenido del acto acusado se limitará a modular sus efectos y en lugar de retirar del ordenamiento jurídico la preceptiva administrativa demandada o de mantenerla a pesar de las observaciones de legalidad señaladas, se proferirá un pronunciamiento que alterará parcialmente su contenido y supone, de paso, que se expulsa del ordenamiento cualquier otra interpretación que admita la norma acusada, incluida –por supuesto- la esgrimida por la CREG a lo largo de este proceso. La decisión desde el punto de vista de su contenido que adoptará la Sala es del tipo de condicionadas que suele emplearse de antaño en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes y que recientemente comenzó a aplicarse respecto de actos administrativos en Francia. En tal virtud, la Sala acoge parcialmente el concepto de la Procuraduría Novena Delegada ante esta Corporación y, en consecuencia, declarará ajustado a derecho el segmento normativo del acto acusado, bajo el entendido que el mismo respeta lo dispuesto por el artículo 74 de la ley 143.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil siete (2007)

**Radicación número: 11001-03-26-000-1998-05354-01(16257)**

**Actor: EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA S.A. E.S.P.**

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA- CREG**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD**

Decide la Sala en única instancia la demanda que, en ejercicio de la acción pública de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A., interpuso la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. contra el ordinal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998, proferida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG.

#### 1. Antecedentes

El presente proceso se originó en la demanda presentada, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 29 de octubre de 1998 por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., en contra de la CREG, quien actuando mediante

apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones:

“1. La nulidad del literal a del artículo 10 de la Resolución número CREG 051 de 1998 expedida por la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas-CREG, mediante la cual determina que sólo aquellas empresas constituidas como E.S.P. que se dedican a la actividad de TRANSMISIÓN, pueden participar en los procesos de selección.

“2. Ejecutoriada la sentencia se ponga fin a la presente acción, se comunique a la autoridad administrativa que profirió el acto, para los efectos legales pertinentes.”

## 2. Normas demandadas

Se transcribe a continuación el texto del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 14 de abril de 1998 y al efecto la Sala subraya el segmento acusado:

“Resolución No. 51<sup>1</sup>  
(abril 14 de 1998)

“Por la cual se aprueban los principios generales y los procedimientos para definir el plan de expansión de referencia del Sistema de Transmisión Nacional y se establece la metodología para determinar el Ingreso Regulado por concepto del Uso de este Sistema.

“LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

“en ejercicio de las atribuciones legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, y los decretos 1524 y 2253 de 1994.

“ (...)

“Artículo 10o. En ejercicio de las facultades legales de la CREG y como mecanismo para prevenir el abuso de posición dominante de las empresas, y para evitar la concentración de la propiedad accionaria de las mismas, establece las siguientes reglas para la participación en la actividad de transmisión nacional que se determina en la presente Resolución:

a. Las empresas constituidas como E.S.P. que deseen participar en los Procesos de Selección aquí regulados, deberán tener como objeto exclusivo la actividad de Transmisión Nacional en lo relacionado con el sector eléctrico. Así mismo, un proponente que sin ser E.S.P se gane la convocatoria, deberá constituirse como tal, con objeto exclusivo

<sup>1</sup> Modificada y “autocontenida” (sic) Resolución CREG 004 de 1999, Modificada Resolución CREG 099 de 1998, Resolución CREG 128 de 1998, sobre el mismo tema ver: Resolución CREG 218-97, Resolución CREG 057-98, Resolución CREG 112-98, Resolución-CREG026-99, Resolución CREG 045-99, Resolución CREG 057-99, Resolución CREG 019-00, Resolución CREG 022-01, según [www.creg.gov.co](http://www.creg.gov.co)

en Transmisión Nacional en lo relacionado con el sector eléctrico.

b. Con excepción de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., ninguna empresa o beneficiario real podrá tener una participación superior al 25% del total del STN, para lo cual se tendrá en cuenta el porcentaje de participación de sus activos, valorados a "Costos Unitarios" a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

c. No podrán tener vinculación económica entre sí, los proponentes que participen en un mismo Proceso de Selección.

Para estos efectos se aplicarán los conceptos de grupo empresarial, matriz y subordinada contenidos en el Código de Comercio. En este sentido, se entenderá que existe vinculación económica cuando se supere el 25% del capital accionario o cuando se tenga el control de la empresa. La CREG utilizará el concepto de beneficiario real del que habla el Artículo 37 de la Ley 142 de 1994, y la normatividad que pueda aplicarse para el efecto.

La CREG podrá pronunciarse sobre aquellas transacciones que impliquen el traspaso de control o de propiedad, que afecten de alguna manera lo dispuesto en el presente Artículo, lo cual será tenido en cuenta por el Ministerio de Minas y Energía o la entidad que este delegue para realizar el respectivo Proceso de Selección. La CREG buscará en todo momento que los Procesos de Selección se realicen con la mayor transparencia posible mediante el cumplimiento del presente Artículo. Para estos efectos podrá solicitar la información que estime conveniente.

Parágrafo 1o. Lo dispuesto en este Artículo no implica impedimento alguno para que la CREG ejerza sus facultades legales para impedir los abusos de posición dominante, la regulación de la posición dominante de hecho, o la promoción de la competencia.

Parágrafo 2o. ISA podrá tener vinculación económica en otras empresas de transmisión, pero éstas no podrán presentar propuestas en aquellos Procesos de Selección en los que participe ISA. Así mismo, no se aplicará el concepto de matriz ni de beneficiario real a la Nación.

Parágrafo 3o. La CREG solicitará a las empresas del sector toda la información que requiera para determinar la posición de una empresa o persona dentro del mercado." (copia auténtica fls. 10 a 30 c. ppal.)

### 3. Los hechos

Expuso el actor que, en cumplimiento de la ley 142, la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., de ser un establecimiento público pasó a ser una empresa industrial y comercial del orden Distrital, la cual -previa autorización del Concejo de Bogotá según Acuerdo 01 de 1996- mediante escritura pública No. 0610 de 1996 se transformó en una sociedad por acciones que tiene como objeto principal,

entre otros, la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía, regida exclusivamente por el derecho privado de acuerdo con el artículo 32 de la ley 142.

Agregó que la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG está organizada como Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Minas, su objetivo básico es asegurar una adecuada prestación del servicio, para lo cual promueve la competencia y sus funciones están previstas en el artículo 23 de la ley 143.

Añadió que, mediante la resolución impugnada, la CREG limitó la participación en los procesos de selección solo a quienes se dediquen a la actividad de transmisión, lo cual a su juicio *“desborda el ámbito jurídico de sus atribuciones y facultades (...)”*.

#### 4. Normas violadas y concepto de la violación

Consideró el actor que la entidad accionada violó los artículos 58, 333 y 334 de la Constitución Nacional, los artículos 74 y 83 de la ley 143.

Como único cargo indicó que *“un acto administrativo como es una resolución, no puede entrar a atacar, modificar, reglamentar o derogar y atropellar el ámbito jurídico de leyes (...) la norma acusada además de que altera la pirámide jurídica kelseniana, viola en forma directa y expresa la Constitución”* al desconocer derechos adquiridos a la creación de la empresa de energía, al desconocer el ámbito legal, en tanto la CREG puede expedir resoluciones pero *“siempre preservando el ordenamiento constitucional”*.

Estimó que cuando el acto acusado interviene en los estatutos de una empresa *“ordenando limitar su objeto para que pueda participar en procesos de selección, interfiere en su organización y en su finalidad, violando así el artículo 333 de la C.P.”*, lo cual además implica desconocer derechos adquiridos de una empresa que se rige por el derecho privado. Al efecto cita una providencia de la Corte Constitucional que fijó el alcance de la libertad de empresa.

Esgrimió que el artículo 74 de la ley 143 determina que las empresas que se constituyan con posterioridad a dicha ley sólo podrán desarrollar una actividad

relacionada con el servicio público de electricidad, precepto que a su juicio no cobija a la entidad demandante, afirmación que respalda en citas doctrinales.

Para concluir observó que *“la limitación de que trata este artículo , se refiere única y exclusivamente a las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de dicha ley. De tal suerte que si la CREG mediante una resolución coharta (sic) la libertad de participar a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. Empresa de Servicios Públicos (E.S.P.) en un proceso de selección, vulnera flagrantemente la Constitución y la ley”*.

#### 5. Admisión de la demanda y suspensión provisional

5.1 La Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante proveído de 12 de noviembre de 1998, resolvió remitir el expediente a esta Corporación por cuanto se trata de una demanda de simple nulidad contra un acto de carácter nacional y la competencia para conocer del asunto es privativa del Consejo de Estado, conforme lo dispuesto por el artículo 128 del C.C.A.

5.2 Mediante auto de 11 de febrero de 1999, la Sección Primera del Consejo de Estado resolvió enviar el expediente por competencia a la Sección Tercera *“como quiera que el acto acusado versa sobre asuntos contractuales”*.

5.3 Por auto de 8 de abril de 1999 la Sección Tercera con Ponencia del Consejero Dr. Daniel Suárez Hernández admitió la demanda formulada contra el ordinal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

La Sala negó la solicitud de suspensión provisional al encontrar que con la simple confrontación del precepto acusado y las normas superiores invocadas no resultaba evidente una ostensible violación de la norma legal por parte del acto enjuiciado.

El Consejero Dr. Ricardo Hoyos Duque salvó el voto pues en su criterio el acto acusado al exigir que las empresas de servicios públicos interesadas en participar en los procesos de selección que regula tengan como objeto exclusivo la transmisión nacional, desconoce el artículo 74 de la ley 143 conforme al cual las



empresas constituidas con anterioridad pueden tener objeto múltiple “y excluye sin justificación alguna a las empresas constituidas con anterioridad a dicha ley de los procesos licitatorios, con lo cual además se vulnera el derecho a la libre competencia que orienta el procedimiento de contratación estatal (art. 13 Constitución Política)”

#### 6. Contestación de la demanda

La entidad accionada señaló que según el párrafo del artículo 8º de la ley 143 el régimen de contratación aplicable a las empresas públicas que presten el servicio de electricidad en ningún momento se opone a la forma y contenido de la resolución acusada.

Luego de exponer el régimen constitucional de los servicios públicos sostuvo que el legislador determinó que las funciones de regulación serían desarrolladas por agencias del Estado a las que denominó Comisiones de Regulación y que también determinó la estructura a través de la cual se presta el servicio de energía eléctrica desagregándolo por actividades (generación, transmisión, distribución y comercialización), disgregación que supuso “el reconocimiento que legislador hacía de las diferentes etapas que componen el servicio público de energía eléctrica, y al mismo tiempo, de las diferencias sustanciales que existían entre ellas, facultando al Estado, para que a través de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, determinará (sic) los regímenes tarifarios que consultaran la realidad de la actividad”.

Advirtió, por otro lado, que el legislador respetó los derechos que hasta el momento tenían las empresas que participaban en la actividad de transmisión nacional otorgándoles, en el artículo 28 de la ley 143, un trato diferente a aquel que se le dio a ISA, la cual fue escindida en la misma ley, separándole las funciones de transmisión, de aquellas de generación y comercialización.

Adujo que en los párrafos 3º y 5º del artículo 32 de la ley 143 se “determinó que las empresas que se encargaran de la transmisión nacional no podrían participar en las actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad (que de acuerdo con el accionante fue una creación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas) y finalmente determinó que sería la Comisión de Regulación de Energía y Gas la encargada de decir que (sic) persona ejecutaría las expansiones

*del Sistema de Interconexión Nacional, el cual se encuentra definido en la misma ley 143 de 1994”.*

Apuntó que el artículo 74 de la ley 143 determinó la estructura de la industria que participaba en la prestación del servicio impidiendo que el transmisor participara en alguna actividad distinta de la propia.

Transcribió los ordinales a), b), i), k) y r) del artículo 23 de la ley 143 que establecen funciones a las CREG, complementados por los numerales 73.5, 73.13, 73.14, 73.16, 73.20, 73.21, 73.22 y 73.25 del artículo 73 de la ley 142 relativo a las atribuciones generales de la Comisiones de Regulación y por el ordinal a) del numeral 74.1 del artículo 74 que asigna las funciones especiales de la CREG. Al hacerlo subrayó este último precepto según el cual *“la comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”.*

Manifestó que la racionalidad del legislador de desintegrar las actividades que componen el servicio público de energía eléctrica no es casual, ya que es una actividad compleja que reúne actividades completamente independientes y tiene características propias, donde *“la actividad de generación es altamente competitiva (...) [e]stos generadores se encuentran todos conectados a la red de transmisión, que se encarga de transportar la energía, conservando la calidad del sistema. El transmisor sin embargo puede decidir no transportar la energía que un determinado generador disponga, por imposibilidades de carácter técnico, y decidir despachar otro generador, por las mismas razones; es decir, el transmisor tiene el poder de decisión frente a la energía que se transporta. Este poder en la medida en que solamente tenga consideraciones de carácter técnico, no implica peligro, y puede ser asumido por las reglas que para el efecto determine la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Sin embargo, cuando el transmisor tiene interés económico en algún generador, puede afectar su decisión prefiriendo un generador a otro, y beneficiando sus propios intereses. Esto es posible porque la transmisión es un monopolio y en esa medida el generador perjudicado no tiene alternativa alguna. De la misma manera, el transmisor puede decidir a que (sic) distribuidor le suprime la energía, y al igual que en la generación, este juicio de valor puede afectar de manera grave a un distribuidor por encima de otro, perjudicando de esta manera a los consumidores. Sin embargo, lo verdaderamente importante de la estructura adoptada por el legislador, al evitar*

*que el transmisor participe en las actividades de generación, distribución o comercialización, es el hecho que el transmisor independiente (sic), garantiza que los beneficios que se presenten por la competencia en precios y en cantidades en la actividad de generación, sean transferidos a los consumidores finales y no sean apropiados por el transmisor nacional”.*

Arguyó que fue el legislador quien determinó que las empresas que tuvieran activos en la red de transmisión nacional, podían conservarlos; que igualmente el legislador determinó la estructura desintegrada de la industria, como un mecanismo para facilitar la competencia entre los agentes en el mercado; que asimismo fue el legislador el que determinó que el transmisor nacional no podía participar en actividades de generación, comercialización o distribución y que el legislador facultó a la CREG *“para que introdujera (sic) a través de la regulación, los mecanismos necesarios para garantizar un mercado transparente”.*

A su juicio, para la regulación era claro que el legislador concebía a la actividad de transmisión como independiente de las demás, pasiva desde el punto de vista de la consecución de mercados y -ante todo- como el elemento fundamental para lograr que los beneficios del mercado de generación por la competencia misma que se presentaba entre los agentes, se transfiriera a los consumidores finales, asegurando así la prestación del servicio público de manera eficiente.

A continuación reseñó el marco regulatorio de la actividad de transmisión de la energía eléctrica y al efecto explicó el régimen de libertad regulada en materia tarifaria bajo la modalidad de “regulación de ingreso” (*renew cap*) conforme al artículo 28 de la ley 143 de 1994; *“la pregunta que se planteó la Comisión de Regulación de Energía y Gas era, cual (sic) debía ser el tratamiento que debía dársele a las expansiones del Sistema Interconectado Nacional, es decir, aquellas nuevas obras que se requerían para prestar el servicio adecuadamente, dado que a lo largo del tiempo existen (sic) generadores nuevos que se conectan a la red, y nuevos usuarios. Esta pregunta era especialmente válida ya que implicaba la construcción de nuevos equipos, y por tanto no se contemplaba dentro de los supuestos de hecho del artículo 28 de la ley 142 (...) [o]tra de las preocupaciones del regulador, era el hecho que daba la metodología de regulación del ingreso, que implicaba que todos los usuarios pagaban por las expansiones del sistema, era imperativo buscar, de acuerdo con los mandatos legales, un mecanismo que garantiza (sic) la expansión de mínimo costo (...) En esta resolución [CREG 051*

*de 1998], el regulador intenta solucionar las dos situaciones antes planteadas(...) ideó un esquema de competencia por el mercado (...) que garantiza la expansión de mínimo costo, en cumplimiento del mandato legal, en la medida que el proceso de convocatoria beneficia a aquella persona que ofrezca realizar el proyecto por un menor ingreso. Como quiera que estas expansiones eran nuevas y buscaban beneficiar a los usuarios en su mayoría y no violaban derecho alguno, se determinó que el transmisor no podía participar en las actividades de generación, distribución y comercialización”.*

Observó que el artículo 58 Constitucional no protege las meras expectativas como son las aducidas por el actor; al efecto invocó definiciones jurisprudenciales sobre los derechos adquiridos, para concluir que el derecho adquirido de las empresas creadas con anterioridad a la ley 143 de 1994, va hasta el monto y la cantidad de los activos que posean dentro del sistema, pero no sobre los futuros, ya que sobre estos la ley previó un régimen especial y sin que en ningún momento la CREG violara el derecho de propiedad, toda vez que la regla atacada atañe única y exclusivamente a las expansiones del sistema, es decir, son inversiones futuras que no están dentro del patrimonio.

Frente a la violación del artículo 333 Constitucional razonó que la libre competencia no es un derecho absoluto y debe enmarcarse dentro del marco de la ley: *“[e]l bien común que determinó el legislador al desintegrar la industria, determinó que las empresas debían ejercer sus objetos sociales, dentro de un marco que garantizara la transparencia, la igualdad y la sana competencia. Cuando un transmisor de energía tiene intereses en otros negocios, como se explicó, afecta de manera grave estos principios, e implica que ese agente tenga una posición de ventaja sobre los demás (...) Si la Comisión de Regulación hubiera permitido la participación de agentes con objeto múltiple en los procesos de expansión, implicaría aumentar la posición dominante que tienen las empresas creadas con anterioridad a la ley 142 de 1994 de objeto múltiple, frente aquellas (sic) que están sujetas a las reglas del mercado”.*

Respecto a la infracción del artículo 334 Superior precisó que la Resolución *“se limita a desarrollarlas [las leyes 142 y 143] de manera coherente con el esquema y dentro del marco legal”.*

En cuanto a la violación de los artículos 74 y 83 de la ley 143 esgrimió que *“las leyes deben ser interpretadas de manera armónica, buscando que el objetivo del legislador se logre de manera efectiva”,* de modo que *“podría decirse que la ley 143 contempla dos tipos de normas, que regulan dos situaciones distintas; de un lado el artículo 28 de la ley, el cual regula las empresas que se crean con anterioridad a la ley misma, y a las cuales de manera expresa y clara, les señala que ‘mantendrán las propiedad de los mismos pero deberán operarlos con sujeción al Reglamento de Operación y a los acuerdos adoptados por el Consejo Nacional de Operación’. De otro lado, en el artículo (sic) 28 y 74 se regula a las empresas que se dedican a las actividades de transmisión, a partir de la vigencia de la ley misma. De manera que la violación de la norma no existe, ya que la Comisión de Regulación de Energía y Gas no dijo que no podía seguir ejerciendo la actividad de transmisión con los activos que posee, lo que dijo es que si quería participar en situaciones que se consolidan con posterioridad a la vigencia de la ley, debía sujetarse en condiciones de igualdad, a las reglas del mercado, creadas para garantizar la libre competencia y la prestación eficiente del servicio.”*

Para concluir explicó la situación particular de la ESP demandante, en cuanto a sus activos de generación y distribución, así como en punto de su proceso de transformación, para concluir que cuando entró en vigencia la resolución atacada, solamente ejercía la actividad de transmisión *“de manera que no puede predicarse violación a norma alguna”*.

## 7. Alegatos para fallo

Por auto de 28 de enero de 2000 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

7.1 La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregó que el STN es el sistema interconectado de transmisión de energía eléctrica compuesto por el conjunto de líneas, con sus correspondientes módulos de conexión, que operan a tensiones iguales o superiores a 220 kilovoltios, vale decir, es la red de interconexión (transmisión) de todo el país a través de la cual se realiza la actividad de transmisión de electricidad, esto es, el transporte de electricidad a tensiones superiores a 220 kV.

Alegó que los principios y procedimientos de la Resolución CREG 051 de 1998 sólo se aplican a la expansión futura de la red de interconexión y no a la existente, al punto que estableció dos metodologías de remuneración de los activos de transmisión, una aplicable a la red existente y otra a las redes futuras resultantes del Plan de Expansión, que elabora la Unidad de Planeación Minero Energética-UPME y define el Ministerio de Minas y Energía-MME. Al efecto, comentó el marco normativo relativo a la expansión de la red de interconexión-STN (arts. 14.3 y 14.12 de la ley 142, arts. 16 y 18), a la responsabilidad del inversionista por los proyectos acometidos (art. 85 de la ley 143) y al principio de libertad de entrada de las actividades del sector eléctrico (art. 7 de la ley 143 y 10 y 22 de la ley 142) el cual implica que el contrato de concesión en estas actividades es excepcional (art. 56 ley 143).

Aseveró que según el artículo 73 de la ley 142 y los artículos 20 y 23 de la ley 143 compete a la CREG promover y preservar la competencia y por ello creó un mecanismo que busca garantizar el cumplimiento de los objetivos que le corresponde cumplir en relación con la regulación en el sector energético, como los criterios definidos por la ley para la expansión de las redes de interconexión, previsto en el artículo 4º de la Resolución CREG 051 de 1998, modificado por el artículo 4º de la Resolución CREG 004 de 1999.

Precisó que la resolución acusada estableció un mecanismo de promoción de la competencia en materia de expansión de la red de interconexión, *“de hecho sí es posible que dos o más agentes compitan en el proceso para seleccionar el ejecutor único de un proyecto de expansión de las redes, se trata de un mecanismo de competencia por la entrada como agente en el Sistema de Transmisión Nacional, mediante el cual, una vez seleccionado el inversionista, el servicio que presta se constituye en monopolio natural. Con este mecanismo y ante la imposibilidad de establecer competencia ex post, se fomenta la competencia ex ante.”*

A continuación analizó la naturaleza de la actividad de transmisión de electricidad y su influencia dentro de la cadena de actividades involucradas en la prestación del servicio de electricidad al usuario final. Al efecto subrayó que *“ [a] partir de la vigencia de la ley 143 de 1994, la única actividad complementaria es la de comercialización, la cual se puede ejercer conjuntamente con la actividad de generación o de distribución, pero no conjuntamente con la actividad de*

*transmisión*”, actividad de transmisión que le corresponde regular a la CREG de conformidad con el ordinal a) del numeral 74.1 del artículo 74 de la ley 142.

Reiteró que el objeto fundamental de la transmisión es permitir el intercambio comercial de la electricidad que se produce en el país, como actividad necesaria para transportar la energía desde los centros de producción hasta los centros de consumo. Los intercambios comerciales de electricidad se dan a través del Mercado Mayorista, que es el mercado donde todos aquellos que producen la energía del país (generadores) tienen la posibilidad de venderla a los agentes que suministran la electricidad a los usuarios finales del servicio (comercializadores), mercado en el cual única y exclusivamente pueden participar los generadores y comercializadores, según el artículo 11 de la ley 143. Pero para que tales intercambios comerciales puedan hacerse efectivos se requiere que exista una Red de Transmisión Nacional operada en condiciones eficientes por lo que se requiere *“que la actividad de transmisión no tenga ingerencia alguna en las decisiones sobre intercambio de bienes, pues de lo contrario podrían darse prácticas restrictivas de la competencia que impedirían el funcionamiento y desarrollo del mercado.”*

Luego refirió el régimen jurídico especial de la transmisión de electricidad, a partir de una exposición de las reglas aplicables al sistema de intercambio comercial de electricidad. Destacó que de conformidad con el ordinal i) del artículo 23 de la ley 143 y el literal c) del numeral 74.1 del artículo 74 de la ley 142, compete a la CREG expedir las reglas de funcionamiento del mercado mayorista de energía contenidas en el Reglamento de Operación (Resolución CREG 024 de 1995). Agregó que a través del Centro Nacional de Despacho se previó la planeación y operación centralizada de todos los recursos del Sistema Interconectado Nacional, incluida la red de interconexión nacional, con sujeción al Reglamento de Operación, donde el transportador asume un papel pasivo ya que no es un agente del mercado, pero el manejo de sus activos incide de manera directa en el comportamiento del mercado.

Mercado Mayorista que se rige por los principios económicos de oferta y demanda y que por ello pueden llegar a diseñar en perjuicio de los consumidores o de sus competidores estrategias que le permitan extraer toda la renta deseada o restringir la competencia, si no existen mecanismos adecuados que controlen tales propósitos, es el caso de las “integraciones societarias”.

En el caso de la actividad de transmisión en el sector eléctrico colombiano “dentro de las posibles consecuencias de permitir que la integración vertical autorizada por la ley para las empresas constituidas con anterioridad a su vigencia, se consolide” enunció las siguientes: obstrucción injustificada al libre acceso y competencia en la actividad de generación “en cuanto la empresa transportadora podría discriminar el acceso o la conexión de una planta y/o unidad de generación perteneciente a un generador distinto al integrado verticalmente”; obstrucción injustificada al libre acceso y competencia en la actividad de comercialización “en cuanto la empresa transportadora podría discriminar el acceso o la conexión de una demanda (carga) atendida por un comercializador distinto al integrado verticalmente, permitiendo de una manera más fácil o en mejores condiciones físicas y/o económicas el acceso de éste”; extracción de mayores rentas por parte de los generadores al usuario final por restricciones creadas en líneas de transmisión, que impidan el transporte de determinada electricidad más económica y que permitan a un generador integrado verticalmente con un transportador suministrar energía a precios más altos; la aplicación por parte del transportador de medidas a los distribuidores o comercializadores morosos que “eventualmente podría aplicar de manera discriminatoria cuando esté integrado con otros”; el transportador es el único de toda la cadena del servicio al que la regulación le garantiza unos ingresos bajo la metodología de Ingreso Regulado, de modo que al consolidar la integración vertical entre las demás actividades con la transmisión “puede existir la tendencia a hacer transferencia de los costos conjuntos de producción desde las actividades competitivas hacia las monopólicas, es decir, desde generación y comercialización hacia la transmisión, afectando de manera importante al usuario final”.

Resaltó que la ley “interpretada de manera integral” busca dos objetivos: que la actividad de transmisión se conciba como actividad independiente, pues no de otra forma debe entenderse la escisión de Interconexión Eléctrica S.A. en dos empresas: una con objeto social de generación y otra con objeto social exclusivo de transmisión y en segundo lugar, como excepción, respetó la titularidad sobre activos de otras empresas con participación minoritaria en el STN. Según el párrafo 3º del artículo 32 de la ley 143 la empresa encargada del servicio de interconexión nacional no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad, y como legalmente no existe norma jurídica que encargue única y exclusivamente a una empresa el servicio de



transmisión, no puede entenderse que se *“se aplique de manera especial y particular a una determinada empresa”* además no podría entenderse que la ley aplique en condiciones de desigualdad, *“esto es, que unas empresas que se encargan del servicio de interconexión nacional, no puedan participar en actividades de generación, comercialización y distribución, y que otras sí lo puedan hacer, pues tal interpretación llevaría a violar el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política y el principio de libre competencia (...) [c]omo se observa fue la propia ley la que estableció que las empresas que realicen la actividad de transmisión deben tener objeto exclusivo en relación con el sector eléctrico”*.

Subrayó que conforme a la Constitución el Estado, por mandato de la ley, evitará y controlará cualquier abuso que empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, por lo que la intervención no debe hacerla directamente la ley, sino que basta que la ley mande u ordene su intervención, con esta perspectiva se expidió el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios y al efecto lo reseña.

Sobre el análisis de los conceptos de violación de normas superiores, reiteró lo expresado en la contestación de la demanda y agregó que el actor no concreta el concepto de violación en relación con los artículos 334 Constitucional y 83 de la ley 143 y que la resolución no ordena *“a las empresas existentes modificar su objeto social para que puedan participar en los procesos de selección”*, pues ello depende de una decisión autónoma de la empresa que así lo haga y además la participación en los mencionados procesos no es obligatoria para todas las empresas que venían realizando la actividad de transmisión.

7.2 La parte actora a más de ratificar lo expresado en el escrito de demanda, indicó que las Resoluciones CREG 01 de 1994, 054 de 1994 y 055 de 1994 desarrollan lo establecido en el artículo 74 de la ley 143 y con ellas la CREG *“acepta que las empresas prestadoras de servicios públicos constituidas con posterioridad a la expedición de la ley 142 (sic) de 1994, son las únicas que tienen restricción para participar en varias actividades del sector eléctrico”*.

Invocó en adición lo dispuesto por el artículo 85 de la ley 143 sobre la autonomía empresarial en decisión de inversión; el artículo 18 de la ley 142 que facultó a las ESP a participar como socias en otras ESP; el artículo 22 de la ley 142 sobre

libertad de entrada; el numeral 14.13 del artículo 14 que contiene la definición de posición dominante y el artículo 2º de la ley 142.

Dijo que el acto atacado *“está presumiendo la mala (sic) de los transmisores al suponer que el participar en otras actividades conlleva necesariamente que tome decisiones que configurarían abuso de la posición dominante, lo cual no es cierto, ya que esto se evita a través de una regulación eficaz”* y añadió que de los 12 transportadores que existen en la actualidad, 8 de ellos ejercen otras actividades en el sector.

Argumentó que la norma acusada además niega *“la posibilidad de economías de escala, que pueden darse con empresas que desarrollen otras actividades en el sector, lo cual mejoraría la eficiencia en los costos de la actividad de transmisión nacional”*, impide que los agentes del mercado reinviertan sus utilidades en el mismo sector como mecanismo de crecimiento de sus empresas y limita la competencia al reducir el número de agentes que pueden participar en los planes de expansión y *“lo que es más grave aún se estaría atentando contra el interés general ya que estos planes están direccionados especialmente a sectores rurales, deprimidos, pobres y geográficamente apartados”*.

#### 8. Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría Novena Delegada ante esta Corporación estimó que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar y en consecuencia se debe declarar la nulidad de la disposición acusada.

Consideró que de conformidad con el artículo 333 Constitucional sólo al legislador le corresponde establecer limitaciones a la libertad económica, según se desprende de lo discutido en la Asamblea Nacional Constituyente.

En su sentir el acto administrativo impugnado impide la participación en los procesos de selección relativos al plan de expansión de referencia del STN a aquellas empresas que tengan dentro de su objeto otras actividades distintas a la de transmisión, lo que rebasa las facultades legales de la Comisión de Regulación. Subrayó que la Constitución señala que la regulación como atribución presidencial se ejerce con sujeción a la ley.

Del análisis conjunto de los artículos 7, 3º literal a), 20 y 23 literales a y b de la ley 143 se aprecia que el legislador ha mostrado constantemente interés por preservar la libre competencia en la prestación del servicio público de electricidad. Destacó que el párrafo del artículo 7º dispuso una limitación al ejercicio de las actividades del servicio de energía, al restringir la actividad de comercialización sólo a aquellos agentes económicos que desarrollen algunas de las operaciones de generación o distribución o por agentes independientes, sin que aparezca en el articulado de la ley eléctrica una norma similar referente a las demás actividades del servicio.

Indagó las razones que tuvo la CREG para dejar por fuera de los procesos de selección para el plan de expansión de referencia del STN a aquellas empresas que no tuvieran como objeto exclusivo la transmisión a partir de lo expuesto en la contestación de la demanda. Al efecto señaló que el artículo 32 de la ley invocado por la CREG, que reprodujo lo dispuesto por el artículo 167 de la ley 142 se refiere a la escisión de Interconexión Eléctrica S.A. y los dos párrafos de dicha norma hacen relación a las dos normas resultantes de dicha operación de división de funciones, encargadas una de las actividades de interconexión y la otra de las actividades de generación: *“[l]iteralidad de la cual se colige que la limitación expresa para desarrollar actividades de generación, comercialización y distribución, se refiere a Interconexión Eléctrica S.A., que luego de la reforma de su objeto social, será la empresa encargada del servicio de interconexión nacional, sin que dicha restricción pueda aplicarse por extensión, como pretende hacerlo la demandada, a otras empresas diferentes”.*

Esta norma tampoco le dio facultad a la Comisión de Regulación para determinar autónomamente qué persona ejecutaría las expansiones del Sistema, como lo afirma la contestación de la demanda, por cuanto lo que allí se estipuló fue la resolución de un conflicto de competencias entre la red nacional de interconexión y las redes regionales de transmisión, cuando se conjuguen características de una y otra en las líneas a través de las cuales se vaya a hacer la expansión de la Red Nacional de Interconexión, según se desprende del tenor literal de la norma del párrafo 5º del artículo 32 de la ley 143. De suerte que *“el contenido del artículo 32 de la ley 143 de 1994 y sus párrafos, no puede ser alegado como el fundamento legal de la disposición acusada”.*

Frente al argumento según el cual con la medida acusada se tiende a evitar que las empresas que desarrollan más de una actividad del servicio de electricidad se beneficien de la actividad, indicó que el artículo 43 de la ley 143, expresamente prescribió las conductas que se consideran violatorias de las normas de competencia y que constituyen abuso de posición dominante en el mercado y las sanciones que se pueden imponer.

Sostuvo que si se trataba de evitar que los transmisores, por cualquier razón, impidieran el acceso a otros agentes a las redes de su propiedad, la misma ley 143 en su artículo 30 dispuso que independientemente de quién sea el propietario de las redes –generador, transmisor, distribuidor- y de que desarrolle una o más actividades del servicio de electricidad, no está en posibilidad legal de negar el acceso a dichas redes.

Destacó que precisamente la Resolución CREG 051 de 1998 acusada prevé que para acceder a la adjudicación de los planes de expansión del STN, lo primordial es que el ofrecimiento sea el más económico en términos reales y el de mejores condiciones técnicas, situación que no se desvirtúa porque en tales procesos participen empresas que desarrollen varias de las actividades del servicio público de electricidad.

Al concluir planteó que resulta evidente que se excluyeron a las empresas que no tuvieran objeto exclusivo de transmisión, yendo más allá de lo dispuesto por el artículo 74 de la ley 143, norma que está dando pautas para una liberación gradual del mercado sin que signifique recortar las posibilidades de acceso a esas actividades a empresas ya existentes, respecto de las cuales la ley no ordenó su escisión ni prohibió el ejercicio de alguna actividad, salvo lo analizado respecto de la comercialización.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El análisis de constitucionalidad y legalidad del que se ocupará se limitará exclusivamente al ordinal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998 y no se extenderá a las eventuales modificaciones parciales que ésta haya tenido, toda vez que la demanda sólo se admitió respecto de este segmento normativo

del acto administrativo acusado y -según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación- no es necesario indagar sobre la vigencia del acto impugnado, toda vez que tratándose de actos administrativos de carácter general no aplica la tesis de sustracción de materia.<sup>2</sup>

Como el problema jurídico que plantea la demanda se contrae a determinar si el literal acusado del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998 vulnera el marco constitucional y legal relativo a la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, en particular en lo que hace a las competencias regulatorias de la CREG, corresponde a la Sala el análisis, en primer lugar, de la naturaleza jurídica de la función reguladora y su alcance normativo frente a la ley en el marco del nuevo servicio público, para luego estudiar el acto acusado a la luz del marco legal enunciado por las partes y relacionado con las actividades del sector de electricidad.

Por esta vía, pues, se despachará el cargo formulado que se hizo consistir en desbordamiento de las competencias regulatorias de la CREG. Como la entidad demandada invoca una serie de preceptos de la ley 143 para respaldar la legalidad del acto enjuiciado, la Sala se referirá a los mismos en orden a determinar si tienen el alcance que le fija la CREG, en sus intervenciones a lo largo del proceso.

1. El nuevo servicio público en el derecho colombiano y el rol de intervención del Estado en el mercado.

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 de competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SALA PLENA, Sentencias de 14 de enero de 1991 Proc. S - 157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta P, 23 de julio de 1996, Proc. S - 612, C.P. Juan Alberto Polo F y 19 de noviembre de 1996 Proc A-508, C.P. Juan Alberto Polo F.

<sup>3</sup> Cfr. Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss y CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C 037 de 2003.

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>4</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 (artículo 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 determina que esta última la ejerce por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 370); en fin, se

---

<sup>4</sup> "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 No. 18.

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 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. Así, por ejemplo, recientemente se dejó sentado que:

“El constitucionalismo colombiano sufrió una singular transformación con la adopción de un nuevo modelo económico que se caracteriza porque si bien la libertad económica -en su doble acepción: la libertad empresa y la libertad de competencia económica<sup>5</sup>- es garantizada como derecho colectivo (arts. 88 y 333 C.P.), la dirección general de la economía corre a cargo del Estado quien interviene por mandato de la ley (arts. 334 y 150.21 C.P.), en el marco de lo que se ha denominado la ‘*Constitución Económica*’. Intervención del Estado en la economía que tiene no sólo por propósito la defensa de los diversos agentes que en ella participan, sino que se hace principalmente en beneficio del usuario final, tal y como tuvo oportunidad de señalarlo recientemente esta Sala:

“(…) No obstante tratarlos como un asunto económico, el Constituyente al definirlos como inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 C.P.) se reservó para los servicios públicos un capítulo separado formulando desde el mismo nivel constitucional un régimen jurídico y una autoridad singulares,<sup>6</sup> sobre la base de la superación de la vieja concepción que los asimilaba a una manifestación más de la función pública para dar paso a una concepción económica asociada a un nuevo modelo de Estado, habida consideración de su inescindible relación con sus cometidos sociales (art. 1 C.P.)<sup>7</sup>. (se subraya)

<sup>5</sup> Cfr. ANGARITA BARÓN, Ciro, La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Aproximación fugaz, en *Constitución Económica Colombiana*, Bibliotheca Millennium, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Primera edición, Bogotá, 1996.

<sup>6</sup> Vid. Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios, en *Contexto*, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss.

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 26 de enero de 2006, Radicación número: AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Actor: Corporación Colombia Transparente O.N.G., Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Criterio que ratificó lo expuesto por esta Corporación en oportunidad precedente:

“(…)El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción ‘francesa’ de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación.

“(…)De manera que los derechos colectivos que se involucran en la prestación de los servicios públicos no aluden a la función pública propia del Estado, sino a una actividad económica que por implicar el tráfico de servicios inherentes a la finalidad social del Estado, que la doctrina colombiana<sup>8</sup>, con base en expresión foránea, llama ‘bienes meritorios’, exige la intervención del mismo a través de los instrumentos tradicionales de policía administrativa: regulación y control (inc. 2 art. 365 C. N). En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio”.<sup>9</sup>  
(subrayas ajenas al texto, negrillas originales)

En términos similares la Sala también indicó en otra ocasión:

‘Las reformas legales del año 1994, en desarrollo del modelo económico constitucional previsto en el capítulo V del Título XII de la Carta de 1991<sup>10</sup>, comportaron la sustitución del viejo esquema de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia –que, siguiendo muy de cerca las enseñanzas de la escuela realista de Burdeos liderada por el profesor DUGUIT, asimilaba la noción de

---

<sup>8</sup> Hugo Palacios Mejía. EL DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Editorial Derecho vigente. Bogotá, Primera edición 1999, Pág.4 y ss.

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 2004, Radicación número: 5001-23-31-000-2003-00020-01, Actor: Jesús María Quevedo Díaz, Referencia: AP – 0020, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>10</sup> Cfr. CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. Elementos básicos del régimen constitucional y legal de los servicios públicos, Bogotá, EEB, 1998, Pág. 33: “...se trata de un régimen de libertad empresa (sic) pero dentro de los límites del bien común, sujeta esta actividad a la dirección general y a la intervención del Estado con miras al logro de los fines del Estado social de Derecho”.



servicio público a la de función pública<sup>11</sup> y que había entrado en crisis- por un modelo de mercado en competencia que concentró en el Estado, en su condición de director general de la Economía, las atribuciones de regulación<sup>12</sup> y control. Se trata, pues, de un 'cambio de modelo de Estado' <sup>13</sup>

'(...)En definitiva, la prestación de los servicios públicos domiciliarios ya no es expresión del poder de imperio del Estado, sino un asunto económico sometido al control y vigilancia de la única Superintendencia de rango constitucional y a la atribución presidencial regulatoria, como instrumentos de intervención estatal (arts. 333,334, 365 y 370 C.P. y numerales 3.4 y 3.3 del artículo 3 de la ley 142).

'Por lo demás, en desarrollo de la distinción constitucional entre **función pública** y **servicio público**, prevista en el ordinal 23 del artículo 150 C.P., el artículo 3 de la ley 489 de 1998 dispuso que los principios de la función administrativa sólo aplicarían a los servicios públicos en tanto *'fueren compatibles con su naturaleza y régimen'*. De modo que, la propia ley trazó una frontera clara entre esos dos conceptos antes considerados sinónimos.<sup>14</sup> (negritas y cursivas originales, subrayas fuera de texto)<sup>15</sup>

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala tiene determinado que el servicio público dejó de ser sinónimo de función pública, en tanto *"la Constitución de 1991 significó un gran cambio en cuanto se refiere a la concepción de los servicios públicos, pues reconoce que el Estado y los particulares pueden concurrir, en condiciones de libre competencia, a su prestación, sin que ello*

---

<sup>11</sup> Según el profesor Julio Prat: "El servicio público...como pieza maestra del derecho administrativo francés servirá como criterio para que todos los actos ya tomados en sí mismo o en sus consecuencias, de un servicio público, se regulen por el derecho público, al igual que todo acto concurrente a permitir, de una u otra manera, la ejecución de un servicio público caiga en el dominio del derecho administrativo" (PRAT, Julio A. Los servicios públicos en V.V.A.A. El derecho administrativo en Latinoamérica, Tomo II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, Pág. 236 y ss.).

<sup>12</sup> La Corte Constitucional en Sentencia C 1162 de 2000, providencia con alcance de cosa juzgada absoluta, dejó en claro que la regulación se expide con sujeción a la ley, tal y como lo ordena el artículo 370 Constitucional y, por lo tanto, los actos de las Comisiones de Regulación no son expresión de "legislación secundaria" y por lo mismo no pueden "llenar los vacíos de la ley" ni "completar su contenido".

<sup>13</sup> Vid. Del carácter singular del Derecho de la competencia en servicios públicos domiciliarios en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Actualidad Jurídica Tomo IV, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, Pág. 125. La CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C 037 de 2003 adoptó este criterio.

<sup>14</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 066 de 1997, C 209 de 1997 y C 037 de 2003. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena, Auto S 701 de 23 de septiembre de 1997.

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 24 de febrero de 2.005, Actor: Alberto Poveda Perdomo, Demandada: Empresas Públicas de Neiva y Otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

*signifique que renuncie a su condición de director general de la economía y garante del cumplimiento de la función social de la propiedad”<sup>16</sup>*

Ahora, si bien los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 365 Superior, el mismo precepto indica que la función estatal estriba en “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (servicio universal) y asegurar no significa prestar.

Es por ello que luego de señalar que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, el artículo 365 Constitucional establece que en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, o lo que es igual, según la Constitución estas últimas son las funciones propias de los órganos del Estado, en tanto facetas de la función de policía administrativa, que el Estado “*mantiene*” o se “*reserva*”, como ámbito de lo no “*privatizable*”.

De hecho la forma como se asegura la prestación es a través de los instrumentos de intervención estatal en los servicios públicos, que no son otros, según lo pregonan el artículo 3º de la ley 142, que todas las funciones y atribuciones asignadas a las autoridades de que trata esta ley, en especial las relativas a las siguientes materias: i) la regulación<sup>17</sup>; ii) la inspección, vigilancia y control<sup>18</sup>; iii) el

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, Auto de 17 de febrero de 2005, Expediente número: 27673, Radicación número: 500012331000200300277 01, Actor: Rodrigo Villamil Virgúez, Demandado: Nación - Ministerio de Comunicaciones y Otros, C. P. Alíer E. Hernández Enríquez.

<sup>17</sup> Sobre el alcance las funciones regulatorias como instrumento de intervención estatal ver NARANJO MESA, Vladimiro, Análisis constitucional de la Sentencia C 1162 de 2000, en “Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica Tomo IV”, publicación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Imprenta Nacional, Bogotá, 2001, pág. 59-67.

<sup>18</sup> Sobre esta faceta de la policía administrativa en servicios públicos Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de 16 de junio de 1999, Rad. 931, C.P. Luis Camilo Osorio; SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Actor: Alberto Poveda Perdomo, Demandada: Empresas Públicas de Neiva y otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad.: AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Actor: Corporación Colombia Transparente O.N.G., Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 25 de octubre de 2006, Radicación número: AP-25000-23-24-000-2004-01843-02, Actor: José Omar Cortés Quijano, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otro, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y La reestructuración de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: hacia un nuevo control de gestión empresarial en Régimen Jurídico Empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, Universidad Externado de Colombia, octubre de 2004, p. 173 y ss.

otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos<sup>19</sup>; iv) la promoción y apoyo a las personas que presten los servicios públicos<sup>20</sup>; v) la organización de sistemas de información; vi) la protección de los recursos naturales<sup>21</sup>; vii) el estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos; viii) el respeto al principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios y ix) gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios; (art. 3º ley 142 de 1994).

Y uno de los instrumentos más caracterizados de esa intervención del Estado en el mercado de los servicios públicos domiciliarios lo configura la función regulatoria, como pasa a verse.

## 2. La regulación en el marco de la Carta de 1991

Como ya se indicó el propio texto constitucional al permitir la participación de agentes económicos particulares, y bajo el entendido de que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (inciso primero del art. 365 citado), dejó en claro que *“[e]n todo caso, el Estado mantendrá la regulación (...) de dichos servicios”*.

En armonía con este precepto, el artículo 370 C.N. atribuyó al Presidente de la República la competencia de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

---

<sup>19</sup> Sobre los subsidios como instrumento de intervención estatal vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 2 de marzo de 2006, Radicación número: AP-66001-23-31-000-2004-00543-01, Actor: José Omar Cortes Quijano, Demandado: Municipio De Pereira., C. P. Ruth Stella Correa Palacio; Concepto SSPD 20011300000310 en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad Jurídica, tomo IV, Bogotá, 2001, p. 229 y ss; Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, septiembre de 2004, Ed. Especial No. 19, p. 41 y ss.

<sup>20</sup> Sobre la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos domiciliarios ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 25 de octubre de 2006, Rad. AP-25000-23-24-000-2004-01843-02, Actor: José Omar Cortés Quijano, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otro, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>21</sup> Como por ejemplo a través de las tasas ambientales, al respecto ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Rad. AP 4400123310002004000640 01, Actor: Alex Adolfo Pimiento Solano, Demandado: Municipio de Albania y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

En desarrollo de estos mandatos el artículo 68 de la ley 142 de 1994, luego de reproducir el contenido normativo del artículo 370 Constitucional, previó que dicha atribución regulatoria podría ser ejercida por las Comisiones de Regulación, si el Presidente de la República decide delegarlas, en los términos de esa ley, lo cual tuvo lugar efectivamente mediante el Decreto 1524 de 1994.<sup>22</sup>

En un comienzo se presentó un debate en el seno de nuestra jurisprudencia en punto de si era o no posible -constitucionalmente hablando- que el Presidente delegara la atribución regulatoria prevista en los artículos 365 y 370 de la Carta. Esta Corporación en un comienzo señaló que dicha delegación no era factible:

“Para la sala la creación de las Comisiones de Regulación, dotadas de poderes legislativos amplios, no fue más que otra desafortunada copia del sistema anglosajón, hecha sin beneficio de inventario, con olvido no sólo de que el régimen constitucional colombiano vigente desde 1991 es diferente al de los EEUU, como también lo es el principio de la separación de poderes que rige en uno y otro país. En el aludido sistema, con una constitución diferente a la nuestra, la delegación de poderes legislativos encuentra su respaldo en múltiples precedentes, entre los cuales pueden citarse *Mistretta vs United States*, *Amalgamated Meat Cutters vs Connally*, *Amalgamated Meat Workers y Buttfielders Stranaham*, tomados de la obra “Derecho Administrativo y ley uniforme de Procedimientos Administrativos” del profesor Demetrio Fernández Q (Forum 1993, pág 599 y ss).

“En Colombia, se repite, esa posibilidad no se da en la constitución; y la jurisprudencia de la corporación ha sido clara a ese respecto, tal como puede verse en el fallo de 24 de julio de este año (Proc 1570, ponente Dr. Mario Alario M)

“(…) Cabe hacer aquí la siguiente reflexión: si el legislador sólo por excepción puede delegar su poder en el Presidente (art 150 nl 10), no tendría sentido que pudiera hacerlo sin límites en un organismo o agencia jerárquicamente inferior a éste y a sus ministros, salvo en lo que respecta con las asambleas departamentales, según el nl 5 de ese mismo art 150.

“Tan consciente fue el anterior gobierno de lo débil que era la competencia de las Comisiones que trató de otorgarla por la doble vía de la delegación y de la desconcentración y con apoyo en la supuesta formulación de políticas generales; y para el efecto dictó un exótico decreto (el 1524 de 1994), en el cual mezcló, como tratando de cubrir todos los obstáculos, los arts 370, 189 nls 11, 14 y 16 y 211 de la constitución, con los arts 68 y 105 de la ley 142 de 1994 y el 23 de la 143 del mismo año. Es decir, de un lado delegación de funciones presidenciales y de otro, desconcentración de poderes

---

<sup>22</sup> DIARIO OFICIAL No. 41453 de 21 de julio de 1994.

legislativos, para la creación de un super órgano, con poderes en la práctica superiores a los que poseen los dos sedicentes delegantes.<sup>23</sup>.

Sin embargo, la Corte Constitucional zanjó la discusión constitucional al estimar, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 211 Superior, que el legislador está habilitado para señalar las funciones que el Presidente de la República puede delegar en diversas agencias del Estado. Conviene destacar que en esa oportunidad el juez constitucional se contrajo a estudiar si era factible delegar las atribuciones presidenciales en materia de regulación de servicios públicos domiciliarios. Dijo entonces la Corte Constitucional:

“Así, como ya se vio, se trata de una disposición legal que autoriza la delegación de una función que es delegable. De otro lado, la competencia no es ajena al delegante, porque es una función que expresamente se le asignó al Presidente como garante y promotor de la gestión administrativa en los servicios públicos domiciliarios. Igualmente existe no sólo el acto presidencial de delegación de funciones sino la potestad legal que le permite al titular de la función, entiéndase el Presidente, delegar o no esa función en cabeza de las comisiones de regulación. En cuarto término, las comisiones de regulación son aptas para operar como delegatarias pues se trata de agencias del estado que la misma ley ha determinado. En este caso, la ley 142 de 1994 le dio a las comisiones de regulación el carácter de unidades administrativas especiales (Artículo 69) y en virtud del artículo 150.7 de la Carta el Congreso le atribuyó a las mismas sus objetivos y su estructura. En quinto término, en lo concerniente a la responsabilidad, resulta también claro que la titularidad de los actos del delegatario, -léase comisiones de regulación- se reputan pertenecientes a dichas unidades administrativas especiales y no se compromete entonces la responsabilidad del delegante. Por eso frente a tales actos, pueden interponerse los recursos que señala la ley 142, lo que no es óbice para que en todo momento el Presidente pueda recuperar sus funciones delegadas y por ende tenga la facultad de reformar o revocar las actuaciones de las comisiones de regulación.

“Conforme a lo anterior, el Legislador tenía competencia constitucional (artículos 365, 367 y 370 de la C.P) para atribuir a las comisiones, si el Presidente lo estimaba conveniente y procedía a efectuar dicha delegación, las funciones relativas a señalar las políticas generales de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. También por expresa disposición constitucional, éstas eran competentes para recibir esas funciones, producto de la delegación, en su calidad de agencias del estado fijadas por la Ley. Además, esas funciones, cuya naturaleza es típicamente de la Administración, podían, por razones de eficiencia y efectividad real

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, expediente No. 11.857, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

de los servicios públicos, recaer perfectamente en los organismos especializados que conocieran específicamente del sector, como lo pretendía el Constituyente y como lo plasmó el Legislador. Por consiguiente, la Corte no encuentra ningún vicio de inconstitucionalidad en el artículo 68 de la ley 142 de 1994, por lo cual declarará su exequibilidad.<sup>24</sup>.

Con todo, esta providencia de constitucionalidad no abordó el punto relativo a la naturaleza jurídica de los entes regulatorios así como de sus actos, tal y como en el mismo proveído se advierte:

“El anterior análisis no niega que otros artículos de la ley 142 de 1994 hayan podido eventualmente asignar a las comisiones de regulación funciones que no son directamente del Presidente sino del Legislador, lo cual podría suscitar algunos problemas de constitucionalidad. Sin embargo, en caso de que tal fenómeno hubiera sucedido, no por ello la norma acusada sería inconstitucional, pues ella se limita a permitir la delegación de las atribuciones previstas por el artículo 370 de la Carta, las cuales son eminentemente presidenciales, y por lo tanto no representan una competencia compartida con el legislador.(...) Habría pues que estudiar específicamente el tipo de competencias y su alcance, pero no corresponde a la Corte, en el presente caso, adelantar ese examen ya que las distintas atribuciones de las comisiones se encuentran previstas en otras disposiciones de la Ley 142 de 1994, las cuales no fueron acusadas por la demandante.”<sup>25</sup>.

Durante una época al interior de la doctrina nacional se presentó un interesante debate justamente en torno de la naturaleza de estas agencias estatales así como de sus actos regulatorios, el cual siguió de cerca las experiencias foráneas respecto de las denominadas “autoridades administrativas independientes” que existen en otras latitudes. Así, hubo algunas voces muy autorizadas que sostuvieron que la regulación podía “*completar la ley*”, otras indicaron que los actos regulatorios “*formaban proposición jurídica completa con la ley*” y hubo quienes incluso sostuvieron que la regulación podía suplir los vacíos que la ley llegase a presentar.

Sin embargo, revisado el marco constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios, se tiene que la función regulatoria a cargo de las Comisiones de Regulación sectoriales debe ejercerse con sujeción a la ley.

---

<sup>24</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia 272 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero . En el mismo sentido Sentencia C 444 de 1998, MP Hernando Herrera Vergara.

<sup>25</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia 272 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero y Sentencia C 444 de 1998, MP Hernando Herrera Vergara

Así el artículo 370 Superior es claro en señalar que la función regulatoria asignada al Presidente de la República, se ejerce “con sujeción a la ley”.

En armonía con este precepto, el artículo 3º de la ley 142 enlista dentro de los instrumentos de intervención estatal a la regulación ( numeral 3.3), pero advierte que “[t]odas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta ley”.

En consonancia con estos mandatos el numeral 14.18 del artículo 14 de la ley 142 al definir la regulación dispone que dicha facultad se ejerce “en los términos de la Constitución y de esta ley”.

A su vez, el artículo 68 de la ley 142, al reiterar lo dispuesto por el artículo 370 Constitucional, señala que la función regulatoria se ejerce “en los términos de esta ley”.

Por su parte, el artículo 70 *ibid.* define la estructura orgánica de las Comisiones de Regulación y al hacerlo dispone que las mismas están instituidas “para el cumplimiento de las funciones que les asigna esta ley”.

Al tiempo que, el artículo 73 *in fine* señala que las Comisiones tendrán las demás funciones que le asigne la ley, al paso que el inciso primero del artículo 74 de la ley en cita relativo a las funciones especiales de las Comisiones de regulación prescribe que las mismas serán ejercidas “con sujeción a lo dispuesto en esta ley”.

A su turno, el artículo 23 de la ley 143 *in fine*, luego de reseñar las funciones generales de la CREG advierte que tendrá igualmente “las demás que le señalen las normas legales pertinentes”.

De acuerdo con el marco constitucional y legal antes referido las Comisiones de Regulación ejercen sus atribuciones con sujeción a la ley, y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos, en tanto no tiene rango legislativo.

En efecto, desde sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional dejó en claro que la función reguladora no ostentaba el rango de ley, como que “no existe

*traslado de competencias del legislador al Presidente*<sup>26</sup>, sino que se trata de una atribución administrativa asignada por la Constitución al Presidente, que debe ejercerse con sujeción a la ley, y por lo mismo son pasibles del control en sede judicial.

Por lo mismo, al estar supeditada a la legislación, la regulación no puede ser instrumento para “*completar la ley*”, ni para suplir los vacíos que ésta pueda presentar en caso de que legislador no se haya ocupado de un asunto, ni mucho menos para expedir actos que contravengan abiertamente sus mandatos.

En otros términos, la regulación no forma proposición jurídica completa con la ley, ni es legislación secundaria, pues todo ello atenta contra la competencia legislativa asignada por antonomasia al Congreso de la República, como expresión del principio democrático que fundamenta nuestro Estado de Derecho.

Así lo señaló la Corte Constitucional al condicionar la decisión de exequibilidad del artículo 69 de la ley 142 y del numeral 14.18 del artículo 14 *eiusdem* cuando, con efectos de cosa juzgada constitucional absoluta, dispuso en la *ratio decidendi* de la providencia de constitucionalidad:

“Es importante resaltar que contra los actos y decisiones de las comisiones caben los recursos previstos en la ley para los actos administrativos.

“Y también debe advertirse que ni de la autorización legal al Presidente para delegar ni del hecho mismo de que delegue puede desprenderse una aptitud o capacidad normativa de las comisiones que pueda equipararse a la ley o competir con ella ni tampoco la atribución de reglamentar las leyes en materia de servicios públicos, la que es exclusiva del Presidente de la República en los términos del artículo 189, numeral 11, de la Constitución, y por tanto indelegable. Así, pues, los actos de regulación de las comisiones están en un todo sujetos a la ley

“(…)En todo caso, se estima pertinente dejar en claro que los actos expedidos por las comisiones de regulación -ya sean de carácter general o particular- deben sujetarse a todas las formalidades previstas para tal efecto en el Código Contencioso Administrativo, y sobre ellos pueden ejercerse los pertinentes controles de carácter administrativo y judicial.

---

<sup>26</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 066 de 1997



“Solamente bajo dichos criterios se deduce la exequibilidad de la norma en referencia y, por tanto, ella habrá de condicionarse.”<sup>27</sup> (se destaca)

Interpretación condicionada ligada de manera nítida al fallo, que descarta expresamente las otras interpretaciones posibles que pudieran hacerse a la regulación (art. 243 C.N., arts. 45 y 46 LEAJ y art.21 del Decreto 2067 de 1991). De modo que conforme a este fallo la regulación de las Comisiones (entre ellas las de la CREG) no tiene el mismo nivel de la legislación, y por lo mismo no pueden completarla o modificarla, y menos aún desconocerla.

Este criterio restrictivo de la potestad normativa de las Comisiones de Regulación en el derecho nacional, ha sido igualmente expuesto por un importante sector de la doctrina nacional, así según el profesor Naranjo Mesa:

“(…) el término ‘regular’ no tiene, pues, el sentido en que lo han entendido algunos, como la función de llenar vacíos legales, lo cual se asimila a legislar. Así lo precisa la sentencia en comento. No se olvide que la potestad reguladora del Presidente está condicionada por el artículo 370 Superior a que ella se haga ‘con sujeción a la ley’ y no ‘para completar la ley’.

“(…) la regulación de los servicios públicos es tan solo una forma de intervención estatal en la economía para corregir, según palabras de la sentencia, los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquellos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias por parte de las Comisiones de regulación. Estos criterios restrictivos de la facultad de las comisiones de regulación se consideran condicionantes de la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas, y así, en la parte resolutoria se vincula la decisión a la parte motiva correspondiente, por lo cual las limitaciones fijadas en el fallo tienen plena fuerza vinculante”<sup>28</sup>.

A su vez el profesor Vidal Perdomo en un interesante estudio sobre las Comisiones de Regulación en Colombia frente a sus “equivalentes” en Estados Unidos y Francia sostuvo, con anterioridad al fallo de constitucionalidad en referencia, que: “[s]e debe concluir que las Comisiones de Regulación en el ejercicio de sus facultades de regulación poseen atribuciones de carácter

---

<sup>27</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1162 de 2000, MP José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>28</sup> NARANJO MESA, Vladimiro, Análisis constitucional de la Sentencia C 1162 de 2000, en “Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica Tomo IV”, publicación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Imprenta Nacional, Bogotá, 2001, pág. 67 y ss

*administrativo y no legislativo, precisión que las distingue claramente de sus antecesoras de Estados Unidos, según la interpretación que se ha hecho al respecto.*<sup>29</sup>

La Sala para estudiar el cargo formulado, a continuación hará una breve exposición del entorno legal del sector eléctrico, en la medida en que la defensa expuesta recurre a otros preceptos de la ley 143 para encontrar allí un fundamento legal a la disposición demandada.

### 3. Las actividades del sector eléctrico en la ley 143

En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución y del artículo 48 transitorio *eiusdem*, el Congreso Nacional expidió la ley 143 de 1994, por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética<sup>30</sup>.

El artículo 1º de la ley 143 señala claramente que la misma establece el régimen jurídico de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización, actividades del sector que fueron calificadas como servicios públicos de carácter esencial, conforme al artículo 5º de la ley 143 en concordancia con el artículo 4 de la ley 142.

En armonía con estos mandatos, el artículo 7º de la ley 143 determinó que en dichas actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización pueden participar diferentes agentes económicos, cualquiera sea su naturaleza jurídica (pública, privada o mixta) y gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 333, 334 y 336 Constitucionales y en concomitancia con los literales a), b), c) y d) del artículo 3º de la citada ley.

Por manera que el citado artículo 7º de la ley 143 estableció, entonces, amén de lo dispuesto por los artículos 10 y 22 de la ley 142, el principio de *libertad de*

<sup>29</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime, Las comisiones de regulación en los servicios públicos, en Revista de Derecho Público, Facultades de Derecho, No. 11, Universidad de los Andes, junio de 2000, Bogotá, p. 222.

<sup>30</sup> DIARIO OFICIAL No. 41434 de julio 12 de 1994.

*entrada*, con la sola restricción prevista en el párrafo atinente a la actividad de comercialización, en cuanto ésta sólo puede ser desarrollada por aquellos agentes económicos que realicen algunas de las actividades de generación o distribución y por los agentes independientes que cumplan las disposiciones que expida la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG<sup>31</sup>

A su vez, el artículo 10 de la ley 143 dispuso que cuando el Estado decida convocar a los diferentes agentes económicos para que en su nombre desarrollen cualquiera de las actividades del sector reguladas por esta ley, tan sólo puso como exigencia que deberían demostrar experiencia en la realización de las mismas y tener capacidad técnica, operativa y financiera suficiente para suscribir los contratos necesarios para ello, los cuales se regularán de acuerdo con lo establecido en esa ley.

Por su parte, el capítulo III de la ley 143 al ocuparse de la Planeación de la expansión del Sistema Interconectado Nacional-SIN de corto, mediano y largo plazo, como uno de los pilares de la reforma introducida por la ley 143 a raíz de la crisis del modelo eléctrico precipitada por el racionamiento de los años 1992-1993, se ocupó de fijar los criterios orientadores para su formulación, teniendo en cuenta las condiciones técnicas, económicas, financieras y ambientales.

Ahora, aunque el capítulo IV de la ley 143 consigna algunas reglas particulares respecto de la regulación del sector eléctrico (arts. 20 a 23), en cuanto al alcance de la función regulatoria de la CREG habrá de estarse a lo resuelto con fuerza de cosa juzgada material y absoluta en la Sentencia de constitucionalidad condicionada C 1162 de 2000, antes reseñada.

Así, por ejemplo, en ejercicio de la misma la CREG está facultada para adoptar el Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional-SIN, de que tratan los artículos 25 y 28 de la ley 143, pero su adopción por supuesto se hará con sujeción a la ley. Conviene indicar que el órgano ejecutor de dicho Reglamento de Operación es el Consejo Nacional de Operación-C.N.O., que tiene como función principal acordar los aspectos técnicos que garanticen una

---

<sup>31</sup> "Para que este mercado [de la electricidad] tenga la transparencia enunciada en los objetivos del proyecto de ley será necesario permitir el libre acceso a las redes de interconexión, transmisión y distribución. Con el libre acceso a las redes, cualquier generador, en cualquier parte del país, podrá vender energía a cualquier distribuidor o gran consumidor localizado en cualquier otra región: La única exigencia, evidentemente, es el pago de un peaje por el uso de las redes..." Proyecto de ley No. 127 de 1992, en GACETA DEL CONGRESO No. 50, miércoles 2 de septiembre de 1992, p. 16

operación integrada segura, confiable y económica del sistema interconectado nacional (art. 36 de la ley 143), conformado por un representante de cada una de las empresas de generación con una capacidad instalada superior al 5% del total nacional, por un representante de las empresas de generación que tengan una capacidad instalada entre el 1 y el 5% del total nacional, por un representante de las empresas propietarias de las redes de interconexión, por un representante de las demás generadoras conectadas al sistema interconectado nacional, por el director del Centro Nacional de Despacho –que asiste con voz y sin voto- y por dos representantes de las distribuidoras que no realicen actividades de generación, siendo por lo menos una de ellas la que tenga el mayor mercado de distribución (art. 27 eiusdem).

#### 4. El artículo 74 de la ley 143

En el marco del contexto legal antes expuesto, el capítulo XIII de la ley 143 que contiene las disposiciones finales de la ley 143 se ocupa de señalar en el artículo 74 que:

“Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución”

De la simple lectura del texto legal transcrito se deducen los presupuestos que la norma estableció para su aplicación: i) que se trate de empresas prestadoras del servicio público de electricidad que se constituyan con posterioridad a la vigencia de la ley 143 (sujetos de la norma); ii) que no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo, con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución (condiciones de aplicabilidad)

4.1. Sujetos de la norma: ¿a qué empresas se aplica la restricción contenida en el precepto?

En cuanto hace al primer presupuesto reseñado, la norma en comento establece tres condiciones: i) que se trate de empresas que tengan por objeto prestar el servicio público de electricidad; ii) que se constituyan con posterioridad a la vigencia de la ley 143 y iii) que hagan parte del sistema interconectado nacional, esto es, la norma no aplica a las empresas que prestan el servicio en zonas no interconectadas-ZNI.

El precepto es claro en imponer este límite a la libertad económica sólo para los nuevos operadores del servicio de electricidad que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional-SIN que se constituyan a partir de la promulgación de la ley (art. 93), la cual tuvo lugar el 12 de julio de 1994 (Diario Oficial 41.434), dejando por fuera de su aplicación a los prestadores que *-contrario sensu-* se hayan constituido con anterioridad a la vigencia de la misma.

#### 4.2. Condiciones de aplicabilidad: restricción de actividades integradas

El artículo 74 de la ley 143 que se estudia prevé un segundo presupuesto de aplicación: no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.

Sin duda la norma precisó un límite a la libertad económica. Límite a la libertad económica que no puede hacerse extensivo a sujetos distintos a los allí previstos, a través de una norma de inferior jerarquía como sin duda lo es un acto regulatorio, según lo ya señalado.

No debe perderse de vista que la ley 143 es, como la ley 142, una ley de intervención económica, tal y como claramente se desprende de los principios generales previstos en el Capítulo I de la misma, en particular en el artículo 3º al señalar que corresponde al Estado en relación con el servicio público de electricidad: promover la libre competencia, impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado, regular situaciones de monopolio natural y asegurar los derechos de los usuarios; en el artículo 4º al establecer en relación con el mismo servicio los objetivos del Estado en el cumplimiento de sus funciones; en el artículo 6º al señalar los principios que rigen las actividades del sector eléctrico (eficiencia, calidad, continuidad, neutralidad, adaptabilidad, equidad y solidaridad y redistribución de ingresos); en

el artículo 7º al prever la libertad de entrada y en el artículo 9º al referirse a las funciones de inspección, vigilancia y control.

Al tratarse indiscutiblemente la ley 143 de una ley de intervención económica, de las previstas en el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución Nacional, en consonancia con el artículo 334 *ibid.*, aquella debía precisar -como en efecto lo hizo- los fines, alcances y los límites a la libertad económica.

Es más, como ya se advirtió la libertad de entrada en el sector eléctrico está prevista expresamente por el artículo 7º de la ley 143, libertad que sólo encuentra en este precepto dos limitaciones precisas, con arreglo al citado numeral 21 del artículo 150 Superior:

- i) En el inciso segundo al determinar que en los casos señalados por la ley es preciso obtener de las autoridades competentes los permisos respectivos en materia ambiental, sanitaria, uso de aguas y los de orden municipal que sean exigibles, en perfecta armonía con lo dispuesto en idéntico sentido por el artículo 22 de la ley 142;
- ii) En el párrafo único que estatuye que la actividad de comercialización sólo puede ser desarrollada por aquellos agentes económicos que realicen algunas de las actividades de generación o distribución y por los agentes independientes que cumplan las disposiciones que expida la comisión de regulación de energía y gas.

Por manera que el artículo 74 de la ley 143 sólo impide a las empresas transmisoras que se constituyan con posterioridad a la vigencia de dicha ley participar en una actividad distinta de la propia (objeto exclusivo) y no a todos los transmisores, como adujo la entidad accionada.

El alcance reseñado del artículo 74 de la ley 143 también lo ha expuesto la doctrina en los siguientes términos:

“ A partir de la Constitución Política de 1991, la prestación de los servicios públicos se desenvuelve en un escenario de libre competencia de agentes, en especial, en las actividades que, por su naturaleza, no constituyen un monopolio natural. Excepcionalmente, las empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de esta ley, desarrollan sus actividades en forma integrada, pero deben llevar

contabilidad separada para cada uno de los servicios públicos que presten, y los costos en que incurran deben registrarlos de manera explícita<sup>32</sup> (se subraya)

De modo que la lectura del precepto no admite interpretaciones extensivas que contravengan sus precisos alcances.

Como quiera que la entidad demandada proclama que el artículo 74 debe leerse en armonía con el artículo 28 de la misma ley, pasa la Sala a estudiar este aspecto.

El artículo 28 de la ley 143 de 1994 prescribe:

“ARTÍCULO 28. Las empresas que sean propietarias de líneas, subestaciones y equipos señalados como elementos de la red nacional de interconexión, mantendrán la propiedad de los mismos, pero deberán operarlos con sujeción al Reglamento de Operación y a los acuerdos adoptados por el Consejo Nacional de Operación.

El incumplimiento de las normas de operación de la red nacional de interconexión, la omisión en la obligación de proveer el mantenimiento de las líneas, subestaciones y equipos asociados y toda conducta que atente contra los principios que rigen las actividades relacionadas con el servicio de electricidad, dará lugar a las sanciones que establezca la autoridad competente.

“PARÁGRAFO. No obstante lo dispuesto en el presente artículo las empresas que siendo propietarias de elementos de la red de interconexión nacional decidan enajenar dichos activos, podrán hacerlo”

El texto legal transcrito dice relación con i) la titularidad de los bienes afectos a la actividad de interconexión ii) su operación con sujeción al Reglamento de Operación, iii) Las consecuencias que acarrea el incumplimiento de las normas de operación y iv) La posibilidad de que quienes sean titulares de los elementos de la red de interconexión (líneas, subestaciones y equipos) puedan enajenar dichos activos.

Nótese que la norma está regulando una hipótesis sustancialmente distinta de la consignada en el artículo 74 de la ley 143 arriba analizado, pues mientras este último alude al desarrollo de las actividades del sector, que son enunciadas como tales por el artículo 1º *eiusdem*: generación, interconexión, transmisión,

---

<sup>32</sup> PALOMO GARCÍA, Nohora, Ley eléctrica- Ley 143 de 1994, comentada y concordada, ACOLGEN, Bogotá, septiembre de 2002, p. 125

distribución y comercialización de electricidad, el segundo alude exclusivamente a la propiedad de activos relacionados con la interconexión y su operación con arreglo al reglamento de operación. Esta última norma en nada altera el alcance restrictivo de la limitación a las actividades consignada en la primera.

Merced a que la entidad accionada también aduce que la resolución acusada no hace nada distinto que desarrollar lo dispuesto por el párrafo 3º del artículo 32 de la ley 143, pasa la Sala a estudiar el contenido normativo de este precepto, en capítulo separado.

#### 5. Los párrafos 3º y 5º del artículo 32 de la ley 143

El artículo 32 de la ley 143, en consonancia con el artículo 167 de la ley 142, autorizó al Gobierno Nacional para modificar el objeto social de Interconexión Eléctrica S.A. que en lo sucesivo será el de atender la operación y mantenimiento de la red de su propiedad, la expansión de la red nacional de interconexión, la planeación y coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional-SIN; al mismo tiempo dicho texto legal autorizó al Gobierno Nacional para organizar a partir de los activos de generación que entonces poseía Interconexión Eléctrica S.A. una nueva empresa (ISAGEN) dedicada a la generación de electricidad.

A su turno el párrafo primero del citado artículo 32 de la ley 143 dispuso que el Centro Nacional de Despacho será una dependencia interna de la nueva empresa encargada del servicio de interconexión nacional (ISA), que contará con recursos propios provenientes de la prestación de los servicios de despacho, del transporte de electricidad, de los cargos por el acceso y uso de sus redes de interconexión y por los servicios técnicos relacionados con su función<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> En los antecedentes de la ley 143 al ocuparse de la operación económica del Sistema Interconectado Nacional se indicó sin ambages en la exposición de motivos: "Otro elemento necesario para garantizar eficiencia en la prestación del servicio de electricidad lo constituye la planeación y operación integrada de los recursos del sistema interconectado buscando el aprovechamiento más económico de los mismos (art. 22). Las anteriores funciones estarán a cargo del Centro Nacional de Despacho, el cual tendrá objeto social exclusivo para garantizar transparencia y neutralidad frente a generadores y distribuidores de electricidad. Con este fin, se solicita autorización para organizar y poner en funcionamiento esta empresa, la cual estará dotada de autonomía administrativa, presupuestal y patrimonial (...) Para lograr una estabilidad y claridad de las reglas de operación del sistema de electricidad es necesario, entonces, que las funciones y organización de estos organismos queden respaldados por la ley. De esta forma se erradican conflictos entre empresas y se facilita la participación de otros agentes en las actividades de generación": Exposición de motivos al Proyecto de ley No. 127 de 1992, en GACETA DEL CONGRESO No. 50, miércoles 2 de septiembre de 1992, p. 16



Con esta perspectiva, el párrafo tercero de la norma en comento ordenó: “[l]a empresa encargada del servicio de interconexión nacional, no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad”

Nótese que el canon legal alude claramente a ISA, lo cual reitera el precepto en los párrafos siguientes: el cuarto al referirse a su planta de personal y el párrafo sexto que vuelve sobre la modificación del objeto social de la misma.

En el mismo sentido el párrafo primero del artículo 167 intitulado por el propio legislador justamente “Reformas y escisión de ISA, S.A.” también estableció:

“Párrafo 1º. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional organizará el centro nacional de despacho como una de sus dependencias internas, que se encargará de la planeación y coordinación de la operación de los recursos del sistema interconectado nacional y administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista, con sujeción a las normas del reglamento de operación y a los acuerdos del consejo nacional de operación. Una vez se haya organizado el centro, el gobierno podrá constituir una sociedad anónima que se encargue de estas funciones”.

El mismo precepto en su párrafo 3º reproduce el contenido normativo del párrafo 3º del artículo 32 de la ley 143 así:

“Párrafo 3º. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad”.

Con apoyo en estas normas, el gobierno nacional expidió primero el decreto 1171 de 1999<sup>34</sup>, conforme al cual:

“ARTÍCULO 1o. Ordénese la creación de una empresa de servicios públicos en los términos establecidos en el párrafo 1o. del artículo 167 de la Ley 142 de 1994. Para tal efecto el Ministerio de Minas y Energía deberá expedir los actos y promover la celebración de los acuerdos, convenios y actos que resulten necesarios para la creación y constitución de dicha empresa.

“ARTÍCULO 2o. Las funciones atribuidas al Centro Nacional de Despacho por las Leyes 142 de 1994 y 143 de 1994 y demás normas aplicables, continuarán siendo ejercidas por una dependencia interna

---

<sup>34</sup> Diario Oficial No 43.625, de 29 de junio de 1999.

de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., hasta tanto la nueva empresa pueda ejercerlas”

Preceptiva reglamentaria que a su turno fue derogada por el decreto 848 de 2005, el cual prescribe:

“ARTÍCULO 1o. Autorízase la constitución de una sociedad anónima prestadora de servicios públicos, del orden Nacional, de carácter comercial, que será la encargada de desarrollar dentro de su objeto social las funciones asignadas al Centro Nacional de Despacho relacionadas con la planeación y coordinación de la operación de recursos del sistema interconectado nacional y la administración del sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista, así como la liquidación y administración de los cargos por uso de las redes del sistema interconectado nacional con sujeción a lo dispuesto en el Reglamento de Operación expedido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG y los acuerdos expedidos por el Consejo Nacional de Operación, CNO.

“ARTÍCULO 2o. Autorízase a Interconexión Eléctrica S. A. ESP-ISA, para que participe como accionista de la sociedad cuya constitución se autoriza en el artículo anterior, entregando como aporte de capital los activos de su propiedad vinculados a la operación y administración del mercado de energía mayorista.

“ARTÍCULO 3o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto 1171 de 1999 y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

Ahora, el despacho centralizado del Sistema Interconectado Nacional está a cargo del Centro Nacional de Despacho-CND, esto es, la planeación y coordinación de la operación de los recursos del Sistema Interconectado Nacional y la administración del sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista-ASIC. El Centro Nacional de Despacho-CND - como ya se indicó- estuvo largo tiempo organizado como una dependencia interna de Interconexión Eléctrica S.A., ISA.

De modo que la prohibición especial se predica tan solo de ISA, es esta empresa la que no puede participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad como lo establece el parágrafo 3º del artículo 32 de la ley 143.

En idéntico sentido, la doctrina también ha puesto de relieve que la prohibición de integración vertical contenida en el parágrafo 3º del artículo 32 de la ley 143 alude

exclusivamente a ISA y que no puede aplicarse por extensión a otros prestadores de servicios públicos domiciliarios:

“En la nueva etapa del sector, que se inició en 1991, el legislador facultó al Gobierno Nacional para reestructurar a ISA, teniendo en cuenta la nueva orientación del mercado eléctrico; la empresa mantiene las tareas relacionadas con la operación del sistema interconectado nacional, el despacho centralizado y se le asignaron las funciones relacionadas con la administración del mercado de energía mayorista, y del sistema de intercambios comerciales. También está facultada para prestar servicios técnicos en actividades relacionadas con su objeto social.

“ISA no está facultada para participar en las actividades de generación, comercialización y distribución de energía eléctrica.

“Las actividades de generación de energía que desarrolló hasta entonces, fueron asignadas a una nueva empresa, ISAGEN, que se constituyó a partir de los activos de generación que poseía ISA, en procura de garantizar la máxima transparencia e independencia en las actuaciones de la empresa transmisora frente a los agentes del mercado. Con la separación de las actividades de generación y de transmisión, también se buscó promover la competencia en la actividad de generación, ya que la transmisión de electricidad es una actividad en monopolio natural, cuya competencia se da por la construcción, administración, operación y mantenimiento”<sup>35</sup> (subrayas fuera de texto original)

En la misma línea, otros autores al estudiar el tratamiento que la ley 143 dio a las concentraciones empresariales y en particular al límite vertical sostienen que el párrafo 3º del artículo 32 establece una prohibición especial para ISA, no extensiva a los demás transmisores, en tanto a estos se les aplica lo dispuesto por el artículo 74 *eiusdem* que impone una restricción al objeto social sólo a partir de la vigencia de la ley 143 para los nuevos operadores:

“El párrafo 3º del artículo 32 de la ley 143 establece limitación de concentración vertical. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad. Esta norma establece una prohibición especial a ISA como transmisor nacional.

“A las demás empresas que se constituyan como transmisor nacional se les aplica la prohibición de integración vertical del artículo 3º de la Resolución 01 de 1994 de la CREG, que establece que las empresas que se constituyan a partir de la vigencia de la ley 143 de 1994 no podrán realizar simultáneamente actividades de generación,

---

<sup>35</sup> PALOMO GARCÍA, Nohora, Op. cit., p. 73.

transmisión o distribución, salvo la excepción prevista en el artículo 74 de la referida ley. En nuestro criterio, debe entenderse que esta limitación está orientada a imponer restricciones al objeto social, esto es, no se puede realizar más de un objeto social diferente al de transmisor nacional. En la realidad existen algunas empresas que desarrollan las actividades de generación, transmisión y distribución como objeto social dentro de una misma unidad jurídica, facultadas por el artículo 74 que consagró la posibilidad de conservar la estructura integrada para las empresas que venían actuando antes de la ley 143<sup>36</sup> (destacado ajeno al texto)

En cuanto dice relación con lo dispuesto por el párrafo 5º del mismo artículo 32 de la ley 143, tampoco tiene el alcance que pretende darle la CREG en su defensa. Dispone el citado precepto:

“PARÁGRAFO 5o. Cuando la expansión de la Red Nacional de Interconexión se vaya a hacer a través de líneas en las cuales se conjuguen las características de la red nacional de interconexión con las de la red regional de transmisión, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, decidirá quién ejecuta dicha expansión en caso de presentarse conflicto.

El texto normativo en cita efectivamente atribuye una competencia a la CREG en punto de decidir quién ejecuta la expansión, sin embargo dos son los presupuestos para que esta función pueda ser ejercida: i) Que la expansión de la red se vaya a hacer a través de líneas en las cuales se conjuguen las características de la red nacional de interconexión con las de la regional de transmisión; ii) que sólo tiene lugar “*en caso de presentarse conflicto*”. De ahí que en modo alguno esta atribución sirve de fundamento a regulaciones de carácter general como la que se acusa que no pretende dirimir un conflicto particular y concreto, como lo impone el segundo presupuesto.

En lo tocante con el ordinal a) del numeral 74.1 del artículo 74 de la ley 142, igualmente esgrimido por la CREG en su contestación de demanda, que dispone que la Comisión puede adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado, resultan pertinentes la reflexiones de orden constitucional arriba expuestas. En efecto, una interpretación conforme a la Constitución de esta atribución indica que si bien se autoriza a la CREG a realizar tratos diferenciados, los mismos no pueden contravenir lo dispuesto por la ley, de modo que si esta –a su turno- hizo una diferenciación, como es el caso del

---

<sup>36</sup>MORENO, Luis Ferney, Servicios públicos domiciliarios- perspectivas de derecho económico, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 299.

artículo 74 de la ley 143, precepto que goza de presunción de constitucionalidad, el regulador económico no puede establecer una regla de comportamiento diferencial que desconozca la diferenciación prevista por la ley.

Al descender estas premisas legales al caso que se estudia y en orden a evaluar la medida que se consigna en la resolución atacada, esto es la restricción en la participación en la actividad de transmisión nacional en los procesos de selección allí regulados por vía general únicamente a las empresas constituidas como E.S.P. que tengan como objeto exclusivo la actividad de transmisión nacional en lo relacionado con el sector eléctrico, es preciso concluir el quebrantamiento del artículo 74 de la ley 143 dado que, teniendo como referencia el alcance constitucional de las atribuciones de las comisiones de regulación sectoriales de los servicios públicos domiciliarios, la Sala encuentra:

i) Que, como ya se indicó, la función regulatoria de conformidad con el artículo 370 Constitucional debe ejercerse con sujeción a la ley, como lo dispuso en la modulación del fallo de constitucionalidad con efectos de cosa juzgada absoluta la Corte Constitucional en la Sentencia C 1162 de 2000. En consecuencia, el segmento normativo atacado no es válido a la luz de la ley 143, en cuanto establece una restricción a las actividades de las empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de la ley 143;

ii) Que, aunque la consideración de principio esgrimida es suficiente para expulsar del ordenamiento el literal a) del artículo 10 de la resolución atacada, es preciso añadir que la medida enjuiciada no es tampoco –como pretende la accionada– reproducción a nivel regulatorio de lo previsto por el parágrafo 3º del artículo 31 de la ley 143, puesto que dicha preceptiva como se expuso si bien señala una limitación a participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad alude exclusivamente a ISA y ahora a la empresa que la sustituyó en la administración del Centro Nacional de Despacho;

iii) Que adicionalmente la resolución en el segmento normativo impugnado tampoco es desarrollo de lo dispuesto por el artículo 28 de la ley 143, que el demandado hizo ver como un precepto que limitaba los alcances del artículo 74 de la ley 143.

La Sala acoge así el criterio expuesto por la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de los artículos 14.18 y 69 de la ley 142. Dijo la Corte Constitucional en forma nítida e incontestable que el regulador de los servicios públicos no puede completar la ley:

“ (...) En materia de servicios públicos domiciliarios, debe resaltarse que la regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para ‘completar la ley’, o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República -y, más grave todavía, a sus delegatarios- atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentran el principio de separación de funciones de los órganos del Estado (artículo 113 Ibidem), el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas (art. 150, numeral 10, C.P.) y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas.

“En efecto, ‘completar’ según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa ‘añadir a una magnitud o cantidad las partes que le faltan’, y ello implica que ‘regular’ ha sido erróneamente asimilado a ‘legislar’, en tanto ha sido entendida como la función de llenar los vacíos legales. Y como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga ‘con sujeción a la ley’, no ‘para completar la ley’.

“Tampoco resultan ajustadas a la Constitución otras interpretaciones doctrinarias que han venido haciendo carrera en nuestro medio, consistentes en que las resoluciones de las comisiones de regulación ‘en forma conjunta con la ley forman una proposición jurídica’, y que a diferencia de los decretos reglamentarios pueden ‘llenar los vacíos legislativos dejados por el legislador’, en la medida en que son actos de creación de Derecho.

“Este tipo de interpretaciones es abiertamente opuesto a la Constitución, ya que ellas otorgan a los actos de las comisiones -que la Corte estima subalternos de la política trazada por la ley y por los decretos reglamentarios- un alcance normativo general de alta jerarquía y le confieren la atribución inconstitucional de ‘crear Derecho’ en forma compartida con el legislador ordinario, o la de desplazarlo, e incluso la de formulación de normas ‘como atribución constitucional propia’. Se ha llegado al extremo de definir las disposiciones reguladoras como una ‘legislación secundaria’, y ello bajo la desacertada importación de modelos foráneos que no encajan dentro de nuestro sistema jurídico, y que han sido acogidos sin tener en cuenta las muy diversas bases fácticas y jurídicas que han moldeado los diferentes sistemas. También se ha dicho erróneamente que, en virtud de la delegación, las comisiones

podrían llegar a derogar leyes y aún a dictar normas 'de aplicación preferente frente a ellas', todo lo cual desnaturaliza el concepto mismo de delegación de funciones administrativas, pues excede los límites de ellas, y rompe la estructura de separación funcional prevista en la Constitución (arts. 113 y 150 C.P.).

"A juicio de la Corte, estas interpretaciones se apartan de los preceptos constitucionales, pues de ninguna forma se puede admitir que órganos administrativos asuman extraordinariamente una función legislativa, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Carta contempla en cabeza del Presidente de la República. Aceptar aquella posibilidad afectaría gravemente el principio democrático."<sup>37</sup> (se subraya)

De todo lo atrás discurrido se impone concluir que el segmento normativo de la resolución enjuiciada –interpretado como lo hace en su defensa la CREG- incurre en abierta trasgresión del artículo 74 de la ley 143, sin que sea –como aseguró la entidad accionada- desarrollo de otros preceptos de la misma ley, en particular el artículo 23 y los párrafos 3º y 5º del artículo 32. Basta remitirse al texto de la resolución, para corroborar que su contenido normativo no se aviene a los mandatos superiores referentes a las actividades del sector eléctrico.

En efecto, la norma impugnada prevé –tal y como la entiende la CREG en su defensa- una restricción para participar en los procesos de selección allí regulados no solo no prevista en la ley, sino más aún contraria a sus mandatos en tanto impone que el proponente –sin distingo alguno- tenga como objeto exclusivo la actividad de transmisión nacional en lo relacionado con el sector eléctrico.

Esta breve síntesis de la norma acusada pone de relieve que su contenido normativo -de ser interpretado con el criterio expuesto por la CREG en su defensa- contraviene de manera abierta el mandato legal contenido en el artículo 74 de la ley 143 invocado por el actor, al desconocer que dicho precepto sólo aplica a las empresas que con posterioridad a la vigencia de la ley 143 se constituyan como transportadoras, al tiempo que restringe en abierta contravía con la ley la participación en la actividad de transmisión nacional que regula la resolución de la que hace parte a aquellas empresas que tengan objeto exclusivo.

En otros términos y, conforme a lo anotado, el texto normativo enjuiciado –interpretado como lo hace la CREG en su defensa- no sólo riñen con el marco legal que gobierna a la actividad de transmisión nacional del sector eléctrico, sino

---

<sup>37</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1162 de 2000, MP José Gregorio Hernández Galindo.

que simultáneamente entraña un desbordamiento de las atribuciones regulatorias de la CREG al no expedirse con sujeción a la ley tal y como señala el artículo 370 Constitucional y lo fijó con alcance de cosa juzgada absoluta la Corte Constitucional en Sentencia C 1162 de 2000, que es preciso expulsar del ordenamiento jurídico.

La disposición regulatoria acusada permite dos interpretaciones: i) la expuesta por la CREG en su defensa en este proceso, que como se vio supone la contradicción con el marco legal expuesto y ii) una segunda conforme a la cual este precepto sólo puede aplicarse bajo el entendido que la exigencia contenida en el literal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998 no se predica de los transmisores constituidos con anterioridad a la expedición de la ley 143, en tanto frente a ellos se aplica lo dispuesto por el artículo 74 de la ley 143 de 1994.

Esta situación impide que la decisión sea simplemente la de expulsar del ordenamiento jurídico el acto administrativo atacado cuando una interpretación del mismo se ajusta a las normas superiores, circunstancia que impone mantener en el ordenamiento jurídico el segmento normativo de la resolución acusada, pero condicionado a que sólo es válida la segunda de las interpretaciones expuestas.

Esta técnica permite al juez contencioso a la vez garantizar la supremacía de las normativas superiores sobre el acto administrativo objeto del contencioso objetivo, al no retirar del ordenamiento una disposición administrativa que admite una lectura conforme a las normas superiores, pero simultáneamente respetando la supremacía de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias, sin que en modo alguno se extralimiten los poderes del juez administrativo conforme a lo prescrito por el artículo 84 del CCA.

La determinación que se adopta en modo alguno es arbitraria, sino que –*contrario sensu*– es la consecuencia lógica del rol del juez administrativo como *guardián de la legalidad administrativa*<sup>38</sup> en la medida en que –como advierte Merlk– la justicia

---

<sup>38</sup> Dentro de las razones que determinan el surgimiento de la justicia administrativa ocupa el primer lugar el principio de legalidad, como enseña el profesor Eduardo García de Enterría en su célebre opúsculo "La lucha contra las inmunidades del poder", Cuadernos Civitas, Madrid, Tercera Edición, 1983, p. 14 y ss. En términos similares Bodenheimer observa que "[d]ebe definirse el derecho administrativo como el Derecho que se refiere a las limitaciones puestas a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas" (BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho, México, 1964, p. 116). Sobre las dificultades que entraña esta fórmula clásica, vid. Rivero, Jean. El juez administrativo: ¿Guardián de la legalidad administrativa o guardián administrativo de la legalidad? en Páginas de Derecho Administrativo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Ed. Temis, Bogotá, 2002, p. 153 y ss.



administrativa en su génesis fue concebida como un instrumento eficaz de fiscalización a la administración<sup>39</sup> e instituida para garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general<sup>40</sup>. Sobre el alcance de este control judicial de la administración, la Sala ha precisado que:

“(…) el ejercicio de la función administrativa, como observa Laubadère, está dominado por el principio fundamental de la legalidad, este principio significa que las autoridades administrativas, en las decisiones que adoptan, están obligadas a conformarse a la ley, o más exactamente a la legalidad, es decir, a un conjunto de reglas de derecho de rangos y contenidos diversos. Este principio concierne a todas las actividades de las autoridades administrativas: en primer lugar, las decisiones administrativas individuales y los contratos, por las cuales este principio significa que toda medida particular debe estar conforme a las reglas preestablecidas<sup>41</sup>. “En efecto, toda democracia liberal se construye a partir de la sumisión de la Administración al derecho<sup>42</sup> que se confunde con la

---

<sup>39</sup> Según Merkl: “La exigencia de una justicia administrativa se comprende históricamente como protesta contra los métodos administrativos del Estado de policía absoluto, aunque ha sido un Estado absoluto, el de Napoleón, quien ha consagrado este imperativo moderno. La introducción de esta institución ha significado, queriendo o sin querer, un voto de desconfianza para la administración y un voto de confianza para la justicia. Es un testimonio vivo de que el liberalismo llevaba en su programa algo más que frases vacías. La justicia administrativa era uno de los tres imperativos que el liberalismo aportaba a la política administrativa –los otros dos eran la legalidad de la administración y la auto-administración- que hoy se han convertido en un bien común del moderno derecho administrativo, sin que nos diéramos cuenta certera de su origen ideológico. Desde tres puntos fue transformada la administración, el reducto más firme del absolutismo: mediante la exigencia de legalidad, la administración, sometida hasta ahora a la voluntad única del monarca fue sometida a la voluntad mediata del pueblo expresada por la ley. Mediante la exigencia de una auto-administración se hizo sitio, dentro de la administración, para el ejercicio de la soberanía inmediata de la voluntad del pueblo. Y mediante la exigencia de una justicia administrativa se crearon las garantías de que la voluntad popular, que encuentra su expresión, dentro de la administración, en la forma de la ley, habría de manifestarse en los actos administrativos de manera pura, limpia de todo influjo incontrolable e irresponsable.” (MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo, Editora Nacional, México, 1980, p. 469 y ss. )

<sup>40</sup> A juicio de Parejo Alfonso: “[s]e trata, sin embargo, de una formulación histórica efímera y de realización efectiva prácticamente nula, toda vez que el ejecutivo nunca se limitó verdaderamente –ni en Francia, ni en España- al puro papel de brazo ejecutor de la voluntad parlamentaria. Sobre la praxis y facilitado el proceso primero por el régimen napoleónico y luego por la implantación de la monarquía constitucional, se va a ir produciendo una evolución hacia una significación del principio como vinculación negativa, es decir, como expresivo sencillamente de la Ley como límite para la acción de la organización a la que está encomendada la función ejecutiva, que posee un fundamento y una legitimidad propios.

“(…) La vinculación del poder ejecutivo a la Ley significa, por de pronto, la interdicción de cualquier actuación del mismo en contradicción con ésta, de suerte que la infracción de tal interdicción lleva aparejada la nulidad de la medida en que se traduzca. Es ésta la consecuencia natural de la fuerza específica de la Ley en un Estado democrático, en tanto que expresión de la voluntad de la representación primaria de la soberanía popular.” (PAREJO ALONSO, Luciano et al. Manual de Derecho Administrativo, Volumen 1, Ariel Derecho, 5ª edición corregida, aumentada y puesta al día, Barcelona, 1998, p. 78 y 83.)

De acuerdo con Parada: “La Justicia administrativa es...una Jurisdicción tensa porque tiene la dura misión de controlar los actos de poder. Ésa es su tarea cotidiana...en la Justicia administrativa la tensión con el poder es el pan de cada día” (PARADA, Ramón. Derecho Administrativo I Parte General, Decimocuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 671).

<sup>41</sup> DE LAUBADÈRE, André, VENEZIA, Jean-Claude et GAUDEMET, Yves. Traité de Droit Administratif, tome I, 12<sup>e</sup> édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, LGDJ, Paris, 1992, p. 527.

<sup>42</sup> RIVERO, Jean et WALINE, Jean. Droit Administratif, Précis Droit Public, Ed. Dalloz, Paris, 15<sup>e</sup> Édition, 1994, p. 13. En igual sentido GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Ed. Tecnos, Duodécima edición, Madrid, 1994, p. 63.

misma idea de Estado de Derecho<sup>43</sup>: la cual constituye una limitación del poder administrativo<sup>44</sup>. El rol del ejecutivo no es otro que asegurar la traducción de la ley en la realidad y si la función de la administración es esencialmente ejecutiva es claro que ella encuentra en la ley no sólo el fundamento, sino el límite a su acción<sup>45</sup>. Principio de legalidad de la actividad administrativa<sup>46</sup> que obviamente se predica también respecto de las relaciones contractuales del Estado, como expresión de la función administrativa<sup>47</sup>, tal y como recientemente lo advirtió esta Sala.<sup>48</sup> Por ello el control asignado a todo juez administrativo, como medio más eficaz para asegurar el principio de legalidad de la Administración, comporta por antonomasia apreciar la vinculación de la Administración en su accionar a la ley<sup>49</sup>, de modo que toda solución judicial a él asignada por la ley pasa por la revisión de conformidad con el ordenamiento jurídico y, por ello, está obligado a pronunciarse en derecho sobre la sujeción del servidor público a la legalidad.<sup>50</sup>

“Estas consideraciones, que pueden resumirse en que la Administración actúa *secundum legem* al ser una actividad estatal sub-legal en palabras de Marienhoff,<sup>51</sup> tienen su proyección nítida en el derecho positivo colombiano.

---

<sup>43</sup> La cláusula Estado Social de Derecho no niega los rasgos distintivos clásicos de la cláusula Estado de Derecho, sino que por el contrario participa de ellos. (GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo, Alianza Universidad, novena reimpresión, 1995, Madrid, p. 56).

<sup>44</sup> DE LAUBADÈRE...Op. Cit. p. 527.

<sup>45</sup> RIVERO...Op. Cit. p. 13.

<sup>46</sup> Garrido Falla sostiene que: “[e]l principio de legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, la más importante de las columnas sobre que se asienta el total edificio del Derecho administrativo. No solamente supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del poder legislativo, lo cual viene de suyo postulado por la misma mecánica de la división de poderes y por el mayor valor formal que a los actos del poder legislativo se concede, sino asimismo...la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad, o, incluso, por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia” (GARRIDO FALLA...Op. Cit. p. 177).

<sup>47</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 110 y ss.

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560, Ref. Recurso de anulación de laudo arbitral, Actor: Sociedad Centrimed Ltda., Demandado: Hospital Militar Central.

<sup>49</sup> LARENZ, Karl. Derecho justo, fundamentos de ética jurídica. Monografías Civitas, Madrid, Reimpresión, 1993, p. 165.

En criterio de Gordillo del principio de separación de poderes “se desprende la importante función del juez, como contrapeso fundamental de la administración pública...No habrá derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, mientras no haya en él una adecuada protección judicial de los particulares contra el ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa” (GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, primera edición colombiana, 1998, p. V-7 y V-8).

<sup>50</sup> Cassagne estima que: “[s]i las potestades tienen su origen en el ordenamiento jurídico, se requiere, por aplicación del principio de legalidad, que una norma previa la configure y la atribuya...Como un principio básico de la actual concepción del Estado de Derecho, debe tenerse en cuenta que no obstante el hecho de que las potestades administrativas traducen situaciones ordinarias de ejercicio del Poder Público, ellas no pueden ser absolutas e ilimitadas sino razonables y justamente medidas y tasadas en su extensión por el propio ordenamiento jurídico, que acota sus límites y precisa su contenido” (CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo Tomo I, Séptima edición, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 124).

<sup>51</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Teoría General, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Quinta edición actualizada, 2003, p. 76

“Así, la Constitución Política en el preámbulo<sup>52</sup> cuando luego de señalar los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento y los valores que la Constitución aspira a realizar, dispone que ese *thelos* estatal sólo puede lograrse dentro de un *‘marco jurídico democrático’*; a su vez el artículo 3 prescribe que el poder público emanado del pueblo *‘se ejerce en los términos que la Constitución establece’*, por su parte el artículo 6 indica que *‘[l]os particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones’*; en el mismo sentido se pronuncian los artículos 121 y 122 de la misma Carta.

“Al tiempo que, a nivel legislativo, el artículo 2 del Código Contencioso Administrativo establece: *‘Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes...’*; al tiempo que el artículo 82 del mismo Código (modificado art. 30 ley 446 de 1998) al prever el objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo determina que ella está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado (...).<sup>53</sup>

La sentencia interpretativa que se adoptará en función del contenido del acto acusado se limitará a modular sus efectos y en lugar de retirar del ordenamiento jurídico la preceptiva administrativa demandada o de mantenerla a pesar de las observaciones de legalidad señaladas, se proferirá un pronunciamiento que alterará parcialmente su contenido y supone, de paso, que se expulsa del ordenamiento cualquier otra interpretación que admita la norma acusada, incluida –por supuesto- la esgrimida por la CREG a lo largo de este proceso.

La decisión desde el punto de vista de su contenido que adoptará la Sala es del tipo de condicionadas que suele emplearse de antaño en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes<sup>54</sup> y que recientemente comenzó a aplicarse respecto de actos administrativos en Francia<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Sobre el valor normativo del preámbulo vid. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 479 de 1992.

<sup>53</sup> CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, auto de 16 de marzo de 2005, Radicación número 25000232600020020121601 (27.921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y OTROS, Demandado: Instituto Nacional de Vías-Invias, Referencia: Contractual recurso ordinario de reposición, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>54</sup> Cfr. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro, Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana, en Revista Estudios Socio-jurídicos, Facultad de Jurisprudencia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Vol. 2, No. 1, marzo de 2000, p. 9 y ss.

<sup>55</sup> LE CONSEIL D'ÉTAT, Arrêt d'assemblée du 14 mai 2004 (Assoc. AC! et autres) Vid. BOULOUIS, Nicolas et COURRÈGES, Anne, Passé et avenir des annulations contentieuses-Le Conseil d'État module dans le temps les effets d'une annulation, en La lettre de la justice administrative, Numéro 4, juillet 2004, en [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)

En tal virtud, la Sala acoge parcialmente el concepto de la Procuraduría Novena Delegada ante esta Corporación y, en consecuencia, declarará ajustado a derecho el segmento normativo del acto acusado, bajo el entendido que el mismo respeta lo dispuesto por el artículo 74 de la ley 143.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### F A L L A

DECLÁRASE NULO el ordinal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998, por la cual se aprueban los principios generales y los procedimientos para definir el plan de expansión de referencia del Sistema de Transmisión Nacional y se establece la metodología para determinar el Ingreso regulado por concepto del Uso de este Sistema, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, pero únicamente en tanto se interprete que la restricción prevista para participar en los procesos de selección allí regulados se extiende a las empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de la ley 143.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ  
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ALIER E .HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA