

## **ACCIONES DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Competencia**

Como se observa, tanto la Constitución Política como la Ley Estatutaria de la Justicia y la Ley 446 de 1998, son coincidentes y enfáticas al establecer que son de conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, siempre y cuando se cumpla con los siguientes presupuestos a saber: i) que la impugnación recaiga sobre un decreto de carácter general y ii) que ese decreto haya sido expedido por el Gobierno Nacional, entendiéndose como tal, según lo preceptuado por la Carta Superior, el acto proferido conjuntamente por el Presidente de la República y los Ministros del despacho o los Directores de Departamentos Administrativos; iii) Que el acto expedido por el Gobierno Nacional no obedezca a función propiamente administrativa, esto es, que se trate de actos de poder, de autoridad o políticos.

**NOTA DE RELATORIA:** Fuente normativa: artículo 115, inciso segundo y artículo 237 de la Constitución Política; Ley 270 de 1996, artículos 37, numeral 9º y 49; numeral 7º del artículo 33 de la Ley 446 de 1998.

**RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO EN EL ORDEN NACIONAL - Composición / UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES - Comisión de Regulación de Aguas y Saneamiento Básico. CRA / UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES - No forman parte del Gobierno Nacional / UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES - Aunque están adscritas a un Ministerio no pueden ser catalogadas como el Ministerio mismo o como una dependencia de éste**

De otra parte, si examinamos la Ley 489 de 1998, se observa que el artículo 38 determina la forma como se encuentra integrada la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. Como parte del sector central enlista, entre otros, a la Presidencia de la República; a los Ministerios y Departamentos Administrativos y a las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica. Armonizando el artículo 38 de la Ley 489, con el artículo 115 constitucional, debe arribarse a la conclusión de que aunque las Unidades Administrativas Especiales, calidad que detenta la CRA según lo prescrito por el artículo 69 de la Ley 142 de 1994, hacen parte del sector central e integran la estructura administrativa de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, no constituyen el Gobierno Nacional en tanto que la Constitución Política preceptúa que tal condición la detentan en conjunto el Presidente de la República, los ministros y los directores de departamento administrativo. Así mismo, el artículo 67 de la Ley 489 define a las Unidades Administrativas Especiales como “organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquélla les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo”. Por su parte el Parágrafo del artículo 50 de la misma ley, dispone que “Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos. De los textos legales anteriormente transcritos se infiere que las Unidades Administrativas Especiales aunque se encuentran adscritas a un Ministerio no pueden ser catalogadas como el Ministerio mismo o una dependencia de éste, en razón a que tienen autonomía administrativa y financiera así no sean personas jurídicas como tampoco lo son los Ministerios; pero en todo caso, ni dichas Unidades Administrativas, ni las autoridades que las representan, hacen parte del Gobierno Nacional en términos de lo prescrito por el artículo 115 constitucional.

## **CONSEJO DE ESTADO - Competencia / DECRETOS DEL EJECUTIVO - Juzgamiento por inconstitucionalidad atribuido al Consejo de Estado**

De conformidad con lo anterior, resulta claro que es competencia del Consejo de Estado, preservar la integridad de la Constitución Política sobre los decretos dictados por el Presidente de la República, los ministros y los directores de los departamentos administrativos, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, es decir, que esta Corporación, tiene atribuida una competencia residual que debe ser ejercida a través de la Sala Plena del Consejo de Estado. En cuanto a la clase de decretos del ejecutivo cuyo juzgamiento por inconstitucionalidad ha sido atribuido al Consejo de Estado, resulta útil mencionar la sentencia C - 037 de 1996, dictada por la Corte Constitucional en, la cual se declaró la inexequibilidad parcial del artículo 49 de la Ley 270 de 1996, por cuanto la citada norma había determinado la clase de decretos cuya nulidad por razones de inconstitucionalidad, podían ser conocidos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y con ello había impuesto una limitación que la Constitución Política no consagraba.

**NOTA DE RELATORIA:** Acerca de la competencia del Consejo de Estado para ejercer el control de constitucionalidad, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de mayo de 2006, Exp. 25000 - 23 - 27 - 000 - 2003 - 00345 - 02(AP).

## **ACCIONES DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Competencia del Consejo de Estado**

En este contexto, normativo y jurisprudencial, fuerza concluir que compete al Consejo de Estado, el conocimiento de la nulidad por violación directa de la Constitución Política, de todos los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, (decretos que se asemejan a la ley por ser actos reglas generadores de situaciones jurídicas impersonales y abstractas, leyes en sentido material), cuyo conocimiento no esté atribuido a la Corte Constitucional. De conformidad con lo expresado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, debe llegarse a la conclusión que corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de aquellos actos de carácter general y abstracto expedidos por el Gobierno Nacional, de contenido político, es decir, aquellos actos de autoridad, de poder o gobierno, mientras que corresponde a las secciones de la Sala Contenciosa el conocimiento de los actos de carácter general y abstracto, pero de contenido propiamente administrativo o sea los denominados actos de gestión.

**NOTA DE RELATORIA:** En relación con la distribución de competencias entre la Sala Plena del Consejo de Estado y las distintas Secciones que integran la Sala Contenciosa para conocer de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad sobre aquellos decretos de contenido abstracto e impersonal, expedidos por el Gobierno Nacional, Corte Constitucional, sentencia C - 560 de 1999.

**NOTA DE RELATORIA:** Acerca de la distribución de la competencia para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad entre la Sala Plena Contenciosa y las Secciones que integran la Sala Contenciosa, Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 6 de agosto de 2004, Exp. 11001 - 03 - 15 - 000 - 2001 - 0110 - 01 (AI).

**COMISION DE REGULACION DE AGUAS Y SANEAMIENTO BASICO - Acto administrativo en ejercicio de la función delegada por el Presidente de la República para cumplir con el control y vigilancia de los servicios públicos / ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO - Lo relevante es el contenido del mismo / NO ES DE CARACTER POLITICO - Las Comisiones de Regulación cumplen funciones administrativas o de gestión y los actos que expiden son típicamente administrativos / ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Competencia / CONSEJO DE ESTADO - Le compete a las distintas Secciones y no a la Sala Plena Contenciosa**

En el caso sub lite, el acto administrativo acusado es la Resolución No. 11 de 1996, expedida por la Comisión de Regulación de Aguas y Saneamiento Básico, suscrita por el Presidente de la citada Comisión y por el Coordinador General de la misma, lo cual evidencia, de una parte, que en ella no intervino el gobierno nacional, pero independientemente de esto, toda vez que las Comisiones de Regulación expiden actos administrativos en ejercicio de la función delegada por el Presidente de la República, con el fin de cumplir el control y vigilancia de los servicios públicos (art. 370 C.P.), lo relevante es el contenido mismo del acto expedido, el cual indudablemente no es de carácter político, en tanto que, cuando las Comisiones de Regulación actúan en ejercicio de la facultad que le ha sido delegada por el Presidente de la República, cumplen funciones administrativas o de gestión y los actos que expiden son típicamente administrativos, (naturaleza que subsiste así el acto sea expedido por el Presidente de la República a través de un decreto, en aquellos eventos en que decida no delegar)), de tal suerte que la competencia para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad de dichos actos, se encuentra atribuida a las distintas secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según la naturaleza del asunto y no a la Sala Plena Contenciosa. Al respecto cabe precisar que los actos expedidos por las entidades públicas y las personas privadas que ejercen funciones propias de los distintos órganos del Estado, están sometidos al control jurisdiccional, según lo preceptuado por el artículo 82 del C.C.A., el cual es ejercido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es decir, por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Jueces Administrativos. El artículo 128 del C.C.A. en la forma en que fue modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998 establece que el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá privativamente y en única instancia de los procesos de “nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden”. De otra parte, el artículo 36 de la Ley Estatutaria de la Justicia, modificatorio del artículo 97 del C.C.A., al establecer las secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo, dispuso que cada una de ellas ejercerá separadamente las funciones que de conformidad con su especialidad y cantidad de trabajo le asigne la Sala Plena del Consejo de Estado de acuerdo con la ley.

#### **CONSEJO DE ESTADO - Competencia / DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS - Secciones**

En cumplimiento de esta disposición legal, la Sala Plena del Consejo de Estado expidió el Acuerdo 58 de 1999, que posteriormente fue modificado por el Acuerdo 55 de 2003, el cual dispone la distribución de los negocios, asignados a la Sala de lo Contencioso Administrativo, entre las diferentes secciones. Entre aquellos que corresponden al conocimiento de la Sección Tercera de la Corporación se encuentra los procesos de “simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros”. Armonizando las

disposiciones antes referidas, no existe la menor duda de que el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos del gobierno nacional, que no sean expedidos en ejercicio de función administrativa compete a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, pero cuando la acción de nulidad por violación directa de la Constitución Política versa sobre actos administrativos propiamente dichos, expedidos por una autoridad nacional, diferente de aquellas que integran el Gobierno nacional, el conocimiento no corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sino a una de las secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo, según la especialidad o materia de que trate el acto impugnado, de conformidad con la distribución de asuntos hecha por el Reglamento Interno expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado. Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, incoada contra la Resolución No. 11 de 9 de mayo de 1996, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por tratarse de un acto administrativo emanado de una autoridad del orden nacional, de contenido contractual, en virtud de lo prescrito por el artículo 128 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, a cuyo tenor, “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional ...” e igualmente con fundamento en lo preceptuado por el artículo 1º del Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por el Consejo de Estado, mediante el cual se modificó el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999.

**COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO**  
**- Legalidad del acto mediante la cual se establecen reglas sobre contratos de concesión para el otorgamiento de áreas para la prestación del servicio público de aseo / ACTO ADMINISTRATIVO - Susceptible de control judicial / ACTO ADMINISTRATIVO, RESOLUCION, CIRCULAR - No importa la calificación formal de la decisión que se demanda para catalogarlo como acto administrativo**

Sobre el particular resulta pertinente acudir a las definiciones que por vía jurisprudencial y doctrinal han sido desarrolladas. Se ha entendido como acto administrativo “toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares tendiente a la producción de efectos jurídicos. Es decir, con la capacidad suficiente para alterar el mundo jurídico. Si la manifestación de voluntad no decide, no es un acto administrativo”. También se ha sostenido que “...El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual actúa, constituya en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión... Así, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención,... en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho” Bajo estos lineamientos conceptuales se entiende que siempre que exista una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración o de un sujeto diferente, en ejercicio de la función administrativa a él atribuida conforme a la ley, que tenga carácter decisorio, es decir, que produzca efectos jurídicos, en cuanto cree, modifique o extinga situaciones

jurídicas, habrá un acto susceptible de ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para que ésta se pronuncie sobre su legalidad. No importa, como se aprecia, la calificación formal de la decisión que se demanda; la misma podría denominarse “acto administrativo”, “resolución”, “circular” o de cualquier otra manera; puesto que lo determinante es que contenga los elementos referidos y de ser así, resulta procedente el juicio de legalidad que se proponga ante esta jurisdicción.

### **RESOLUCION 11 DE 1996 - Contiene reglas para contratos de concesión celebrados por entidades territoriales para otorgar áreas de servicio exclusivo en la prestación del servicio de aseo**

Se observa que la Resolución No. 11 de 1996, que ha sido enjuiciada, fue expedida por una Unidad Administrativa Especial que hace parte del sector central de la rama ejecutiva, además, se evidencia que ella contiene unas reglas de contratación para aquellos contratos de concesión que sean celebrados por las entidades territoriales para otorgar áreas de servicio exclusivo en la prestación del servicio de aseo, las cuales deben ser cumplidas por los operadores de los servicios de acueducto y saneamiento básico cuando quiera que vayan a celebrar negocios jurídicos, razón por la cual, no existe duda sobre la naturaleza de acto administrativo que detenta la Resolución demandada, susceptible de ser controlada por vía jurisdiccional.

### **SERVICIOS PUBLICOS - En la legislación colombiana**

La Constitución Política Colombiana, en su artículo 365, consagra los servicios públicos como una actividad inherente a la finalidad del Estado que le impone el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Igualmente, dicho mandato defiere al legislador la fijación del régimen jurídico al cual estarán sometidos los servicios públicos y señala la posibilidad de que estos sean prestados directamente por el Estado o también por particulares o por comunidades organizadas, bajo su regulación control y vigilancia. La Carta Política no contiene, en estricto sentido, una definición o clasificación de los servicios públicos, pero sí hace numerosas referencias a éstos en varios de sus artículos; así, menciona algunos de los servicios públicos básicos (suministro de agua potable, saneamiento básico) y los servicios públicos esenciales en cuya prestación está restringido el derecho de huelga, dada su naturaleza; igualmente se refiere a los servicios públicos domiciliarios dejando a la ley la fijación de competencias y responsabilidades en su prestación, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario que deberá ser establecido teniendo en cuenta no solo los criterios de costos sino también los principios de solidaridad y redistribución de los ingresos. También responsabiliza a los municipios de su prestación pero atribuye a los Departamentos funciones de apoyo y coordinación. La noción de servicios públicos se encuentra definida por la Ley 80 de 1993, en su artículo 2.3 como aquellos “que están destinados a satisfacer las necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.” Del contenido de estos textos normativos se observa que el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación de los servicios públicos, fundamentalmente para satisfacer las necesidades colectivas, garantizar el bienestar general y mejorar la calidad de vida de la población, es decir que su contenido y finalidad es eminentemente social, lo cual no excluye la posibilidad de la participación del sector privado en su gestión; de tal suerte que según el precepto constitucional, para la prestación de los servicios públicos no es necesaria la gestión directa del Estado. Por su parte

la Ley 142 de 1994, norma mediante la cual se fija el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, en su artículo 1º, ubica dentro de esta categoría a los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. A su vez el artículo 5º de la misma ley establece la competencia de las entidades territoriales para asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de manera eficiente, a través de las empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto o también de manera directa y, el artículo 6º establece la prestación directa de los servicios públicos domiciliarios por parte de los municipios, por razones de conveniencia o de orden técnico que se entienden en eventos en los cuales se presenta falta de concurrencia en los procedimientos de selección.

### **SERVICIOS PUBLICOS - Cumplen una función social / VIGILANCIA Y CONTROL - Corresponde al Estado**

En este contexto se vislumbra que si los servicios públicos en general y los servicios públicos domiciliarios en particular, cumplen una función social, corresponde al Estado ejercer la vigilancia y control para que éstos sean prestados con eficiencia, se asegure la competencia y se eviten situaciones de monopolio que afectan los intereses de los usuarios que son los destinatarios del servicio público, salvo que se den situaciones en la cuales el bienestar general no puede satisfacerse mediante la actividad privada, ejercida libremente y en competencia. La intervención del Estado se obtiene y materializa mediante la “regulación” autorizada por la Constitución Política y la ley con el fin alcanzar el control, la permanencia y legitimidad del mercado, para hacer que las empresas se comporten de manera más eficiente, lo cual conduce a tener mayores beneficios. Pero también los usuarios pueden participar en la gestión y fiscalización de los servicios públicos, con fundamento en los mecanismos de la democracia participativa consagrada por la Constitución Política como principio, finalidad y forma de gobierno en los artículos 1º, 2º y 369 y de esta manera garantizar la satisfacción de las necesidades de la población.

### **COMISIONES DE REGULACION - Funciones de regulación / COMISIONES DE REGULACION - Delegación de funciones presidenciales / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Al legislador le compete definir su régimen jurídico**

El artículo 150 de la Constitución Política le fijó al Congreso la atribución de expedir las leyes y por medio de ellas la asignación de competencias para el ejercicio de diferentes funciones, entre las cuales se encuentran las relacionadas con la intervención y vigilancia de los servicios públicos. Así, el numeral 8º de la citada norma le asignó la función de expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional al ejercer las funciones de inspección y vigilancia establecidas en la Constitución; el numeral 21 le otorgó la facultad de expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 constitucional, en cuyas disposiciones se deben precisar tanto sus fines y alcances como los límites y restricciones a la libertad económica y el numeral 23º lo facultó para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. Adicionalmente el artículo 367 constitucional defiere al legislador la labor de “fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación” así como “el régimen tarifario” que deberá fijarse teniendo en cuenta “los criterios de costos” pero también “los de solidaridad y redistribución de los ingresos. Finalmente, el artículo 370 de la Constitución Política atribuye al

Presidente de la República la responsabilidad de fijar, con sujeción a la ley, “las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”. Desde este panorama normativo resulta claro que corresponde exclusivamente al legislador definir el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios y al ejecutivo fijar las políticas del sector y expedir la regulación de dichos servicios con sometimiento a la ley, como también, ejercer funciones de control, inspección y vigilancia sobre los mismos.

### **COMISIONES DE REGULACION - Funciones de regulación**

La Carta Política atribuye al Presidente de la República la facultad de fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (art. 370), actividad que se encuentran sometida a los precisos límites establecidos por la Constitución, la Ley y los reglamentos como una manera de intervención del Estado en la prestación de dichos servicios. La función de regulación ha sido concebida por la jurisprudencia como “una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos dirigidos a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso; a permitir el flujo de actividad socio - económica respectiva. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades”. La regulación constituye una manifestación de la intervención del Estado con el fin de orientar la actividad económica hacia los fines de interés general establecidos en la Constitución Política y la ley, lo cual conlleva a establecer un marco normativo orientado a optimizar la eficiente prestación de los servicios públicos y por ende, la satisfacción de las necesidades de la comunidad, para que el prestador del servicio público se someta a dichas regulaciones y de esta manera impedir que se presenten actos de competencia desleal; situaciones de abuso de posición dominante; restricciones a la libre competencia y el surgimiento de monopolios que desfiguran el interés general que orienta la prestación de los servicios públicos. La intervención del Estado al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 142 de 1994 también se manifiesta mediante la promoción y estímulo a la inversión a quienes prestan los servicios públicos; la consecución de recursos para este efecto; el control y vigilancia para que se de cumplimiento a las normas, planes y programas; el otorgamiento de subsidios a las personas de bajos ingresos y toda una serie de medidas tendientes a la satisfacción del interés público.

### **COMISIONES DE REGULACION - Naturaleza jurídica de sus actos / EJERCICIO DE LA FUNCION REGULATORIA - No consiste en completar la ley, ni suplir sus vacíos. La función regulatoria debe ejercerse con sujeción a la ley y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos**

Desde otra perspectiva, en cuanto a la naturaleza jurídica de los actos expedidos en ejercicio de la función regulatoria, la jurisprudencia de la Sala [Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 16257, de 5 de marzo de 2008, exp. 20409] ha hecho claridad en cuanto que ésta no consiste en “completar la ley”, o “formar una proposición jurídica completa con la ley” ni suplir los vacíos de la ley, puesto que según el marco constitucional y legal la función regulatoria debe ejercerse con

sujeción a la ley y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos, por no tener rango legislativo. Igualmente señaló, en consonancia con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que la función reguladora es una atribución administrativa asignada por la Constitución al Presidente, que debe ejercerse con sujeción a la ley. Así, las decisiones emanadas en ejercicio de las funciones regulatorias son actos administrativos susceptibles de control jurisdiccional por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

**COMISIONES DE REGULACION - Delegación de funciones de regulación / COMISIONES DE REGULACION - Su regulación no puede invadir la órbita de competencia del legislador / COMISIONES DE REGULACION - Su regulación no puede sobrepasar el ejercicio de la potestad reglamentaria otorgada al Presidente de la República**

En cuanto a la delegación de las funciones de regulación conviene precisar que no obstante que la Carta Política atribuye al Presidente de la República la facultad de fijar las políticas generales de administración, el control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (art. 370), tales funciones, en virtud de la misma Constitución (art. 211) y de la Ley (art. 68 de la Ley 142 de 1994) podrán ser delegadas a las Comisiones de Regulación, cuyas decisiones deben obedecer a las políticas y directrices fijadas por el Presidente, y encontrarse sometidas a los límites establecidos por la Constitución, la Ley y los reglamentos; sin que por motivo alguno, la regulación emanada de las citadas Comisiones, que comprende la expedición de normas generales, pueda invadir la órbita de competencia que la Carta Política ha atribuido al legislador, ni tampoco el ejercicio de la potestad reglamentaria que el artículo 189 - 11 superior ha otorgado al Presidente de la República y que es de su exclusivo resorte. De conformidad con estos lineamientos jurisprudenciales [Sentencias C - 272 de 1998 y C - 1162 de 2000] se puede establecer que: i) el Presidente podrá delegar a las Comisiones de Regulación las funciones inherentes a la fijación de políticas de control y eficiencia en materia de servicios públicos, en tanto que no se trata de decisiones de alta política que requieran exclusivamente de la presencia del primer mandatario, ni con ello se compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional, amén de que corresponde a una función que cumple el Presidente como Jefe de la Administración; ii) Las competencias de regulación atribuidas a las Comisiones de Regulación se materializan a través de actos administrativos, en consecuencia, no tienen rango legislativo; iii) El ejercicio de la facultad reguladora corresponde al cumplimiento de una función presidencial señalada en el primer aparte del artículo 370 constitucional, la cual se ejerce con sujeción a la ley, y requiere previa delegación del Presidente de la República en los términos señalados en el artículo 211 de la Carta Política; iv) la función reguladora atribuida a las Comisiones de Regulación de los servicios públicos no corresponde al ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada en el artículo 189 - 11 de la Constitución Política.

**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Ejercicio de la potestad reglamentaria / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Competencias a él consagradas por la Constitución Política. Diferencias**

Conviene ahora precisar que la potestad reglamentaria que el artículo 189 - 11 de la Constitución Política, otorga al Presidente de la República como Suprema autoridad administrativa, difiere de las facultades atribuidas por el artículo 370 de la Carta Superior. La facultad reglamentaria ha sido definida por la Sala como "la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las



reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance". El poder reglamentario no sólo es exclusivo del Presidente de la República sino que también puede encontrarse radicado en otras autoridades administrativas tema sobre el cual la jurisprudencia de la Sala ha hecho una importante distinción entre la potestad reglamentaria atribuida al Jefe de Estado y aquellas facultades reglamentarias derivadas del mandato del Constituyente o del legislador otorgadas a autoridades diferentes del Presidente. Además de lo anterior resulta de la mayor importancia destacar el sometimiento de la norma reglamentaria a la ley, toda vez que ésta no puede invadir la órbita de competencia del legislador, modificando la ley o incluyendo aspectos no regulados en ella. Desde tiempos atrás, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha destacado la sumisión de los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, a la ley, En este contexto resulta obligatorio que los reglamentos que expidan las autoridades administrativas con el fin de dar ejecución a las leyes, siempre estén sujetos a la Constitución Política y a la ley, sin que dicha potestad, radicada fundamentalmente en el presidente de la República, pueda servir de pretexto para ampliar o restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo el contenido de ellas, por cuanto ello significaría el ejercicio de funciones legislativas que son del exclusivo resorte del legislador. Quiere decir que la materia del reglamento se circunscribe a lo que de manera explícita o implícita contiene la ley, con miras a asegurar su cumplida ejecución, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que contiene, pero no puede en manera alguna ampliar o restringir su alcance u ocuparse de materias ajenas al sentido y recto entendimiento de la ley.

### **PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Ejercicio de la potestad reglamentaria**

El ejercicio de la potestad reglamentaria, en cabeza del Presidente de la República, encuentra justificación en el hecho de que es mediante ésta que se hace aplicable o ejecutable la ley, pues no es común que los textos expedidos por el legislativo abarquen todos los elementos necesarios para la cabal aplicación de la ley, de tal suerte, que es a través del ejercicio de esta potestad, que se regulan los detalles que no previó la ley, esto obviamente como ya se dijo, dentro de los precisos límites fijados en ella. En otras palabras, la ley consagra disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto que, por regla general, no pueden ser aplicadas en forma directa e inmediata a los administrados, sino que requieren de una reglamentación por parte del ejecutivo a quien le corresponde la facultad reglamentaria, para que la ley encuentre su justo desarrollo. La Sala ha definido la potestad reglamentaria como "la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance. Igualmente ha precisado que "El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de

conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. La potestad reglamentaria concedida al Presidente de la República por el artículo 189 - 11 constitucional, abarca todas las materias contempladas en la ley y por supuesto lo relacionado con la reglamentación de los servicios públicos domiciliarios, facultad que es de su exclusivo resorte, razón por la cual no puede ser delegada, en términos de lo ordenado por el artículo 11 de la Ley 489 de 1998, salvo que la ley misma expresamente lo haya autorizado.

**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades indelegables / EXPEDICION DE REGLAMENTOS - No puede delegarse / EXPEDICION DE ACTOS DE REGULACION - Puede delegarse en las Comisiones de Regulación**

Dicha potestad no puede confundirse con las facultades otorgadas al Presidente de la República por el artículo 370 de la Constitución Política que alude a la facultad reguladora en materia de servicios públicos domiciliarios, aspecto que fue ampliamente expuesto en acápite anterior de esta providencia. En este contexto, resulta claro que corresponde al Presidente de la República, en materia de servicios públicos domiciliarios, de una parte expedir los reglamentos para desarrollar y hacer ejecutable la ley, facultad que no puede ser delegada, y de otra, expedir los actos de regulación como mecanismo de intervención de Estado, facultad que puede ser delegada en las Comisiones de Regulación por expresa disposición de la ley. Desde esta perspectiva resulta claro que las facultades otorgadas al Presidente de la República por el artículo 370 constitucional, que pueden ser delegadas a las Comisiones de Regulación, según lo ordenado por el artículo 211 superior y el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, no hacen parte de su potestad reglamentaria sino de la facultad reguladora, entendida ésta como un mecanismo de intervención del Estado en la economía para delimitar el ejercicio de la libertad de empresa y preservar la sana y transparente competencia y de esta manera garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, dado el interés general que se encuentra comprometido con ellos.

**LIBRE COMPETENCIA - Consagración constitucional y legal**

Antes de la expedición de la Constitución de 1991, el sector de los servicios públicos domiciliarios constituía monopolio estatal, de tal suerte que el sector público, tradicionalmente había sido el gestor de dichos servicios bajo el criterio de que su prestación constituía una de las razones de existencia del Estado. En este contexto, la presencia de los particulares en esa actividad se reducía, prácticamente, a la posibilidad de actuar como contratista, en un negocio de concesión. El Constituyente del 91, con un criterio diferente abrió el campo de los servicios públicos al sector privado, redujo los monopolios estatales y promovió la concurrencia de nuevos operadores, es decir, que Colombia se sumó al llamado fenómeno mundial liberalizador de éstos, facilitando que en el mismo mercado, a la par con los operadores públicos, concurrieran las empresas privadas, bajo los supuestos de la libre competencia y la igualdad de condiciones. Lo anterior tiene fundamento en los artículos 333 y 365 Constitucional, la primera de estas normas erige la “competencia económica” a rango constitucional, al tiempo que impone como responsabilidad, a cargo del Estado, impedir las prácticas que restrinjan la libertad económica y controlar las conductas abusivas de la posición dominante en el mercado nacional. La segunda, además de establecer como obligación del Estado la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, permite que los servicios públicos puedan ser prestados por particulares, es decir, le imprime un criterio liberalizador al sector de los Servicios públicos, permitiendo que tanto el Estado como las comunidades organizadas y los particulares operen libremente en el mercado.

## **LIBRE COMPETENCIA - Régimen jurídico**

Estas normas fueron ampliamente desarrolladas por las leyes 142 y 143 de 1994, por las cuales se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, éstas, en algunas de sus disposiciones, desarrollan directa o indirectamente el principio de la libre competencia económica. El artículo 2º de la Ley 142 de 1994, en el cual se establecen las reglas de competencia a las cuales se supedita la intervención del Estado en la economía, consagra específicamente, en el numeral 2.6, la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante como uno de los fines de la intervención. El artículo 9 - 2., ibídem, que trata sobre los derechos de los usuarios, dispone que éstos podrán escoger libremente el prestador del servicio. El artículo 10, de la Ley 142 que regula la libertad de empresa, dispone que todas las personas tienen el derecho a organizar y operar empresas de Servicios públicos Domiciliarios, dentro de los límites de la Constitución y la ley. Esta es una de las principales diferencias que se establecen en relación con el régimen anterior en el cual se exigían títulos habilitantes para operar los servicios públicos. El artículo 11, ibídem, reglamenta la función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos; en su texto dispone que las entidades prestadoras de los servicios públicos no pueden abusar de la posición dominante en que se encuentran respecto del usuario, ni realizar prácticas restrictivas de la competencia, cuando ésta sea de hecho posible. Por su parte, el artículo 16 señala que los “productores de servicios marginales” deberán someterse a la celebración de contratos de concesión y a la obtención de permisos ambientales, sanitarios y municipales de que tratan los artículos 26 y 27 de la Ley 142 de 1994, e igualmente sus actos y contratos estarán sometidos a las demás normas previstas en ella, de tal forma que no se afecten las condiciones de competencia. Además, el inciso segundo del artículo 18, relacionado con el objeto de las empresas de servicios públicos, faculta a las Comisiones de Regulación para imponer la obligación a empresas de servicios públicos de tener un objeto exclusivo, cuando quiera que por la pluralidad de objetos pueda verse limitada la competencia y no se produzcan economías de escala o de aglomeración en beneficio de los usuarios. El artículo 21 faculta a las Comisiones de Regulación para autorizar que varias empresas, que operen en territorios diferentes, tengan un administrador común, siempre que con ello no se reduzca la competencia. El artículo 23 de la citada ley, dispone que las ESP puedan operar, en igualdad de condiciones, en todo el territorio nacional con sujeción a las reglas que rigen en el territorio del correspondiente departamento o municipio.

## **LIBRE COMPETENCIA - Marco legal**

El artículo 28 también garantiza la libre competencia, estableciendo el derecho de los operadores nuevos a acceder a la interconexión con las redes e infraestructuras de los operadores existentes. La efectividad de dicho acceso se constituye en una de las principales garantías de la real competencia, máxime si se tiene en cuenta que las empresas que existían al momento de entrar a regir la ley 142 - oficiales - , las cuales venían operando en forma monopólica, son, por regla general, las propietarias de las redes o instalaciones, constituyendo una desventaja para quienes aspiran a ser nuevos operadores. El artículo 30, que consagra los principios de interpretación, ordena que las normas de la citada ley, en cuanto se refieren al tema contractual, deberán ser interpretadas de manera que garantice la libre competencia y que mejor controle e impida los abusos de posición dominante pero que a la vez, favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios públicos. Se destaca el contenido del artículo 34, disposición que prohíbe expresamente a las empresas operadoras de los servicios públicos domiciliarios, llevar a cabo prácticas

abusivas, discriminatorias y restrictivas de la competencia, así como actos de competencia desleal. El artículo 35 confiere a las Comisiones de Regulación, la facultad de exigir a las empresas que tengan una posición dominante en el mercado y cuyo objeto principal sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, que se sometan a un procedimiento de licitación pública u otro que asegure la concurrencia de oferentes en igualdad de condiciones, para la adquisición de esos mismos bienes o servicios. El artículo 73 consagra las funciones de las Comisiones de Regulación, entre ellas se destaca la facultad que tienen de “regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea de hecho posible”, así como “promover la competencia entre los prestadores de servicios públicos.” En el artículo 74 se establecen las funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación. Allí se reitera, para cada una de ellas, la obligación que tienen de promover la competencia entre quienes prestan los servicios públicos correspondientes. De otra parte, el artículo 86 establece las reglas que componen el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, entre ellas las “...relativas a las prácticas tarifarias restrictivas de la competencia y que implican abuso de posición dominante”. El artículo 98 prohíbe a los operadores de los servicios públicos, la práctica de conductas restrictivas de la competencia, en materia tarifaria, relacionadas con la aplicación de tarifas que no revelen los costos operacionales y la discriminación de los clientes que poseen las mismas características comerciales para ofrecerles tarifas diferentes. De esta manera se resalta la necesidad de que exista transparencia en el tema tarifario, para garantizar realmente la competencia.

## **LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA - Finalidad**

Del contenido de las anteriores disposiciones legales, resulta claro que su finalidad es, de una parte, beneficiar a las empresas, pero de otra, proteger también a los usuarios que, como ya se señaló, tienen derecho a escoger libremente al prestador del servicio. Así lo concibió la Asamblea Nacional Constituyente, según se refleja en el Informe de Ponencia presentado, en el cual se lee: “En consecuencia, el derecho a la libre competencia económica no lo es sólo de quienes concurren al mercado con calidad de productores de bienes y servicios, sino que constituye un derecho esencial de los consumidores y usuarios (por cuanto de no existir la competencia económica estarían sometidos al ejercicio del poder monopólico o al abuso de posición dominante en términos del costo o de la calidad de los bienes y servicios que consumen o utilizan) y, más aún, de la colectividad toda, como quiera que toda la comunidad se beneficia de la operación de un sistema económico competitivo y eficiente.”.

## **DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA - No es absoluto**

Si bien los textos normativos citados pregonan la libertad económica y de empresa en el sector y la competencia en el mercado de los servicios públicos, en esas mismas normas se evidencia que estos derechos no son absolutos, sino que se encuentran limitados por la eficaz protección del interés público y el cumplimiento de la finalidad social del Estado. En criterio de la Corte Constitucional, la libre competencia económica es un derecho individual y también colectivo (artículo 88 de la Constitución), que tiene por objeto el logro de un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genere beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Es por ello que el ejercicio de tal derecho impone la actuación del Estado, quien no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades.

También ha precisado la Corte, en sentencia C - 815 de 2 de agosto de 2001, que: “[l]a protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.”

### **DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA - No impide la intervención del Estado**

Pero el derecho de la libre competencia económica no es absoluto ni tampoco impide la intervención del Estado, toda vez que como ya se dijo, su ejercicio está limitado por la protección del interés público o colectivo y el cumplimiento de los fines sociales del Estado, tal como se encuentra previsto en los artículos 333, 334, 365 y 367 de la Constitución Política; en consecuencia, el legislador, por razones de interés público y dentro de los parámetros establecidos en la propia Constitución, esta facultado para imponer limitaciones a la libre competencia, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, que establece la misma Carta Política. La imposición de límites a los derechos constitucionales ha sido admitida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así ha señalado que la “libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado”, puesto que ésta debe darse por mandato de la ley “todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particulares”, en cuanto que su propósito es “realizar los fines esenciales del Estado, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. A juicio de la Corte “la libre competencia económica no excluye en modo alguno la ingerencia de del Estado para alcanzar fines que le son propios”.

### **LIBERTAD DE COMPETENCIA EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Excepción / AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Presupuestos**

No obstante que la ley 142 de 1994 desarrolla y prohíja ampliamente la libertad de competencia en los servicios públicos domiciliarios, ella también consagra una excepción a este régimen general, al adoptar la figura de las “áreas de servicio exclusivo”, definidas en el artículo 40 de la ley 142 de 1994. La norma transcrita establece varios presupuestos que deben concurrir para que sea posible establecer áreas de servicios exclusivos para la prestación de determinados servicios públicos, tales requisitos se concretan en: i) La competencia para establecer el área de servicio exclusivo es de las entidades territoriales, de tal suerte que ninguna otra autoridad del Estado y menos una empresa prestadora del servicio, podría tomar la iniciativa para constituir un área de esta naturaleza. ii) La constitución de áreas exclusivas de servicio es potestativa de las entidades territoriales, en cuanto que la ley misma señala que las entidades “podrán” establecer estas zonas, luego no es obligatorio hacerlo, pero si decide establecerlas deberá dar cumplimiento a ciertos requisitos, entre ellos, que la creación obedezca a “motivos de interés social” y que tengan como finalidad extender la cobertura de los servicios públicos a las personas de menores ingresos. iii) La ley restringe la constitución de áreas de servicio exclusivo para la prestación de determinada clase de servicios públicos domiciliarios, entre ellos señala que podrá implementarse para los de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, dejando por fuera, el

servicio de telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural que también hacen parte de los servicios públicos domiciliarios en términos del artículo 1º de la Ley 142 de 1994. iv) Las áreas de servicio exclusivo confieren a la empresa concesionaria el derecho de explotar, con exclusividad, el servicio público domiciliario, sin que sea posible que otras empresas le hagan competencia en dicho territorio, y durante el tiempo previsto en el contrato de concesión. v) Según el artículo 40 de la Ley 142, a la cual se ha hecho referencia, la selección del concesionario que prestará el servicio en áreas exclusivas se hará “mediante invitación pública” que formula la entidad territorial, procedimiento que el parágrafo de la misma norma denomina, de “licitación”. vi) Como culminación del procedimiento de selección, el oferente ganador celebrará con la entidad territorial, un contrato estatal de concesión, de duración limitada en el tiempo. En dichos contratos deberá precisarse además, “... el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.”

### **AREAS DE SERVICIOS EXCLUSIVOS PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Figura excepcional en el régimen de los servicios públicos domiciliarios**

La creación de esta figura, excepcional en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, comporta evidentes limitaciones al derecho a la libre competencia, tanto para el usuario del servicio como para los operadores del mismo. Así, para los consumidores, implica una restricción al derecho consagrado en el artículo 9.2, y para los operadores, porque, en virtud de la celebración del contrato, pueden verse obligados a salir del área en la que vienen prestando el servicio, o bien porque no es posible ingresar a ella. No obstante lo anterior, resulta pertinente advertir que la limitación impuesta por la norma al derecho a la libre competencia de los operadores, en cierta forma se atenúa al instaurarse por el mismo artículo 40, el procedimiento de la licitación pública como mecanismo de escogencia del prestador exclusivo, orientado por los principios de la función administrativa y de los demás previstos en la ley 80 de 1993, lo cual favorece la pluralidad de concurrentes en favor de todos los interesados, procedimiento que asegura la igualdad y la libre competencia tal como ha sido admitido expresamente por varias normas que regulan la materia, expedidas con posterioridad a la Ley 142 de 1994. Conviene dejar en claro que existe una aparente discordancia en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, toda vez que al establecer el mecanismo de selección del contratista para la prestación de servicios en áreas exclusivas se refiere tanto a la “invitación pública” como a la “licitación”, procedimientos de selección que a la luz de lo previsto por el Estatuto de Contratación Administrativa, son significativamente diferentes, circunstancia que invita a desentrañar cuál fue realmente el sentido que el legislador quiso imprimirle a la forma de escogencia del contratista que prestará sus servicios en áreas de servicio exclusivo y para ello resulta útil acudir a otras normas que también regulan el mismo tema.

**CONTRATACION PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS POR PARTE DE ENTIDADES TERRITORIALES - Areas de servicio exclusivo / LICITACION PUBLICA - Debe adelantarla las entidades territoriales para contratar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, en áreas de servicio exclusivo**

Una interpretación integral de las normas antes transcritas [de la Ley 632 de 2000] demuestran a todas luces que cuando se adelanta la contratación de prestación de servicios públicos domiciliarios por parte de entidades territoriales, para áreas de servicio exclusivo, ésta debe estar precedida del procedimiento de la licitación pública y aunque el artículo 40 de la Ley 142 incurre en una imprecisión al establecer en el inciso primero que la selección se hará por invitación pública, del párrafo de esta norma, en armonía con el artículo 31 de la misma Ley, y el artículo 9 - 2 de la Ley 632 de 2000, se arriba a la conclusión de que el procedimiento que para estos casos ha impuesto la ley, es el de la licitación pública, en tanto que el tipo de contrato que se celebra como resultado de la escogencia, es el de concesión, el cual se rige por la Ley 80 de 1993, según lo ordena la Ley 142 de 1994. Como corolario de lo anteriormente expuesto, debe entenderse que el procedimiento de selección del contratista que deben adelantar las entidades territoriales para contratar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, en áreas de servicio exclusivo, indudablemente es el de la licitación pública, previsto en la Ley 80 de 1993 y hoy en la Ley 1150 de 2007.

#### **DEBIDO PROCESO - En el establecimiento de un área de servicio exclusivo**

Conviene precisar que la vigencia y aplicación del derecho al debido proceso, en materia administrativa, está previsto, expresamente, en el artículo 29 de la Constitución Política, precepto que fue consagrado por el constituyente del 91 y goza de importante protección en las actuaciones administrativas, gracias al mandato contenido en el citado artículo, en cuyo inciso primero ordena con claridad, que este derecho rige tanto en materia judicial como administrativa. Significa entonces que pese al mandato contenido en el artículo 29 constitucional, la aplicación del derecho al debido proceso en el campo administrativo ha sido matizada. En todo caso lo importante del tema es que el derecho al debido proceso, gracias a la Constitución de 1991, se erigió como propio de las actuaciones administrativas así su desarrollo en algunos aspectos, a veces resulte restringido.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, Corte Constitucional, sentencia T - 521 de 19 de septiembre de 1992. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de noviembre de 2005. Exp. 14.157.

#### **COMISIONES DE REGULACION - No están facultadas para expedir reglamentos o fijar procedimientos en virtud de la funciones de intervención, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios que les han sido delegadas**

En primer lugar deberá destacarse que las Comisiones de Regulación, no están facultadas para expedir reglamentos o fijar procedimientos en virtud de la funciones de intervención, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios que les han sido delegadas, según lo ordenado por el artículo 370 Constitucional, pues como ya se dijo sus funciones se encuentran limitadas por el marco que ha sido impuesto por la Constitución Política, la Ley y los reglamentos. La jurisprudencia de la Sala ha insistido en determinar que la función reguladora no tiene como finalidad “completar la ley”, o “formar una proposición jurídica completa con la ley” ni suplir los vacíos de la ley, puesto que según el marco constitucional y legal la función regulatoria debe ejercerse con sujeción a la ley y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos, por no tener rango legislativo.

En igual sentido la Corte Constitucional, ha señalado que la función reguladora no ostenta el carácter de ley sino que se trata de una atribución administrativa asignada por la Constitución Política al Presidente, que debe ejercerse con sujeción a la ley. En este orden de ideas, si la Ley o los reglamentos no han fijado un procedimiento especial aplicable en los eventos en los cuales se haya de establecer áreas de servicio exclusivo para la prestación de servicios públicos domiciliarios, no le es dable a las Comisiones de Regulación en virtud de su facultad reguladora, señalar un procedimiento para el efecto, lo cual no implica que las entidades territoriales al momento de establecer el área de servicio exclusivo, estén eximidas de aplicar el procedimiento general previsto por el C.C.A., para las actuaciones administrativas, pues en todo caso, dichas entidades están obligadas a acatar dicho procedimiento. A lo anterior se agrega, que realmente la tarea que debe desarrollar la comisión de regulación es de verificación de las condiciones que se encuentran establecidas por la ley, actividad administrativa que no involucra a ninguna otra persona, de manera que se trata de un trámite administrativo donde los terceros no tienen por qué resultar afectados.

**NOTA DE RELATORIA:** Respecto de la función reguladora, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, Exp. 16257; sentencia de 5 de marzo de 2008, Exp. 20409. Corte Constitucional, Sentencia C - 066 de 1997.

#### **AUTORIDAD REGULADORA - Facultades**

Queda claro entonces, que la facultad que le otorgó la ley a la autoridad reguladora –parágrafo del artículo 40 de la ley 142 - no comprende en sí misma la definición de un procedimiento administrativo, tal como reclama el actor, sino la determinación y concreción de los tres aspectos contenidos en dicho parágrafo consistentes en i) Verificar la existencia de los motivos de interés social que permitan la inclusión de áreas de servicio exclusivo; ii) Definir los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse y iii) Verificar que esto es indispensable para asegurar la viabilidad financiera para la cobertura a las personas de menores ingresos; aspectos que fueron cumplidos por la autoridad reguladora al expedir la Resolución No. 11 de 9 de mayo de 1996 que ha sido acusada, sin que por ello, se hubiere incurrido en violación del derecho de defensa consagrado en el artículo 29 constitucional.

**EXPROPIACION DEL MERCADO DEL SERVICIO - Indemnización previa a favor de quien ocupaba el espacio geográfico en que se constituya el área exclusiva / INDEMNIZACION POR EXPROPIACION DEL MERCADO DEL SERVICIO - Le corresponde asumirla al ente territorial y no a las Comisiones de Regulación**

Según lo señala el demandante, en la Resolución acusada, no se estableció la obligatoriedad de indemnizar a las personas afectadas con la decisión tomada por una entidad territorial en el sentido de crear una zona de servicio exclusivo, pero así dicha regulación no la hubiera contemplado, lo cierto es que la propia Constitución Política, artículo 365, determinó que el Estado y en el presente caso éste se encuentra representado por la entidad pública territorial, está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados cuando resulten terceros afectados, deber que subsiste en virtud de la norma constitucional, sin que sea necesaria su regulación en la resolución expedida por la CRA. Adicionalmente, es de competencia del ente territorial, determinar la indemnización que corresponde en cada caso concreto en el acto administrativo que declare la existencia del área de servicio exclusivo y no de las Comisiones de Regulación, pues es la entidad territorial correspondiente quien adopta la medida que puede dar lugar a la



terminación anticipada de los derechos de terceros afectados con el funcionamiento del área exclusiva y, como tal, será ella quien debe aplicar las disposiciones constitucionales, con el fin de indemnizar previamente a quien resulte perjudicado, sin que la Comisión de Regulación tenga ingerencia en ello.

### **AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Monopolio por parte de la empresa concesionaria que presta el servicio**

Para la Sala, a la luz de la resolución demandada, y lo prescrito por la ley regulada, no queda duda que cuando se establecen áreas de servicio exclusivo sólo la empresa concesionaria puede operar y, por lo tanto, se constituye en la única que puede ofrecer a los usuarios - residenciales o comerciales - el servicio de aseo en dicho territorio. Este tipo de monopolio surge de la ley, porque es con base en ella que la entidad territorial, decide crear la exclusividad en la prestación del servicio, por razones de interés público que deben ser valoradas por la entidad pública competente y de esta manera determinar, si son suficientes y si las mismas justifican la creación de un área de servicio exclusivo, correspondiendo a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, verificar que se cumplan las condiciones exigidas para la creación de la referida área. Si se dan las condiciones de ley, el municipio o distrito en su calidad de contratante, pasa a ser el concedente del servicio, y le asegura al operador - concesionario el derecho de explotación exclusiva del servicio de aseo, en un área del municipio o distrito y por un tiempo determinado. Pero además, en el contrato de concesión que suscriban se pactarán las condiciones y reglas que regirán la prestación del servicio mismo, con indicación de los derechos y obligaciones correlativas.

### **AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Excepción a la libre competencia / AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Su creación deviene de la Constitución Política / MONOPOLIOS DISTINTOS A LOS RENTISTICOS - Presupuestos para su existencia**

La creación de las áreas de servicio exclusivo, como ya se dijo, constituyen una excepción a la libre competencia en tanto que una vez establecidas solamente el operador o empresa de servicio que resulte favorecida con la adjudicación, podrá prestar el servicio en el territorio reservado. Igualmente, se indicó que la facultad para la creación de áreas de servicio exclusivo deviene constitucionalmente del artículo 365, en tanto que el artículo 336 sólo permite crear monopolios con fines rentísticos y como está demostrado, la norma demandada, Resolución No. 11 de 1996, no tiene la finalidad de regular monopolios de esta naturaleza. De conformidad con lo prescrito por el artículo 365 superior, el Estado podrá “reservarse” la prestación de un servicio o actividad estratégica –lo que en términos generales constituye un monopolio público - , siempre que concurren las siguientes condiciones: i) que existan razones de soberanía o de interés social; ii) que el Estado sea el responsable de la prestación del servicio, iii) que el legislador sea quien contemple esa posibilidad, iv) que el proyecto de ley sea de iniciativa del Gobierno, y v) que lo apruebe la mayoría de los miembros de una y otra Cámara. De manera que cuando se cumplan estos presupuestos es posible que surjan otros monopolios, diferentes de los rentísticos pero en cualquiera de ellos la Carta Política ordena que se “... deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita” (artículo 365). De lo anteriormente expuesto, resulta claro que la Resolución No. 11 de 9 de mayo de 1996, que ha sido demandada, se ajusta a lo preceptuado por el artículo 40 de la ley 142 y también al mandato contenido en el artículo 365 de la Constitución Política, fundamento de aquella, es decir, que el legislador tiene dispuesto que el Estado se puede reservar la prestación del servicio público, lo

cual se materializa en la ley 142 de la siguiente manera: “la entidad o entidades territoriales competentes podrán establecer, mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivo”.

**MONOPOLIOS DISTINTOS A LOS RENTISTICOS - Pueden existir / INDEMNIZACION - Procede pero con cargo a las entidades territoriales**

En todo caso, el artículo 365 constitucional, en concordancia con el artículo 336 ibídem, establecen el deber del Estado de indemnizar previamente y de manera plena a las personas que resulten afectadas con la creación del área de servicio exclusivo; así la Sala reitera lo expuesto al despachar el anterior cargo en cuanto que la Resolución No. 11 de 1996, cuya nulidad se depreca, no es ilegal, si se tiene en cuenta que no es la Comisión de Regulación la que debe definir lo relativo a la indemnización de los perjuicios a terceros afectados, aspecto que se encuentra consagrado expresamente en la Constitución Política y de allí deriva, su obligatoriedad para las entidades territoriales que deciden crear el área de servicio exclusivo siendo de su competencia reconocer la indemnización correspondiente si se afectan derechos de terceros. Se concluye entonces, que un monopolio distinto al rentístico sí puede existir, y que el derecho a la indemnización también procede, pero no es la Comisión de Regulación la competente para fijarlo, tasarlo o autorizarlo por acto administrativo regulatorio, puesto que es directamente la Constitución Política la norma que lo consagra y las entidades territoriales las facultadas para reconocer el pago de la indemnización, si con el acto de creación de las áreas exclusivas de servicio se afectan derechos de terceros cuando quiera que éstos se encontraban operando el área entregada y deben poner fin a sus actividades de manera anticipada, no por efectos de la expropiación que en este caso no se materializa, sino como consecuencia de la terminación anticipada de los contratos o autorizaciones que les habían sido otorgadas.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

Bogotá, D.C, once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00037-01(20691)**

**Actor: OMAR VERNAZA MEJIA**

**Demandado: MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD**

Procede la Sala a decidir la acción pública de nulidad incoada por el ciudadano Omar Vernaza Mejía, en contra de la Resolución No. 011 de 9 de mayo de 1996, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –

en adelante CRA - .Unidad Administrativa Especial, del orden central, adscrita al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

## 1. ANTECEDENTES:

### 1.1. La demanda.

En escrito radicado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de noviembre de 2000<sup>1</sup> el señor Omar Vernaza Mejía, obrando en su propio nombre, formuló demanda orientada a obtener la declaratoria de nulidad de la resolución citada, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA - , *“por la cual se establecen reglas sobre contratos de concesión, en los que se incluye el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público domiciliario de aseo.”*

En particular, la norma legal regulada por la disposición que ha sido acusada en este proceso, es el parágrafo 1º del artículo 40, de la ley 142 de 1994, el cual establece lo siguiente:

***“Artículo 40. Áreas de Servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.***

***Parágrafo 1º. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para***

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 5.

***asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.” (Negrilla fuera de texto)***

El texto original de la norma regulada contenía un segundo Parágrafo que fue derogado por el artículo 7 de la ley 286 de 1996. Dicho parágrafo establecía:

**“PARÁGRAFO 2.** *Si durante la vigencia de estos contratos surgieren condiciones que permitan reducir los costos de prestación del servicio para un grupo de usuarios del área respectiva, las Comisiones de Regulación podrán permitir la entrada de nuevos oferentes a estas áreas, o la salida de un grupo de usuarios para que otro oferente les preste el servicio, manteniendo de todas formas el equilibrio económico del contrato de quien ostentaba el derecho al área de servicio exclusivo. Sin perjuicio de lo anterior, al cabo de un tiempo de celebrado el contrato la entidad pública que lo firmó podrá abrir una nueva licitación respecto del mismo contrato y si la gana una empresa distinta de aquella que tiene la concesión estará obligada a dejar indemne a ésta, según metodología que definirá previamente la comisión de regulación respectiva. Esta misma regla se aplicará a los contratos de concesión de gas que contengan cláusulas de áreas de servicio exclusivo.”*

## **1.2. Disposiciones violadas y concepto de violación.**

Entre las disposiciones que el actor considera violadas, citó los artículos 29, 58 y 336 de la Constitución Política.

Como fundamentos de la trasgresión de las normas constitucionales, expuso los siguientes:

a) La Comisión de Regulación al expedir el acto acusado, desconoció el derecho de defensa, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, porque no garantizó que las empresas que pudieran resultar afectadas o expropiadas de una actividad lícita, con la inclusión de un área de servicio exclusivo, tuvieran la posibilidad de ser notificadas e intervenir en defensa de sus intereses y con tal proceder también violó el derecho al debido proceso, el de contradicción y publicidad, con pretermisión de lo preceptuado por los artículos 43 y siguientes del C.C.A. y en especial el artículo 46 ibídem, que se refiere a la publicidad de los actos administrativos que afectan a terceros.

b) Igualmente violó el artículo el artículo 58 de la Constitución Política, norma que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos, en especial

en el aparte que dice: “*por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa*”.

c) También quebrantó el artículo 336 de la Carta Superior, en tanto que al entregar en concesión la prestación del servicio sobre un área exclusiva, se genera un monopolio municipal, sin asegurar la indemnización previa que prevé este artículo.

En el mismo escrito de la demanda el actor solicitó la suspensión provisional de la resolución acusada. (Fl. 4)

### **1.3. El trámite del proceso.**

**1.3.1.** La demanda fue radicada ante la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero fue remitida por competencia funcional al Consejo de Estado, mediante auto de 14 de diciembre de 2000, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 128 - 1<sup>2</sup> del CCA., modificado por el artículo 36 de la ley 446 de 1998.<sup>3</sup>

**1.3.2.** Por auto de 15 de diciembre de 2004, la Sala admitió la demanda, ordenó su notificación personal a la CRA y la correspondiente fijación en lista; pero omitió notificar al Ministerio Público, a la vez que negó la petición de suspensión provisional, con fundamento en que no era evidente el quebranto de las normas superiores sino que para establecer tal violación, se requería de complejas consideraciones jurídicas que eran propias de la sentencia.

Sobre el desconocimiento del artículo 58 CP., la Sala manifestó que no se advertía, abiertamente, esta situación. Además, precisó que en los artículos 10 y 11 de la resolución impugnada se estableció una indemnización para quien fuera privado de prestar el servicio público concedido, quiere decir que la Resolución demandada no omitió el señalamiento de indemnización para el concesionario que fuera privado de ejecutar parte del servicio

---

<sup>2</sup> La norma dispone que el Consejo de Estado conocerá privativamente y en única instancia de los procesos de nulidad “*de los actos administrativos expedidos por autoridades de orden nacional (...)*”

<sup>3</sup> Folios 14 a 17.

concedido en áreas de servicio exclusivo al ser sustituido por otro y que por lo tanto, no era ostensible la violación.

En cuanto al quebranto del artículo 336 de la Carta Política, relacionado con el monopolio como arbitrio rentístico, señaló que no era evidente tal violación porque el área de servicio exclusivo siempre se otorgaría mediante contrato de concesión, previo el procedimiento de la licitación y, en consecuencia, al permitirse la participación de nuevos oferentes al área exclusiva no era claro que se constituyera un monopolio.

**1.3.3.** Por auto de 17 de abril de 2005, se ordenó notificar al Ministerio público el auto admisorio de la demanda para que interviniera en el proceso.

#### **1.4. Contestación de la demanda.**

Dentro del término de fijación en lista la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por intermedio de apoderada contestó la demanda, escrito en el cual presentó los siguientes argumentos para su defensa: (fls. 50 a 53)

a) Expresó que la finalidad de las áreas de servicio exclusivo, es materializar los principios constitucionales de solidaridad e igualdad de oportunidades, extender los servicios públicos a personas de menores ingresos con fundamento en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, circunstancia que soporta lo regulado por el artículo 7º de la resolución acusada.

b) Manifestó que la resolución demandada no violó los artículos 58 y 336 de la Constitución Política, porque ésta no niega ni impide el ejercicio de las acciones reparatorias, en aquellos eventos en los cuales resulten vulnerados los derechos de cualquier prestador del servicio de aseo, como consecuencia del establecimiento de áreas de servicio exclusivo.

Agregó que el acto demandado es de carácter abstracto, toda vez que la determinación de las áreas de servicio exclusivo es competencia de los alcaldes, autoridades que deben observar las normas constitucionales que se consideran presuntamente vulneradas.

Sostuvo que la falta de inclusión, en la resolución acusada, de mecanismos procesales o indemnizatorios no vulneraban per se los derechos adquiridos, pues para esos eventos el ordenamiento jurídico cuenta con mecanismos y procedimientos especiales, que escapan al ámbito de su regulación.

c) Para desvirtuar la presunta vulneración del artículo 29 superior y de los artículos 3, 43, y 46 del C.C.A., reiteró que la resolución demandada tiene un carácter complementario, y coexiste con las demás normas del ordenamiento jurídico; de lo contrario *“la falta de mención de las normas complementarias a un determinado objeto regulado se constituyese automáticamente en una violación de las mismas.”* (fl. 52)

Por último concluyó que ni en el artículo 73 ni en ninguno otro de la ley 142, se otorgan facultades a la CRA para establecer mecanismos indemnizatorios, y mucho menos el trámite procesal adjetivo de los mismos; en cambio, existe mandato expreso del artículo 40 de la ley 142 de 1994, para establecer la regulación contenida en la resolución que ha sido atacada.

## **1.5. Alegatos de conclusión.**

### **1.5.1. De la parte demandante.**

La parte demandante guardó silencio.

### **1.5.2. De la parte demandada.**

En sus alegaciones finales la CRA reiteró su oposición a las pretensiones de la demanda, fundamentalmente en lo relacionado con los fines del acto impugnado que no son otros que la prestación de los servicios públicos domiciliarios y sobre la competencia de la CRA.

Sobre el tema de la prestación de los servicios públicos domiciliarios y la finalidad de las áreas de servicio exclusivo, manifestó que si bien es cierto que el artículo 333 constitucional consagra que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, la ley puede delimitar esa libertad, si así lo exige el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. En este sentido, pese a que la promoción de la competencia en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios es uno de los principios de la ley 142 de 1994, el artículo 40 de la misma norma

prevé una excepción a esa libertad, con el fin de salvaguardar los postulados constitucionales.

Reiteró que la finalidad de las áreas de servicio exclusivo es ampliar la cobertura para los usuarios de menores ingresos, y hacer realidad los principios constitucionales de solidaridad e igualdad de oportunidades.

En el segundo aparte de su escrito se refirió a las competencias que el artículo 40 de la ley 142 de 1994 otorga a las comisiones de regulación. Precisó que se circunscriben a tres: *“i) Definir, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permitan la inclusión de estas áreas en los contratos; ii) definir los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellas y iii) verificar, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.”* (fl. 76).

Advirtió que en virtud de lo regulado por la resolución No. 151 de 2001, las áreas de servicio exclusivo para la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, sólo podían ser determinadas por las entidades territoriales competentes, según el artículo 5º de la Ley 142 de 1994 y que la misma resolución contiene las condiciones para celebrar contratos para la prestación de servicios en áreas de servicio exclusivo.

Agregó que la resolución demandada tiene el único propósito de ejercer las competencias asignadas antes de la apertura de la licitación, limitándose a verificar, por solicitud de la entidad territorial, el cumplimiento de las condiciones señaladas en la norma. De lo anterior se desprende la falta de competencia de la CRA para pronunciarse, en la norma regulatoria, sobre los temas que el demandante echa de menos.

Sostuvo que no se presentaba una expropiación del mercado, porque: i) al interior de un área de servicio exclusivo pueden prestarlo los demás operadores a que se refiere el artículo 15 de la ley 142. De hecho, pueden existir productores marginales, independientes o para uso particular. ii) Además, los servicios que no quedaron afectados a la exclusividad los puede ofrecer otro operador.



Sobre la competencia, manifestó que ésta se presenta y mantiene en el mercado en la medida en que se lleva a cabo un proceso licitatorio, en el cual concurren todos los interesados, incluyendo el operador u operadores que estén prestando, en ese momento, el servicio. (fls. 72 a 79)

#### **1.6. Concepto del Ministerio Público.**

1) El Agente del Ministerio Público en su vista de fondo expuso que a la luz de los artículos 333 y 365 de la Constitución Política, la prestación de los servicios públicos domiciliarios tiene lugar en un marco de competencia, con libertad de empresa, pero que no se trata de una regla absoluta, pues por motivos de interés social y de cobertura en la prestación del servicio, éste puede encomendarse a una sola empresa, según lo dispone el artículo 40 de la ley 142 de 1994.

Agregó que la limitación a los derechos de libertad de empresa y libertad económica es una posibilidad que el mismo constituyente de 1991 previó en el inciso final del artículo 333 de la Carta Política, norma que defirió al legislador la competencia de delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación y, por lo tanto, la Ley 142 de 1994, lejos de vulnerar el canon constitucional lo desarrolla y pone en funcionamiento, además de cumplirse con el imperativo del inciso final del artículo 334 constitucional.

Concluyó afirmando que los cuestionamientos del actor, sobre la limitación a la libertad económica y a la libertad de empresa, no provienen de la Resolución demandada, sino de la ley 142 de 1994, que a su vez desarrolla una posibilidad, dada por el constituyente, cuando señaló, en el artículo 333 de la C.P., que *“la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”* y en consecuencia, el acto administrativo acusado no desbordó, los lineamientos trazados por el legislador y el constituyente.

3) La carta Política al consagrar los postulados anteriores defirió al legislador la potestad de reglamentar las delimitaciones del ejercicio de la libertad económica y con base en ellas expidió la Ley 142 que en su artículo 40, constituye uno de los soportes del acto demandado, facultó a los entes territoriales para establecer áreas de servicio exclusivo y a la Comisión de Regulación la definición de los

motivos, los lineamientos generales y condiciones en las que se deben desarrollar. En ejercicio de esta competencia la CRA expidió la Resolución No. 11 de 9 de mayo de 1996, que ha sido acusada, estableciendo algunas reglas especiales que deben contener los contratos de concesión y si bien en este acto se omitió la consagración de normas atinentes a la intervención de terceros que tengan interés en la adjudicación del contrato de concesión, para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, en áreas de servicio exclusivo, tal omisión en manera alguna afecta a esas personas *“pues existen normas de mayor jerarquía que regulan la situación y que ni expresa ni tácitamente derogó, subrogó o desconoció - como no podía hacerlo - , la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico”* (fl. 92)

Según el Ministerio Público, la prestación del servicio de aseo en áreas de servicio exclusivo se hará mediante la celebración de contratos de concesión previo agotamiento del procedimiento de licitación pública y con garantía de los derechos de defensa y contradicción, lo cual, en criterio del Procurador Delegado desvirtúa el cargo referido a la violación de derechos fundamentales.

4) En cuanto al cargo de violación al artículo 58 Superior, por falta de indemnización a las empresas que deben abandonar el área de servicio exclusivo, señaló que éste no se configura, teniendo en cuenta que no se trata de una expropiación, en los términos contemplados en dicha norma, por cuanto no existen derechos adquiridos, y la competencia en esta contratación se da por el mercado dentro del proceso licitatorio, en el que podían concurrir todos los interesados, incluyendo los operadores establecidos.

Con base en estos criterios, el Ministerio Público solicitó denegar las pretensiones de la demanda. (fls. 80 a 96)

## **2. CONSIDERACIONES:**

Antes de proceder al análisis de los cargos formulados, precisa la Sala que en sesión realizada el 17 de julio de 2008, no se acogió la ponencia presentada por el Consejero Enrique Gil Botero, razón por la cual se ordenó pasar el asunto al Magistrado que le sigue en lista y comparte la decisión mayoritaria con el fin de presentar un nuevo proyecto. (fl. 144)

El tema se abordará en el siguiente orden: 1) La competencia de la Sala; 2) El asunto de fondo: 2.1. El acto acusado, su naturaleza jurídica y control jurisdiccional; 2.2. Los servicios públicos a la luz de la legislación colombiana; 2.3. Las funciones de regulación, la delegación de funciones presidenciales; 2.4. La potestad reglamentaria del Presidente de la República; 2.5. La libre competencia; 3) El caso concreto: 3.1) Cargo por violación del debido proceso; 3.2) Cargo por violación de los derechos adquiridos; 3.3) Cargo por violar la prohibición de establecer monopolios.

## **2.1. Competencia de la Sala.**

Examinada la demanda se observa que los cargos formulados contra la Resolución No. 11 de 9 de mayo de 1996, expedida por la CRA, se concretan en la violación de los artículos 29, 58 y 336 de la Constitución Política, aspecto que exige establecer si esta Sala es competente para conocer de la nulidad por inconstitucionalidad, o si el asunto es de conocimiento de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado.

Al respecto resulta pertinente hacer referencia a las normas que establecen las respectivas competencias.

La Constitución Política en su artículo 237, consagra entre las atribuciones del Consejo de Estado, la siguiente: “2. *Conocer de la acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional*”<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> A la Corte Constitucional, le corresponde decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos, contra los siguientes actos:

1. Actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación (numeral 1).
2. Leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (numeral 4).
3. Decretos con fuerza de ley, dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en facultades extraordinarias (art. 150-10 C.P.), y los que se expidan en desarrollo del artículo 341 de la Constitución, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (numeral 5).
4. Referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización (numeral 3).
5. Decretos con fuerza de ley a que se refieren los artículos 5, 6 y 8 transitorios de la Constitución, según lo ordenado en el artículo 10 transitorio del mismo ordenamiento, al igual que los dictados con fundamento en los artículos 23 y 39 transitorios.

La Corte Constitucional también ejerce el control constitucional previo, automático u oficioso sobre los siguientes actos:

1. Convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación, lo cual deberá hacerse antes del pronunciamiento popular (numeral 2).

Por su parte la Ley 270 de 1996, en su artículo 37 numeral 9º, asignó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la función de *“9. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.”*

Y el artículo 49 de la misma Ley Estatutaria estableció que *“El Consejo de Estado decidirá sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional ni al propio Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. La decisión será adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.*

A su vez, el numeral 7º del artículo 33, de la Ley 446 de 1998, norma que modificó y adicionó el artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, estableció como competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la de conocer: *“7. De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa.*

Por su parte, el artículo 115, inciso segundo de la Constitución Política, determina que *“el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de los departamentos administrativos.”*

Como se observa, tanto la Constitución Política como la Ley Estatutaria de la Justicia y la Ley 446 de 1998, son coincidentes y enfáticas al establecer que son de conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de

---

2. Decretos legislativos dictados por el Gobierno en desarrollo de las facultades que le confieren los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución, esto es, los expedidos durante los estados excepcionales de guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social o ecológica (numeral 7).

3. Proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno por motivos de inconstitucionalidad (numeral 8).

4. Proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (numeral 8).

5. Tratados internacionales y leyes que los aprueben (numeral 10), y

6. También revisa, en la forma en que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (numeral 9)

Las decisiones que en materia de control constitucional dicta la Corte Constitucional tienen efectos erga omnes y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (art. 242 C.P.)

Estado, las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, siempre y cuando se cumpla con los siguientes presupuestos a saber: i) que la impugnación recaiga sobre un decreto de carácter general y ii) que ese decreto haya sido expedido por el Gobierno Nacional, entendiéndose como tal, según lo preceptuado por la Carta Superior, el acto proferido conjuntamente por el Presidente de la República y los Ministros del despacho o los Directores de Departamentos Administrativos; iii) Que el acto expedido por el Gobierno Nacional no obedezca a función propiamente administrativa, esto es, que se trate de actos de poder, de autoridad o políticos.

De otra parte, si examinamos la Ley 489 de 1998, se observa que el artículo 38<sup>5</sup> determina la forma como se encuentra integrada la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. Como parte del sector central enlista, entre otros, a la Presidencia de la República; a los Ministerios y Departamentos Administrativos y a las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica.

Armonizando el artículo 38 de la Ley 489, con el artículo 115 constitucional, debe arribarse a la conclusión de que aunque las Unidades Administrativas Especiales, calidad que detenta la CRA según lo prescrito por el artículo 69 de la Ley 142 de 1994, hacen parte del sector central e integran la estructura administrativa de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, no constituyen el Gobierno Nacional en tanto que la Constitución Política preceptúa que tal condición la detentan en conjunto el Presidente de la República, los ministros y los directores de departamento administrativo.

Así mismo, el artículo 67 de la Ley 489 define a las Unidades Administrativas Especiales como *“organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquélla les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo”*. Por su parte el Parágrafo del artículo 50 de la

---

<sup>5</sup> ARTICULO 38. INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

misma ley, dispone que *“Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos.*

De los textos legales anteriormente transcritos se infiere que las Unidades Administrativas Especiales aunque se encuentran adscritas a un Ministerio no pueden ser catalogadas como el Ministerio mismo o una dependencia de éste, en razón a que tienen autonomía administrativa y financiera así no sean personas jurídicas como tampoco lo son los Ministerios; pero en todo caso, ni dichas Unidades Administrativas, ni las autoridades que las representan, hacen parte del Gobierno Nacional en términos de lo prescrito por el artículo 115 constitucional.

De conformidad con lo anterior, resulta claro que es competencia del Consejo de Estado, preservar la integridad de la Constitución Política sobre los decretos dictados por el Presidente de la República, los ministros y los directores de los departamentos administrativos, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, es decir, que esta Corporación, tiene atribuida una competencia residual que debe ser ejercida a través de la Sala Plena del Consejo de Estado.

En cuanto a la clase de decretos del ejecutivo cuyo juzgamiento por inconstitucionalidad ha sido atribuido al Consejo de Estado, resulta útil mencionar la sentencia C - 037 de 1996, dictada por la Corte Constitucional en, la cual se declaró la inexequibilidad parcial del artículo 49 de la Ley 270 de 1996, por cuanto la citada norma había determinado la clase de decretos cuya nulidad por razones de inconstitucionalidad, podían ser conocidos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y con ello había impuesto una limitación que la Constitución Política no consagraba. En el siguiente sentido se pronunció la Corte:

*“Por otra parte, conviene preguntarse: ¿Sobre cuáles decretos se puede pronunciar el Consejo de Estado en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 2o del artículo 237 constitucional? La respuesta es evidente: sobre todos los que no estén contemplados dentro de las atribuciones que la Constitución Política confiere a la Corte Constitucional (Art. 241 C.P.). Así, entonces, resulta inconstitucional que el legislador estatutario entre a hacer una enumeración taxativa de los decretos objeto de control por parte del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, pues ello no está contemplado en el artículo 237 en comento y tampoco aparece en parte alguna de esa disposición - como sí sucede para el numeral 1o - una facultad concreta para que*

*la ley se ocupe de regular esos temas. Limitar de esa forma los alcances del numeral 2o del artículo 237 de la Carta es a todas luces inconstitucional y, por lo mismo, obliga a la Corte a declarar la inexequibilidad de la siguiente expresión del artículo bajo examen: "ni al propio Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Para tal efecto, la acción de nulidad por inconstitucionalidad se tramitará con sujeción al mismo procedimiento previsto para la acción de inexequibilidad y podrá ejercitarse por cualquier ciudadano contra las siguientes clases de decretos: 1. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a leyes generales, cuadro o marco; 2. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que le confieren autorizaciones; 3. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que confieren mandatos de intervención en la economía; y, 4. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye la Constitución y sin sujeción a la ley previa".*

La Sala<sup>6</sup> también se ha referido a la competencia del Consejo de Estado para ejercer el control de constitucionalidad, actividad que comparte con la Corte Constitucional instituida como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución Política.

*"De ahí que la presunción de constitucionalidad de una norma con fuerza de ley tan sólo puede ser desvirtuada por el juez constitucional, bien sea la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo 241 C.P., ya por el Consejo de Estado cuando conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad<sup>7</sup> de los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional en virtud del control difuso de constitucionalidad que distingue a nuestro ordenamiento jurídico (numeral segundo del artículo 237 C.P., artículo 97 del C.C.A. modificado y adicionado por el numeral 9 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 33.7 de la Ley 446 de 1998).*

(...)

*En definitiva, son la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, entonces, las únicas autoridades habilitadas para expulsar las normas con fuerza de ley (leyes y decretos con fuerza de ley) del ordenamiento*

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de mayo de 2006, Exp. 25000-23-27-000-2003-00345-02(AP)

<sup>7</sup> Cita original. Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia de 14 de julio de 1.998, Radicación número: AI-042, Actor: Juan Horacio Lara Zambrano; Sentencia de 18 de enero del dos mil 2000, Radicación número: AI-038, Actor: Jaime Iguarán; Sentencia de 27 de junio de 2000, Radicación número: AI- 057, Actor: Jesús María Acevedo Rincón. Ver igualmente CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias C-513 de 1994 y C-600 de 1998.

*jurídico por infracción de la Carta, en ejercicio de su tarea depuradora de las normas contrarias al texto fundamental<sup>8</sup>.*

(...)

*Expresado en otras palabras, la constitucionalidad o no de un precepto legal sólo es posible controvertirse mediante los cauces constitucionales creados al efecto que no son otros que los propios del control constitucional asignado a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado, únicos encargados - pues - del enjuiciamiento de las leyes y normas con fuerza de ley (arts. 241 y 237.2 C.P.). Si ello no fuera así, todas las autoridades oficialían de “legisladores negativos”<sup>9</sup> para usar las conocidas expresiones de Kelsen, lo cual desembocaría sin duda en la anarquía constitucional pues cada uno podría pretender ser el “destructor de la ley” en términos de De Otto<sup>10</sup>.*

(...)

*En efecto, por sabido se tiene que la facultad de definir con efectos de cosa juzgada constitucional (artículo 243 C.P.) y con carácter obligatorio, general, erga omnes y en consecuencia oponible a todas las personas, las controversias que sobre leyes de la República y decretos con fuerza de ley se planteen en el plano constitucional corresponde de manera privativa a la Corte Constitucional (artículo 241 numerales 2, 3, 4º, 5º, 7º, 8º y 10 arts. 5 y 10 transitorios C.P.) y al Consejo de Estado respecto de todos aquellos decretos con fuerza de ley (ley en sentido material) cuyo conocimiento no fue asignado expresamente por la Carta Política a aquella (art. 237 numeral 2º Superior y art. 20 transitorio eiusdem, vgr. )<sup>11</sup>.(No lo destaca el texto original)*

---

<sup>8</sup> Cita original. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. España, sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley, en V.V.A.A., Las tensiones entre...Op. Cit. p. 186

<sup>9</sup> Cita original. KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle), en Revue du Droit Public et de Science Politique en France et à l'étranger, XXXV, Paris, 1928 y KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Colección Clásicos del Pensamiento, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

<sup>10</sup> Cita original. DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes, Ariel Derecho, Barcelona, 4ª Reimpresión, julio de 1995, Pág. 286.

<sup>11</sup> Cita original. La Sala Jurisdiccional Disciplinara del Consejo Superior de la Judicatura, en providencia del 13 de octubre de 1994, indicó:

*“... la Constitución es un compendio de normas superiores que deben respetarse individual y conjuntamente consideradas, pero limitando la función de control a las puntualizaciones que la misma norma estableció; sin duda con el propósito de que un exceso de celo no convirtiera al guardador en constituyente permanente.*

*De tal manera, leyendo detenidamente el artículo 241 de la Carta, se observa que sólo sus numerales 5 y 7 se refieren a decretos con fuerza de ley o a decretos legislativos, y que dichos numerales se contraen a conceder a la Corte Constitucional la vigilancia sobre la constitucionalidad de los decretos que el Gobierno dicte con fundamento en los artículos 150 numeral 10; 341; 212; 213; y 215 de la Norma Superior; expresiones que sin lugar a dudas conceden un control restringido y muy determinado en esta materia, toda vez que en estas normas no se agota la posibilidad del Gobierno de expedir decretos-ley.*

(...)

*Por lo demás, el artículo 10 transitorio de la Constitución Nacional dispuso que 'los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los artículos anteriores tendrá fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional'; pero como la norma acusada, Decreto 1421 de 1993, fue dictado por el Presidente de la República en uso de las atribuciones que le confirió el artículo 41 transitorio de la Carta, resulta obvio que el tratamiento de*



En este contexto, normativo y jurisprudencial, fuerza concluir que compete al Consejo de Estado, el conocimiento de la nulidad por violación directa de la Constitución Política, de todos los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, (decretos que se asemejan a la ley por ser actos reglas generadores de situaciones jurídicas impersonales y abstractas, leyes en sentido material), cuyo conocimiento no esté atribuido a la Corte Constitucional.

De otra parte, en relación con la distribución de competencias entre la Sala Plena del Consejo de Estado y las distintas Secciones que integran la Sala Contenciosa, para conocer de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad sobre aquellos decretos de contenido abstracto e impersonal, expedidos por el Gobierno Nacional, la Corte Constitucional en la sentencia C - 560 de 1999, mediante la cual se declaró la exequibilidad del artículo 33 numeral 7º, de la Ley 446 de 1998, precisó lo siguiente:

*“Pues bien: en la disposición parcialmente acusada, como ya se ha anotado, se le asigna a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos de “carácter general que expida el Gobierno Nacional (.....) **y que no obedezcan a función propiamente administrativa**”; entonces, es preciso analizar si esta última expresión constituye una restricción o limitación de la competencia constitucional atribuida al Consejo de Estado en el artículo 237 - 2 del estatuto máximo, como lo considera el demandante.*

*Tales decretos, que comparten con las leyes la naturaleza de actos reglas, por ser generadores de situaciones jurídicas impersonales y abstractas son, no obstante, desde el punto de vista material, genuinamente administrativos, aunque autores tan notables como León Duguit les nieguen ese carácter. Es esa la razón para que el constituyente colombiano haya atribuido su control a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la Corte Constitucional, atribución hecha, como se ha repetido, por vía de exclusión, en el artículo 237 - 2.*

---

control constitucional establecido en el artículo 10 mencionado no la cobija en vista de que es una norma muy posterior la que autoriza al Presidente de la República para expedirla.

Con base en los planteamientos expuestos, a esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no le cabe la menor duda de que la competencia para conocer de las demandas señaladas que cursan contra el Decreto 1421 de 1993, en todo o en parte, por una supuesta inconstitucionalidad, corresponde al Consejo de Estado, en virtud de la competencia residual consagrada en el artículo 237 numeral 2º. de la Carta a favor de esta Corporación, habida cuenta de que la disposición atacada se profirió con apoyo en el artículo 41 transitorio del Texto Superior, que se encuentra por fuera de la comprensión que abarcan los numerales 5 y 7 de su artículo 241, que señala específicamente el ámbito de conocimiento de la Corte Constitucional en esta materia”.

¿Qué significa entonces, la expresión “y que no obedezca a función propiamente administrativa”, materia de acusación? Para la Corte, no tiene otro sentido que el reiterar, en forma explícita (más allá de las contingencias de una disputa teórica) y por potísimos motivos de seguridad jurídica, que ellos quedan comprendidos en la categoría de actos que el Constituyente sustrajo de la competencia de la Corte Constitucional. Se trata de actos administrativos no sólo por el órgano de donde proceden sino también por su forma y, en principio, por su contenido.

Además, como pudiera argüirse, apelando a una vieja clasificación, que el Gobierno produce no sólo actos de gestión (típicamente administrativos) sino de autoridad (de contenido político) ha querido dejar en claro el legislador que también ellos son objeto de control, como corresponde a un Estado de derecho, y que dicho control le compete al Consejo de Estado.

Por tanto, la expresión cuestionada, en contra de lo que sostiene el demandante, no establece ninguna restricción o limitación a la competencia atribuida al Consejo de Estado, pues todos los decretos de carácter general (distintos de los que tienen contenido legislativo) dictados por el Gobierno Nacional, no atribuidos a la Corte Constitucional, pueden ser demandados por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado.

Ahora bien: la distribución de funciones entre las distintas salas y secciones del Consejo de Estado es tarea propia del legislador y, por ende, también desde este punto de vista, la norma es irreprochable. Así se desprende del artículo 236, superior, que establece:

“El Consejo de Estado se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley.

La ley señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna.”

Tal es el fundamento del artículo 33 de la ley 446 de 1998, materia de acusación parcial, al asignar a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional y a las secciones respectivas de esa misma institución “los demás decretos del orden nacional dictados por el Gobierno nacional” (numeral 7 art. 97 C.C. A.), en ambos casos, siempre y cuando éstos no hayan sido atribuidos por el constituyente a la Corte Constitucional.

Tampoco se infringe el derecho ciudadano a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley, el cual sigue

*incólume, ni los artículos 6 y 121 del estatuto superior, pues si bien es cierto que la competencia del Consejo de Estado para decidir acciones de nulidad por inconstitucionalidad le ha sido atribuida directamente por la Constitución, no lo es menos que ella también autoriza al legislador para distribuir esa competencia entre las salas y secciones que lo conforman. De otra parte, cabe recordar que todas las secciones del Consejo de Estado tienen la misma jerarquía y que la sala plena de lo Contencioso Administrativo no es superior de aquéllas, por tanto, las decisiones que en ejercicio de sus competencias le corresponde cumplir a cada una de éstas han de entenderse adoptadas por el Consejo de Estado como tal.*<sup>12</sup>

*“Ahora bien: la distribución de funciones entre las distintas salas y secciones del Consejo de Estado es tarea propia del legislador y, por ende, también desde este punto de vista, la norma es irreprochable. Así se desprende del artículo 236, superior, que establece:*

*“El Consejo de Estado se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley.*

***La ley** señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna.”*

*(El subrayado es de la Sala)*

El tema de la distribución de la competencia para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, entre la Sala Plena Contenciosa y las Secciones que integran la Sala Contenciosa, también fue abordado por el Consejo de Estado en la sentencia de 6 de agosto de 2004<sup>13</sup>, proferida por la Sección Primera, oportunidad en la cual sostuvo lo siguiente:

*“La acción de “nulidad por inconstitucionalidad” contra los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, aparece consagrada en el artículo 237, numeral 2, de la Constitución de 1991, como una atribución propia del Consejo de Estado, a través de su Sala Plena Contencioso Administrativa, circunstancia esta última corroborada por el artículo 37, numeral 9, de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. De otra parte, a términos del artículo 7°<sup>14</sup> de la Ley 446 de 1998, que precisó el alcance de esta acción, la misma es objeto del trámite especial allí señalado y de decisión por la Sala Plena de los Contencioso Administrativo, únicamente, cuando se dirige contra Decretos dictados por el Gobierno Nacional cuya inconformidad con el ordenamiento*

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-037/96.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 6 de agosto de 2004, Exp. 11001-03-15-000-2001-0110-01 (AI).

<sup>14</sup> Se refiere al artículo 33 numeral 7° de la Ley 446 de 1998.

jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y no obedezca a función propiamente administrativa, **pues, en caso contrario, la acción de nulidad contra tales decretos se tramitará y decidirá por las Secciones respectivas**, conforme a las reglas generales de competencia previstas en el C.C.A. y en el reglamento del Consejo de Estado.”

De conformidad con lo expresado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, debe llegarse a la conclusión que corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de aquellos actos de carácter general y abstracto expedidos por el Gobierno Nacional, de contenido político, es decir, aquellos actos de autoridad, de poder o gobierno<sup>15</sup>, mientras que corresponde a las secciones de la Sala Contenciosa el conocimiento de los actos de carácter general y abstracto, pero de contenido propiamente administrativo o sea los denominados actos de gestión<sup>16</sup>.

En el caso sub lite, el acto administrativo acusado es la Resolución No. 11 de 1996, expedida por la Comisión de Regulación de Aguas y Saneamiento Básico, suscrita por el Presidente de la citada Comisión y por el Coordinador General de la misma<sup>17</sup>, lo cual evidencia, de una parte, que en ella no intervino el gobierno nacional, pero independientemente de esto, toda vez que las Comisiones de Regulación expiden actos administrativos en ejercicio de la función delegada por el Presidente de la República, con el fin de cumplir el control y vigilancia de los servicios públicos (art. 370 C.P.), lo relevante es el contenido mismo del acto expedido, el cual indudablemente no es de carácter político, en tanto que, cuando las Comisiones de Regulación actúan en ejercicio de la facultad que le ha sido delegada por el Presidente de la República, cumplen funciones administrativas o de gestión y los actos que expiden son típicamente administrativos, (naturaleza que subsiste así el acto sea expedido por el Presidente de la República a través de un decreto, en aquellos eventos en que decida no delegar)), de tal suerte que la competencia para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad de

---

<sup>15</sup> En criterio de Bielsa, son actos de poder o de imperio “los que la Administración pública realiza normalmente en cumplimiento de sus funciones jurídicas, esenciales funciones que deben cumplirse según su objeto o fin, por lo que los actos tienen un carácter imperativo de autoridad. Estos actos emanan unilateralmente del Estado.” (Cita contenida en la obra “EL Acto Administrativo; autor Manuel María Díez; Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, Tercera Edición, 2009, pág. 119.

<sup>16</sup> El mismo autor señala que son actos de gestión pública “los realizados por las autoridades administrativas en virtud de su actividad pública y con motivo de la prestación de los servicios públicos propios.” (obra citada, pág. 119 a 120)

<sup>17</sup> Ver folio 11 del expediente.

dichos actos, se encuentra atribuida a las distintas secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según la naturaleza del asunto y no a la Sala Plena Contenciosa.

Al respecto cabe precisar que los actos expedidos por las entidades públicas y las personas privadas que ejercen funciones propias de los distintos órganos del Estado, están sometidos al control jurisdiccional, según lo preceptuado por el artículo 82<sup>18</sup> del C.C.A., el cual es ejercido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es decir, por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Jueces Administrativos.

El artículo 128 del C.C.A. en la forma en que fue modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998 establece que el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá privativamente y en única instancia de los procesos de *“nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden”*.

De otra parte, el artículo 36 de la Ley Estatutaria de la Justicia, modificadorio del artículo 97 del C.C.A., al establecer las secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo, dispuso que cada una de ellas ejercerá separadamente las funciones que de conformidad con su especialidad y cantidad de trabajo le asigne la Sala Plena del Consejo de Estado de acuerdo con la ley.

En cumplimiento de esta disposición legal, la Sala Plena del Consejo de Estado expidió el Acuerdo 58 de 1999, que posteriormente fue modificado por el Acuerdo 55 de 2003, el cual dispone la distribución de los negocios, asignados a la Sala de lo Contencioso Administrativo, entre las diferentes secciones. Entre aquellos que corresponden al conocimiento de la Sección Tercera de la Corporación se

---

<sup>18</sup> El artículo 82 del C.C.A. prescribe: *“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

*Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.”*

encuentra los procesos de “*simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros*”.

Armonizando las disposiciones antes referidas, no existe la menor duda de que el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos del gobierno nacional, que no sean expedidos en ejercicio de función administrativa compete a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, pero cuando la acción de nulidad por violación directa de la Constitución Política versa sobre actos administrativos propiamente dichos, expedidos por una autoridad nacional, diferente de aquellas que integran el Gobierno nacional, el conocimiento no corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sino a una de las secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo, según la especialidad o materia de que trate el acto impugnado, de conformidad con la distribución de asuntos hecha por el Reglamento Interno expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, incoada contra la Resolución No. 11 de 9 de mayo de 1996, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por tratarse de un acto administrativo emanado de una autoridad del orden nacional, de contenido contractual, en virtud de lo prescrito por el artículo 128 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, a cuyo tenor, “*El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional ...*” e igualmente con fundamento en lo preceptuado por el artículo 1º del Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por el Consejo de Estado, mediante el cual se modificó el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, que reza:

*“Artículo 1º. Distribución de los negocios entre Secciones. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:  
(...)”*

Sección Tercera:

1. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y de petroleros.

## 2.2. El asunto de fondo.

Se controvierte la legalidad de la Resolución No. 11 de 9 de mayo de 1996 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, mediante la cual se “establecen reglas sobre los contratos de concesión en los que se incluye el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público domiciliario de aseo”, porque en criterio del demandante, el citado acto administrativo violó normas constitucionales referidas al debido proceso, los derechos adquiridos y a la prohibición de los monopolios.

### 2.2.1. El acto acusado su naturaleza jurídica y control jurisdiccional.

La controversia versa sobre la legalidad de la Resolución 11 de 9 de mayo de 1996. El contenido de tales disposiciones, así como la totalidad de las consideraciones se transcribirán a continuación<sup>19</sup>:

**“RESOLUCIÓN 11 de 1996**  
(9 de mayo 1996)

*Por la cual se establecen reglas sobre contratos de concesión en los que se incluye el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público domiciliario de aseo.*

**LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y  
SANEAMIENTO BÁSICO**

*En ejercicio de sus atribuciones legales, y en especial de las conferidas por el artículo 40 de la ley 142 de 1994 y el artículo 15 del decreto 1738 de 1994,*

**RESUELVE:**

**ARTICULO PRIMERO. - Ámbito de aplicación:** *Esta resolución se aplica a los contratos que hayan de celebrar las entidades territoriales competentes para otorgar áreas de servicio exclusivo en la prestación del servicio de aseo.*

**ARTICULO SEGUNDO. - Definiciones:** *Para los propósitos de esta resolución, se utilizarán las siguientes definiciones:*

**2.1. Áreas de servicio exclusivo.** - *Es un área otorgada por las entidades territoriales competentes a una empresa prestadora del*

---

<sup>19</sup> Copia auténtica de la Resolución demandada obra en el expediente: Folios 15 a 30 del cuaderno único.

*servicio público domiciliario de aseo, mediante licitación pública, en la cual ninguna otra empresa puede ofrecer los servicios objeto del contrato, durante un tiempo determinado.*

**2.2. Contrato de concesión.** - Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso públicos, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. (Numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).

**2.3. Entidad prestadora del servicio público domiciliario de aseo.** - Es la persona natural o jurídica, pública, privada o mixta, encargada de todas, una o varias actividades de la prestación del servicio público domiciliario de aseo, en los términos definidos por el artículo 15 de la Ley 142 de 1994.

**2.4. Licitación pública.** - Es el procedimiento que define el artículo 30 de la ley 80 de 1993, con las características que surgen de ese mismo artículo, y del numeral 8 del artículo 4; del artículo 8, especialmente en los literales “g” y “h”; de los artículos 11 y 12; del numeral 22.7; de los numerales 5 y 6 del artículo 24; del artículo 25, numerales 11 y 18; del numeral 3 del artículo 26; y del numeral 6, artículo 24 de la misma ley. Incluye lo que allí se denomina “concurso”.

**2.5. Servicio público domiciliario de aseo.** - Es el servicio de recolección municipal de residuos. Contempla también las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.

**2.6. Servicio Ordinario.** - Es la modalidad de prestación del servicio de aseo para residuos de origen residencial y para aquellos residuos de origen comercial e industrial que por su naturaleza, composición, tamaño y volumen pueden ser manejados normalmente de acuerdo con la capacidad del concesionario.

**2.7. Servicio Especial.** - Es la modalidad de prestación del servicio de aseo para aquellos residuos que por su naturaleza, composición, tamaño, volumen y peso no pueden ser manejados, tratados o dispuestos normalmente, a juicio del concesionario. La prestación del servicio de aseo para residuos peligrosos, hospitalarios e infecciosos queda incluida dentro del ámbito de aplicación de la modalidad de servicio especial.

**2.8. Usuario.** - Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación del servicio público de aseo, bien como propietario del



*inmueble donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también productor de residuos sólidos.*

**2.9. Usuario de menores ingresos.** - *Aquel clasificado en el estrato 1 ó 2 de la estratificación socioeconómica y, eventualmente, en el 3.*

**2.10. Usuario Residencial.** - *Persona natural o jurídica que produce residuos sólidos derivados de la actividad residencial privada o familiar, y se beneficia con la prestación del servicio de aseo. Se considera como servicio de aseo residencial el prestado a aquellos locales que ocupen menos de veinte metros cuadrados (20 m<sup>2</sup>) de área, exceptuando los que produzcan un metro cúbico (1 m<sup>3</sup>) o más de residuos al mes.*

**ARTICULO TERCERO. - Tipos de contratos:** *El otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo se hará siempre a través de contratos de concesión, previa la celebración de un proceso licitatorio.*

**ARTICULO CUARTO. - Modalidades de prestación del servicio que son objeto de exclusividad.** *El área de servicio exclusivo podrá comprender las modalidades de prestación de servicio ordinario y de servicio especial, exceptuando de esta última modalidad la prestación del servicio de aseo para residuos de carácter peligroso, hospitalario e infeccioso.*

**PARÁGRAFO.** *Los productores de residuos de carácter peligroso, hospitalario e infeccioso, ubicados en el área de servicio exclusivo otorgada en concesión, podrán contratar con el Concesionario del servicio la recolección y disposición de estos residuos, siempre que este último tenga la capacidad para su manejo y disposición y cuente con los permisos y licencias otorgadas por las autoridades ambientales y sanitarias competentes. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que compete a los generadores de residuos peligrosos, hospitalarios e infecciosos, de los efectos que sobre el ambiente y la salud pública puedan generar estos residuos.*

**ARTICULO QUINTO. - Capacidad para contratar:** *Las áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo, sólo podrán ser otorgadas por las entidades territoriales en desarrollo de las competencias asignadas por el artículo 5 de la ley 142 de 1994.*

**ARTICULO SEXTO. - Elemento tarifario:** *Los proponentes deberán incluir en sus ofertas las fórmulas tarifarias que aplicarían, en cumplimiento a lo establecido por el inciso final del artículo 39 de la Ley 142 de 1994. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico intervendrá cuando se presenten los eventos contemplados en el párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.*

*Las modificaciones de la parte tarifaria de los contratos derivados de las circunstancias descritas en el párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, no darán derecho a indemnización.*

**ARTICULO SÉPTIMO. - Condiciones para celebrar contratos en virtud de los cuales se establezcan áreas de servicio exclusivo:** *Los contratos que incluyan cláusulas sobre "áreas de servicio*

*exclusivo”, solo podrán celebrarse siempre que el representante legal de la entidad territorial competente demuestre:*

*7.1. Que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo no son suficientes para extender la prestación del servicio de aseo a los estratos de menores ingresos y que con su otorgamiento se obtenga, directa o indirectamente, el aumento de cobertura a dichos usuarios, sin desmejorar la calidad del servicio; y*

*7.2. Que la organización de un área de servicio exclusivo produciría economías que permitirían, con los recursos disponibles, llevar o subsidiar el servicio de aseo a dichos usuarios.*

**ARTICULO OCTAVO. - Verificación de los motivos:** *Para verificar el cumplimiento de estas condiciones, las entidades territoriales competentes interesadas deben hacer llegar a la Comisión, debidamente certificados por los funcionarios competentes, y antes de abrir licitaciones de contratos en los que se incluyan cláusulas para definir “áreas de servicio exclusivo”, un estudio de factibilidad técnica, económica y financiera del área o áreas de servicio exclusivo potenciales, que tenga como objeto justificar la viabilidad, el número y distribución geográfica del área o áreas potencialmente viables.*

*Dicho estudio deberá contener, por lo menos:*

*8.1. Plano correspondiente al área o áreas que se establecerían como de servicio exclusivo.*

*8.2. Definición del número de usuarios de menores ingresos a los cuales se extendería el servicio de aseo, de acuerdo con la estratificación adoptada por el municipio.*

*8.3. Estudios técnicos y económicos que sustenten la extensión de la cobertura a los estratos de menores ingresos.*

*8.4. Monto presupuestado de los recursos a los que se refiere el numeral 7.1 del artículo séptimo de la presente resolución.*

*8.5. Copia del pliego de condiciones de la licitación y de la minuta del contrato.*

*8.6. Financiación global del servicio.*

*La Comisión se pronunciará en un término máximo de cuarenta (40) días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de la documentación aquí establecida.*

**ARTICULO NOVENO. - Condiciones que deben llenar los contratos:** *Los contratos de concesión en los cuales se incluya el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo a un empresario de servicios públicos deben referirse, por lo menos, a los siguientes aspectos:*

*a. Determinación del ámbito geográfico. El contrato debe identificar, con toda precisión, por medio de un plano técnicamente elaborado, el*

*ámbito geográfico para el cual se concederá la exclusividad en la prestación del servicio.*

*b. Cobertura. Número de usuarios por estratos a los cuales se extendería el servicio durante el plazo del contrato, y programas de expansión.*

*c. Servicios a los cuales se extiende la exclusividad. Estos deben precisarse sin género de duda, atendiendo para ello, entre otros, a los criterios que surgen del numeral 14.4 de la Ley 142 de 1994.*

*d. Forma en la cual se garantiza la exclusividad. Medidas que tomarán los contratantes, dentro de sus facultades legales, para hacer efectiva la exclusividad que se otorga al contratista. Las medidas deben tener relación directa y proporcional con este objetivo, y no deben implicar restricciones adicionales o innecesarias a la competencia.*

*e. Calidad del servicio. Deben establecerse, con precisión, los niveles de calidad del servicio que debe garantizar el contratista a los usuarios, los cuales deben ser, por lo menos, iguales a los establecidos en la normatividad vigente.*

*f. Plazo. El plazo que se pacte no puede ser indefinido y debe estar perfectamente determinado. En todo caso, no podrá ser superior de los (8) años.*

*g. Obligaciones que el contratista asume respecto al servicio. Todas aquellas que según la ley, deben incluirse en las condiciones uniformes de los contratos, y aquellas especiales que quisiera imponer la entidad territorial competente como parte del contrato de servicios públicos.*

*h. Tarifas. El contrato quedará sujeto en esta materia a lo establecido en el artículo sexto de esta resolución.*

*i. Nuevos aportes de las entidades públicas para extender la cobertura del servicio.*

*j. Modelo y cifras de proyección del valor presente neto del contrato para el contratista. Se aplicarán en la construcción de ese modelo los criterios usuales de análisis de proyectos con identificación precisa del plazo esperado del contrato; del número de usuarios que, en cada período, se piensa atender; y de los ingresos y desembolsos asociados con diversos grupos de usuarios, si su ubicación dentro del área lo permite.*

**ARTICULO DÉCIMO. - Nuevos oferentes:** *Una vez la Comisión expida la metodología para hacer comparables costos de prestación eficiente del servicio, podrá autorizar la entrada de nuevos oferentes al área de servicio exclusivo, o la salida de un grupo de usuarios para que otro oferente les preste el servicio, si con ello se reducen los costos de prestación del servicio de aseo a un grupo de usuarios del área. Si a los nuevos oferentes se permite algún tipo de exclusividad en el área, se les seleccionará por medio de licitación pública. En todo caso, será indispensable mantener al contratista que ostentaba el derecho al área de servicio exclusivo, el equilibrio económico del contrato.*

**PARÁGRAFO.** En el caso de la prestación del servicio de aseo para residuos peligrosos, hospitalarios e infecciosos por nuevos oferentes, se observará lo dispuesto en el parágrafo único del Artículo Cuarto.

**ARTICULO DÉCIMO PRIMERO.** - Apertura de una nueva licitación respecto del mismo objeto contractual: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, al cabo de un tiempo de celebrado el contrato, la entidad pública contratante podrá abrir una nueva licitación respecto del mismo objeto contractual y si la gana una empresa distinta de aquella que tiene la concesión estará obligada a dejar indemne a ésta, según la metodología que para esos eventos establezca esta Comisión.

**PARÁGRAFO.** - En cualquier caso, con el propósito de preservar el principio de libre concurrencia de oferentes, se someterán a licitación aquellos contratos que celebren las entidades territoriales competentes que tengan por objeto modificar:

- a) El concesionario.
- b) Las fórmulas tarifarias o alguno de sus componentes
- c) Cualquier parte del contrato que afecte en más del 20 / el valor presente del flujo de caja de todo el contrato que presentó el contratista.

**ARTICULO DÉCIMO SEGUNDO.** - **Principios de interpretación:** Las normas de esta resolución se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar de la ley 142 de 1994; teniendo en cuenta que el artículo 40 de la ley 142 de 1994 es una norma de carácter excepcional y, por lo tanto, de interpretación restrictiva; y en la forma que mejor impida los abusos de posición dominante y que más favorezca la continuidad, calidad y precio en la prestación de los servicios.

**Parágrafo.** - La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios vigilará el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente resolución y sancionará las conductas constitutivas de abuso de posición dominante.

**ARTICULO DÉCIMO TERCERO.** - **Régimen de Transición:** Las áreas entregadas en concesión por los municipios para la prestación del servicio público domiciliario de aseo con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta resolución, podrán considerarse, a juicio del alcalde, como áreas de servicio exclusivo hasta la fecha de terminación de los respectivos contratos de concesión.

**ARTICULO DÉCIMO CUARTO.** - **Vigencia:** Esta resolución entrará en vigencia tan pronto se publique en la Gaceta del Ministerio de Desarrollo Económico.

La Sala examinará, si el acto administrativo acusado, contenido en la Resolución No. 11 de 1996, expedida por la Comisión de Regulación CRA, reúne los elementos propios de un acto administrativo, toda vez que a la luz de lo

preceptuado por el artículo 84 del C.C.A.,<sup>20</sup> la acción de nulidad propuesta procede frente a actos administrativos.

Sobre el particular resulta pertinente acudir a las definiciones que por vía jurisprudencial y doctrinal han sido desarrolladas. Se ha entendido como acto administrativo *“toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares tendiente a la producción de efectos jurídicos. Es decir, con la capacidad suficiente para alterar el mundo jurídico. Si la manifestación de voluntad no decide, no es un acto administrativo”*<sup>21</sup>

También se ha sostenido que *“...El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual actúa, constituya en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión... Así, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención,... en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho”*<sup>22</sup>

Bajo estos lineamientos conceptuales se entiende que siempre que exista una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración o de un sujeto diferente, en ejercicio de la función administrativa a él atribuida conforme a la ley, que tenga carácter decisorio, es decir, que produzca efectos jurídicos, en cuanto cree, modifique o extinga situaciones jurídicas, habrá un acto susceptible de ser

---

<sup>20</sup> En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: *“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos...”* Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra “circulares de servicio” y contra “actos de certificación y registro”. La jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben detentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

<sup>21</sup> SANTOFIMIO, Jaime Orlando, El acto administrativo, Universidad Externado de Colombia, 1994, pág. 59.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 22 de enero de 1987; M.P. Hernán Guillermo Aldana Duque, Exp. 549.

demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para que ésta se pronuncie sobre su legalidad.

No importa, como se aprecia, la calificación formal de la decisión que se demanda; la misma podría denominarse “*acto administrativo*”, “*resolución*”, “*circular*” o de cualquier otra manera; puesto que lo determinante es que contenga los elementos referidos y de ser así, resulta procedente el juicio de legalidad que se proponga ante esta jurisdicción.

Se observa que la Resolución No. 11 de 1996, que ha sido enjuiciada, fue expedida por una Unidad Administrativa Especial que hace parte del sector central de la rama ejecutiva, además, se evidencia que ella contiene unas reglas de contratación para aquellos contratos de concesión que sean celebrados por las entidades territoriales para otorgar áreas de servicio exclusivo en la prestación del servicio de aseo, las cuales deben ser cumplidas por los operadores de los servicios de acueducto y saneamiento básico cuando quiera que vayan a celebrar negocios jurídicos, razón por la cual, no existe duda sobre la naturaleza de acto administrativo que detenta la Resolución demandada, susceptible de ser controlada por vía jurisdiccional.

### **2.2.2. Los servicios públicos a la luz de la legislación colombiana.**

La Constitución Política Colombiana, en su artículo 365, consagra los servicios públicos como una actividad inherente a la finalidad del Estado que le impone el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Igualmente, dicho mandato defiere al legislador la fijación del régimen jurídico al cual estarán sometidos los servicios públicos y señala la posibilidad de que estos sean prestados directamente por el Estado o también por particulares o por comunidades organizadas, bajo su regulación control y vigilancia.

La Carta Política no contiene, en estricto sentido, una definición o clasificación de los servicios públicos, pero si hace numerosas referencias a éstos en varios de sus artículos; así, menciona algunos de los servicios públicos básicos (suministro de agua potable, saneamiento básico) y los servicios públicos esenciales en cuya prestación está restringido el derecho de huelga, dada su naturaleza; igualmente se refiere a los servicios públicos domiciliarios dejando a la ley la fijación de competencias y responsabilidades en su prestación, su cobertura, calidad y

financiación y el régimen tarifario que deberá ser establecido teniendo en cuenta no solo los criterios de costos sino también los principios de solidaridad y redistribución de los ingresos<sup>23</sup>. También responsabiliza a los municipios de su prestación pero atribuye a los Departamentos funciones de apoyo y coordinación.

La noción de servicios públicos se encuentra definida por la Ley 80 de 1993, en su artículo 2.3 como aquellos *“que están destinados a satisfacer las necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.”*

Del contenido de estos textos normativos se observa que el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación de los servicios públicos, fundamentalmente para satisfacer las necesidades colectivas, garantizar el bienestar general y mejorar la calidad de vida de la población, es decir que su contenido y finalidad es eminentemente social<sup>24</sup>, lo cual no excluye la posibilidad de la participación del sector privado en su gestión; de tal suerte que según el precepto constitucional, para la prestación de los servicios públicos no es necesaria la gestión directa del Estado.

Por su parte la Ley 142 de 1994, norma mediante la cual se fija el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, en su artículo 1º, ubica dentro de esta categoría a los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. A su vez el artículo 5º de la misma ley establece la competencia de las entidades territoriales para asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de manera eficiente, a través de las empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto o también de manera directa y, el artículo 6º establece la prestación directa de los servicios

---

<sup>23</sup> La Corte Constitucional en sentencia C-086 de 1998 expresó lo siguiente: *“El legislador estableció dos mecanismos para lograr que con tarifas por debajo de los costos reales del servicio, la población de escasos recursos pudiese acceder a los diversos servicios públicos domiciliarios y cumplir así con los principios de solidaridad y redistribución del ingreso que impone la Constitución en esta materia. (...)”* *“El primero de estos mecanismos lo constituyen los subsidios que puede otorgar la Nación y las distintas entidades territoriales dentro de sus respectivos presupuestos (artículo 368 de la Constitución)”*

<sup>24</sup> *“La solidaridad, en el marco del Estado social de derecho, es el núcleo de la teoría del servicio público y lo que justifica la existencia de esta disciplina especial; hoy la teoría del servicio público se desarrolla plenamente en el contexto de las obligaciones sociales del Estado que es a quien le corresponde garantizar la prestación eficiente de los mismos a la totalidad de los habitantes del territorio nacional.”* (ATEORTÚA RÍOS, Carlos Alberto, Régimen de los servicios públicos domiciliarios en el contexto de la doctrina constitucional, Biblioteca jurídica Diké- Andesco, Medellín 2008)

públicos domiciliarios por parte de los municipios, por razones de conveniencia o de orden técnico que se entienden en eventos en los cuales se presenta falta de concurrencia en los procedimientos de selección.

La Corte Constitucional, en varias de sus sentencias se ha ocupado de construir una noción en torno a los servicios públicos cuya prestación corresponde al Estado e igualmente se ha referido a los servicios públicos domiciliarios. A continuación se transcriben algunos conceptos que han sido reiterados en el tiempo.

*“3. Los servicios públicos no pueden verse como una pesada carga que recae sobre el Estado burocrático sino como un logro conceptual y jurídico de los ciudadanos en su propio beneficio. La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo - Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca sino la de ciudadano - servidores públicos.*

*“El contenido filosófico - político de la noción de servicio público trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona.” (T - 540/92.)*

*“Se entiende por servicio público “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”. (Decreto 753 de 1956, art. 1o.)*

*“Autores como Guillermo Perry Rubio definen los servicios públicos como aquellos que satisfacen necesidades colectivas y que conllevan el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente, oportuna, continua y equitativa de estos servicios a todos los habitantes del territorio nacional.” (T - 570/92)*

*“El servicio público no es simplemente un “concepto” jurídico; es ante todo un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico<sup>25</sup>. (T - 578/92)*

---

<sup>25</sup> Cfr, MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo Tomo II, Tercera Edición, Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1.988, pág 27.



*“El Decreto Ley 1842 de 1991, por el cual se expidió el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios, entiende por tales los de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, telefonía local y telefonía de larga distancia nacional e internacional, recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos y gas natural domiciliario. Se llevan a los usuarios - como ya lo dijo esta Corte en Sentencia T - 578 del 3 de noviembre de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero - "a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo (...) y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas". (T - 539/93)*

*“El concepto genérico de servicio público comprende diversos tipos, en forma tal que es posible distinguir entre servicios públicos esenciales, sociales, comerciales e industriales y domiciliarios. Estos últimos, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional "son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas". A esta categoría corresponde el servicio de acueducto y alcantarillado al que por lo mismo, tratándose de los servicios públicos domiciliarios, defiere al legislador, entre otras materias, el señalamiento del régimen tarifario y le impone la observancia de los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos". (T - 064 de 1994)*

*“Es decir, el concepto de servicio público, prestado por quien fuere, incluye la prestación eficiente y cualquier circunstancia que atente contra éste no es sólo atribuible a la entidad administradora de la infraestructura del servicio, sino, por extensión y excepcionalmente a toda aquella persona que en forma permanente impida la eficaz atención del servicio porque su colateral actitud queda revestida por el proceso de la prestación del servicio. Se conjugan con esta interpretación dos de los eventos en que según el artículo 86 de la Carta Política cabe la tutela contra los particulares: cuando éstos están encargados de la prestación de un servicio público y cuando la conducta del particular afecte grave y directamente el interés colectivo. Es decir, el término prestación puede cobijar en circunstancias excepcionales el proceso de circulación de esa prestación.” (T - 523/94)*

*“De otro lado, asimilar a servicio público domiciliario, la realización de obras de riego, drenaje y protección contra inundaciones, desvirtúa aquélla categoría. La Corte ha señalado que por servicios públicos domiciliarios se deben entender aquellos servicios públicos "que se prestan a través de sistemas de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas" (Corte Constitucional, sentencia T - 578 de noviembre 3 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. En igual sentido la sentencia T - 306 de 1994).” (C - 205/95)*

*“Son los servicios públicos domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales.*

*Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.”. (C - 066/97)*

*“El concepto de servicio público ha sido objeto de un permanente desarrollo ligado a la constante evolución de la situación política, económica y social del mismo Estado. En el momento actual, no ha presentado una modalidad estática, sino cambiante y adaptable a la praxis económica y social, así como consecuente con el permanente avance de sus contenidos, entendiéndose por el mismo en el ámbito jurisprudencial y doctrinario como aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda.” (C - 075/97)*

*“Los servicios públicos domiciliarios son una especie del género servicios públicos y se caracterizan, en líneas generales, por llegar al usuario mediante un sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas y sitios de trabajo, y por cumplir la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. Bajo esta categoría, la ley 142 de 1994, que se ocupa de su régimen, ha agrupado los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible (art. 14.21).” (C - 493 de 1997)*  
(Subrayado no es del original)

En sentencia T - 540 de 24 de septiembre de 1992, en torno al mismo tema señaló:

*“(…) Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros.*

*(....)*

*La idea de servicio público es el medio para avanzar rápidamente al Estado social y democrático de derecho, en forma pacífica y sin traumas para los grupos de interés que detentan posiciones de ventaja respecto de los sectores mayoritarios de la sociedad con necesidades insatisfechas. La legitimidad del Estado depende del cumplimiento de sus deberes sociales y de la eficacia de la gestión pública. La población es sensible a la efectiva realización de los fines esenciales del Estado, en particular porque sobre ella pesa la carga del régimen impositivo. La corrupción y el fraude generalizados hacen que el ciudadano perciba la presencia del Estado como una carga insoportable y pueden conducir a su destrucción o al desmonte de las prestaciones sociales a su cargo. Por ello los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia*

*aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, sin perjuicio del principio de la solidaridad social.*

*Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (CP arts. 1 y 2). A través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) de toda la población.”*

En este contexto se vislumbra que si los servicios públicos en general y los servicios públicos domiciliarios en particular, cumplen una función social, corresponde al Estado ejercer la vigilancia y control para que éstos sean prestados con eficiencia, se asegure la competencia y se eviten situaciones de monopolio que afectan los intereses de los usuarios que son los destinatarios del servicio público, salvo que se den situaciones en la cuales el bienestar general no puede satisfacerse mediante la actividad privada, ejercida libremente y en competencia.

La intervención del Estado se obtiene y materializa mediante la “*regulación*” autorizada por la Constitución Política y la ley con el fin alcanzar el control, la permanencia y legitimidad del mercado, para hacer que las empresas se comporten de manera más eficiente, lo cual conduce a tener mayores beneficios.

Pero también los usuarios pueden participar en la gestión y fiscalización de los servicios públicos, con fundamento en los mecanismos de la democracia participativa consagrada por la Constitución Política como principio, finalidad y forma de gobierno en los artículos 1º, 2º y 369<sup>26</sup> y de esta manera garantizar la satisfacción de las necesidades de la población.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Los artículos 1º y 2º de la Constitución Política, consagran el principio de la democracia participativa y el artículo 369 la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de los servicios públicos.

<sup>27</sup> Sobre el tema puede consultarse la sentencia T-540 de la Corte Constitucional.

### **2.2.3 Las funciones de regulación, la delegación de funciones presidenciales en las Comisiones de Regulación.**

#### **2.2.3.1. Fundamento constitucional y legal.**

Para arribar al tema de las funciones que corresponden a las Comisiones de Regulación, resulta indispensable examinar los mandatos contenidos en la Constitución Política en materia de intervención, vigilancia y control de los servicios públicos.

El artículo 150 de la Constitución Política le fijó al Congreso la atribución de expedir las leyes y por medio de ellas la asignación de competencias para el ejercicio de diferentes funciones, entre las cuales se encuentran las relacionadas con la intervención y vigilancia de los servicios públicos. Así, el numeral 8º del artículo en mención, le asignó la función de expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional al ejercer las funciones de inspección y vigilancia establecidas en la Constitución Política; el numeral 21 le otorgó la facultad de expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 constitucional, en cuyas disposiciones se deben precisar tanto sus fines y alcances como los límites y restricciones a la libertad económica y el numeral 23 lo facultó para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

El artículo 334 superior al establecer la intervención del Estado en la economía consagró lo siguiente: *“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en (...) los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.”*

En armonía con lo anterior, el artículo 365 de la Constitución Política, en relación con los servicios públicos, dispuso: *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, siendo deber suyo asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”* Igualmente estableció que *“los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por*

*particulares” pero independientemente de quien los preste, “el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”*

Adicionalmente el artículo 367 constitucional defiere al legislador la labor de *“fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación”* así como *“el régimen tarifario”* que deberá fijarse teniendo en cuenta *“los criterios de costos”* pero también *“los de solidaridad y redistribución de los ingresos”*.

Finalmente, el artículo 370 de la Constitución Política atribuye al Presidente de la República la responsabilidad de fijar, con sujeción a la ley, *“las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”*.

De otra parte el artículo 211 Constitucional otorga al legislador la facultad de señalar *“las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine”*

Descendiendo a la ley que regula el régimen de los servicios públicos domiciliarios, - Ley 142 de 1994 - , se advierte que el artículo 68, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 370 constitucional antes referido, consagró igualmente, como función presidencial la de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, pero también, en virtud de lo establecido por el artículo 211 superior, autorizó al presidente para delegar estas funciones en las Comisiones de Regulación de los servicios públicos según se advierte en el siguiente texto normativo:

***“Artículo 68. Delegación de funciones presidenciales a las Comisiones.*** *El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley.*

*Las normas de esta Ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en*

*caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones.”*

Según la norma transcrita el señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios por parte de las Comisiones de Regulación, se sujeta a que el Presidente de la República decida delegar la función.

De otra parte, el Parágrafo del artículo 69<sup>28</sup> de la Ley de servicios públicos domiciliarios otorgó a las Comisiones de Regulación, la facultad de regular el servicio público respectivo; el artículo 73 señaló las funciones y facultades generales en relación con la regulación de los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad y, el artículo 74 estableció las funciones especiales de cada una de las Comisiones de Regulación que fueron creadas por la ley en comento, entre ellas, las que corresponden a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico<sup>29</sup>.

Desde este panorama normativo resulta claro que corresponde exclusivamente al legislador definir el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios y al ejecutivo fijar las políticas del sector y expedir la regulación de dichos servicios

---

<sup>28</sup> “ARTÍCULO 69. ORGANIZACIÓN Y NATURALEZA. Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes comisiones de regulación:  
(...)”

**PARÁGRAFO.** Cada comisión será competente para regular el servicio público respectivo.”  
Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible según sentencia C-1162 de 2000.

<sup>29</sup> El artículo 74.2 consagró las siguientes funciones a cargo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

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

b. Establecer, por vía general, en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalaciones y operación de equipos destinados a la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se sometan a normas técnicas y adoptar las medidas necesarias para que se apliquen las normas técnicas sobre calidad de agua potable que establezca el Ministerio de Salud, en tal forma que se fortalezcan los mecanismos de control de calidad de agua potable por parte de las entidades competentes”.

con sometimiento a la ley, como también, ejercer funciones de control, inspección y vigilancia sobre los mismos.

### **2.2.3.2 Funciones de Regulación y su delegación a las Comisiones reguladoras.**

#### **Funciones de regulación.**

La Carta Política atribuye al Presidente de la República la facultad de fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (art. 370), actividad que se encuentran sometida a los precisos límites establecidos por la Constitución, la Ley y los reglamentos como una manera de intervención del Estado en la prestación de dichos servicios.

El artículo 14.18 de la Ley 142 de 1994, define la regulación de los servicios públicos domiciliarios como *“La facultad de dictar normas de carácter general [o particular en los términos de la Constitución y de esta ley]<sup>30</sup>, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos.”*

La función de regulación ha sido concebida por la jurisprudencia como *“una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos dirigidos a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso; a permitir el flujo de actividad socio - económica respectiva. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades”<sup>31</sup>*

La regulación constituye una manifestación de la intervención del Estado con el fin de orientar la actividad económica hacia los fines de interés general establecidos en la Constitución Política y la ley, lo cual conlleva, establecer un marco normativo

---

<sup>30</sup> Aparte entre paréntesis cuadrados [...] adicionado mediante FE DE ERRATAS, publicada en el Diario Oficial Oficial No. 41.925 del 11 de julio de 1995.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

orientado a optimizar la eficiente prestación de los servicios públicos y por ende, la satisfacción de las necesidades de la comunidad, para que el prestador del servicio público se someta a dichas regulaciones y de esta manera impedir que se presenten actos de competencia desleal, situaciones de abuso de posición dominante, restricciones a la libre competencia y el surgimiento de monopolios que desfiguran el interés general que orienta la prestación de los servicios públicos.

La intervención del Estado al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 142 de 1994 también se manifiesta mediante la promoción y estímulo a la inversión a quienes prestan los servicios públicos, la consecución de recursos para este efecto; el control y vigilancia para que se de cumplimiento a las normas, planes y programas; otorgamiento de subsidios a las personas de bajos ingresos y toda una serie de medidas tendientes a la satisfacción del interés público.

Desde otra perspectiva, en cuanto a la naturaleza jurídica de los actos expedidos en ejercicio de la función regulatoria, la jurisprudencia de la Sala<sup>32</sup> ha hecho claridad en cuanto que ésta no consiste en “*completar la ley*”, o “*formar una proposición jurídica completa con la ley*” ni suplir los vacíos de la ley, puesto que según el marco constitucional y legal la función regulatoria debe ejercerse con sujeción a la ley y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos, por no tener rango legislativo. Igualmente, señaló que en consonancia con los pronunciamientos de la Corte Constitucional<sup>33</sup>, la función reguladora es una atribución administrativa asignada por la Constitución Política al Presidente, que debe ejercerse con sujeción a la ley. Así, las decisiones emanadas en ejercicio de las funciones regulatorias son actos administrativos susceptibles de control jurisdiccional por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La Corte Constitucional se refirió a las funciones de regulación de las comisiones, al decidir la demanda de constitucionalidad contra los artículos 69, 128 y 129 de la Ley 142 de 1994, advirtiendo que no se trata de funciones legislativas ni reglamentarias, cuyo ejercicio es exclusivo del Presidente de la República. En el siguiente sentido se pronunció:

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, Exp. 16257, reiterada por la sentencia 5 de marzo de 2008, Exp. 20409.

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997.



*“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, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área; además es claro que, al estar las comisiones adscritas a los Ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que, al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias. Lo anterior sin perjuicio de repetir que el Presidente de la República, según el artículo 189 constitucional, es suprema autoridad administrativa.*

*No sobra señalar que las demás funciones a las que se refiere el artículo 370 superior, esto es la inspección, el control y la vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, las ejerce el Presidente, según expresa disposición constitucional, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos (Ver Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C - 599 del 11 de noviembre de 1996. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz).*

*En otro aspecto del análisis, si bien el citado artículo 370 de la Carta dispone que el Presidente de la República ha de señalar, con arreglo a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, el texto del artículo 14 - 18 de la Ley 142 de 1994 a primera vista da la impresión de rebasar aquella norma constitucional, al establecer que la facultad reguladora implica la capacidad de dictar, no sólo normas de carácter general, sino también de naturaleza particular. Sin embargo, la Corte considera que, interpretada y aplicada conforme a los preceptos constitucionales y buscado su efecto útil, dicha previsión no contraría el Ordenamiento Superior, en tanto la atribución que consagra corresponde en realidad al simple ejercicio de una función de intervención en concreto sobre la base de lo que la ley disponga para asegurar que quienes prestan los servicios públicos domiciliarios se sujeten a sus mandatos.*

*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>34</sup>

### **La delegación de funciones de regulación.**

---

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 1162 DE 2000.

En cuanto a la delegación de las funciones de regulación conviene precisar que no obstante que la Carta Política atribuye al Presidente de la República la facultad de fijar las políticas generales de administración, el control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (art. 370), tales funciones, en virtud de la misma Constitución (art. 211) y de la Ley (art. 68 de la Ley 142 de 1994) podrán ser delegadas a las Comisiones de Regulación, cuyas decisiones deben obedecer a las políticas y directrices fijadas por el Presidente, y encontrarse sometidas a los límites establecidos por la Constitución, la Ley y los reglamentos; sin que por motivo alguno, la regulación emanada de las citadas Comisiones, que comprende la expedición de normas generales, pueda invadir la órbita de competencia que la Carta Política ha atribuido al legislador, ni tampoco el ejercicio de la potestad reglamentaria que el artículo 189 - 11 superior ha otorgado al Presidente de la República y que es de su exclusivo resorte<sup>35</sup>.

Sobre la delegación de las funciones presidenciales a las Comisiones de Regulación, en materia de fijación de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos, la Corte Constitucional<sup>36</sup> al decidir la demanda incoada contra el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, determinó que sí era procedente tal delegación, según se observa en el siguiente pronunciamiento:

***“La posibilidad de delegar las funciones presidenciales del artículo 370 de la Constitución en las comisiones de regulación.***

*(...)*

*14 - Conforme a lo anterior, es claro que la norma acusada se refiere a una función presidencial, como es la de fijar, de conformidad con la ley, políticas de administración y eficiencia de los servicios domiciliarios (CP art. 370). Por ende, el último problema que debe estudiar la Corte es si esa función es susceptible de delegación, como lo señalan algunos intervinientes y el Ministerio Público, o por el contrario es exclusiva del Presidente, y por ende indelegable, como lo sostienen la actora y uno de los intervinientes, por considerar que se trata de una función que ejerce como jefe de gobierno y de Estado, y no como suprema autoridad administrativa, puesto que a través de ellas se cumplen aspectos fundamentales de la política gubernamental.(...)*

---

<sup>35</sup> La Ley 489 de 1998 precisa aquellas funciones que no son susceptibles de ser delegadas, así el artículo 11 prescribe: “ARTICULO 11. FUNCIONES QUE NO SE PUEDEN DELEGAR. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

*1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.*

*2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.*

*3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.”*

<sup>36</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-272 de 1998.

15 - El Presidente de la República desempeña, además de las funciones de jefe de Estado, las de jefe de gobierno y las de suprema autoridad administrativa (artículo 189 C.P.) Ahora bien, la Constitución derogada confería una gran importancia a la distinción entre estas funciones ya que reservaba la delegación presidencial a las facultades que el Presidente ejercía como suprema autoridad administrativa, siendo por lo tanto contraria a ese ordenamiento constitucional cualquier delegación de sus funciones como jefe de Estado o jefe de Gobierno. En efecto, el artículo 135 de esa Carta explícitamente señalaba que los “ministros y los jefes de departamentos administrativos, como jefes superiores de la administración, y los gobernadores, como agentes del gobierno, pueden ejercer bajo su propia responsabilidad, determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, según lo disponga el Presidente”.

En ese orden de ideas, si bien la Constitución del 86 impuso límites en esa materia, la Constitución de 1991 amplió significativamente el espectro de funciones susceptibles de delegación presidencial pues otorgó a la ley la potestad de definir las funciones susceptibles de delegación, tal como se desprende del artículo 211 de la Carta vigente. En efecto, esa norma establece claramente que “la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine.” Nótese que esa disposición no distingue entre las distintas funciones presidenciales, lo cual no puede ser considerado una inadvertencia del Constituyente, debido a la especificidad de la anterior regulación constitucional en este campo. Hubo pues una clara intención de ampliar la posibilidad de delegar las funciones presidenciales, no sólo por cuanto ésta ya no sólo puede recaer en ciertos agentes del gobierno, como en la anterior Carta, sino además porque puede cubrir las funciones que el primer mandatario ejerce como jefe de Estado y jefe de Gobierno.

16 - En síntesis, la Carta no define de manera expresa cuáles funciones de las incluidas en el artículo 189 de la Carta pueden ser delegadas o no sino que defiende a la ley la precisión de las atribuciones presidenciales delegables. Por ende, se debe entender que el principio general es que la ley puede autorizar la delegación de cualquier función presidencial, sin que esa posibilidad esté restringida a aquellas que el primer mandatario ejecuta como suprema autoridad administrativa, razón por la cual esta Corte ha explícitamente reconocido que también son susceptibles de delegación las funciones en su calidad de jefe de gobierno<sup>37</sup>. Es entonces claro que la mayor parte de las funciones presidenciales pueden ser delegadas, como efectivamente lo ha manifestado esta Corte en varias oportunidades; sin embargo, esta misma Corporación ha considerado que excepcionalmente es improcedente la delegación, cuando se trata de una atribución que compromete a tal punto la integralidad del Estado y la investidura presidencial, que se requiere una actuación directa del Presidente como

---

<sup>37</sup> Ver sentencia C-315 de 1995.

garantía de unidad nacional. Así, en anterior oportunidad esta Corporación señaló:

“ No obstante, con respecto a la firma de los acuerdos contemplada en el literal b) de la misma norma, debe hacerse una distinción que para la Corte es determinante: al paso que los acuerdos intermedios o instrumentales que se haga menester celebrar a lo largo del proceso de paz con miras a su culminación pueden ser suscritos por los representantes del Gobierno sin que ello signifique vulneración de la Carta Política, el acto de firma de los acuerdos definitivos, mediante el cual se plasman con carácter vinculante los pactos que constituyan resultado final de los diálogos, está reservado de manera exclusiva al Presidente de la República en su calidad de Jefe del Estado. Dada la índole del compromiso que se contrae y sus repercusiones para el futuro de la colectividad, el contenido del acuerdo de paz no puede quedar en manos de personas distintas a aquella que tiene a su cargo la conducción del orden público (artículo 189, numeral 4 C.N.). Se trata de decisiones de alta política reservadas, por tanto, al fuero presidencial y que, dada su naturaleza, no son delegables. La figura prevista en el artículo 211 de la Carta no sería aplicable a ellas, en especial si se recuerda que, por mandato de la propia norma, la delegación exime de responsabilidad al delegante, mientras que el ejercicio de las atribuciones de los estados de excepción compromete al Presidente de la República (artículo 214 - 5 C.N.), precisamente por su gravedad y trascendencia.”<sup>38</sup>

17 - Como vemos no todas las funciones del Presidente pueden ser delegadas, en razón a la materia, la finalidad, las normas constitucionales involucradas y a los fundamentos mismos del Estado de Derecho. Sin embargo, en la medida en que la regla general es la delegación y la Constitución confiere una amplia libertad al Legislador en esta materia (CP art. 211), debe entenderse que la ley puede facultar la delegación de cualquier función presidencial, salvo que existan razones imperiosas que muestren que en un caso específico se afecta a tal punto el fuero presidencial, que la figura prevista en el artículo 211 superior no es aplicable.

18 - Conforme a lo anterior, es claro que la función constitucional atribuida al Presidente por la norma acusada es delegable, porque no compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional, al punto de que requiera un ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario. Esto es tan claro que la propia Asamblea Constituyente consideró viable atribuir esa facultad a un órgano autónomo, lo cual muestra que la posibilidad de delegación es compatible con la regulación general de los servicios públicos prevista en la Carta. En efecto, los antecedentes del debate en la Asamblea, así como el estudio de las propias normas constitucionales, conduce a dos conclusiones fundamentales en este campo:

---

<sup>38</sup> Sentencia C-241 de 1993.

- Que fue voluntad del Constituyente dejarle a la ley la definición del régimen general de los servicios públicos, buscando asegurar un esquema de eficiencia y de calidad en la prestación de estos servicios que garantizara los fines de la Carta, incluyendo sin duda alguna, lo relativo a las políticas de administración y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

- Que el constituyente preveía una delegación o desconcentración de tales funciones atribuidas al presidente, según el amplio espectro que determinase la ley, sea que recayera esa función en la Superintendencia como era en principio su decisión, o en los organismos “especializados” que describen los informes ponencias de la Asamblea Constituyente, porque esa posición es la que se desprende de las diferentes exposiciones y porque ni expresamente en la Constitución ni en los debates o proyectos de la Asamblea, se tuvo en cuenta la voluntad contraria de que fuera solo el Presidente quien pudiera señalar dichas políticas, sin posibilidad alguna de delegación.

19 - Esta delegabilidad es todavía más clara si se tiene en cuenta que una interpretación sistemática de la Carta permite concluir que la potestad del artículo 370 la ejerce el Presidente como jefe de la administración, por lo cual sería incluso delegable en el anterior ordenamiento constitucional.

En efecto, incluso en el debate constituyente fue claro que se colocaba en cabeza del Presidente la formulación de esas políticas, pero en los términos de la ley, en la medida en que se entendía que actuaba como jefe de la Administración, y no como jefe de Estado o de gobierno<sup>39</sup>. La fijación de políticas de control y eficiencia de los servicios públicos es entonces una función típicamente administrativa que cumple el Presidente en calidad de suprema autoridad administrativa, para la concreción de políticas de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, por lo que la delegación de esta atribución no sólo resulta pertinente en razón de la naturaleza de la función, sino que, a la luz de la Carta de 1991, es una opción totalmente razonable, mas aún cuando precisamente en materias como los servicios públicos el Constituyente pretendió fortalecer los principios de eficacia y celeridad de la administración.

Y en sentencia C - 1162 de 2000, la Corte Constitucional sobre la misma materia precisó:

“Así las cosas, se tiene que la regulación a cargo de las citadas comisiones hace referencia al cumplimiento de una función presidencial señalada en el primer aparte del artículo 370 constitucional, la cual se ejerce con sujeción a la ley, y requiere previa delegación del Presidente de la República en los términos señalados en el artículo 211 de la Carta Política.

---

<sup>39</sup> Ver comentario del Constituyente. Guillermo Perry. Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Transcripciones Asamblea Nacional Constituyente. Antecedentes del los artículos 365 a 370 de la Constitución

*Esta disposición constitucional deja en manos del legislador la competencia para indicar cuáles funciones presidenciales pueden ser delegadas, y no hace el mandato superior una enunciación taxativa de los funcionarios y organismos en los que puede recaer la delegación. Por eso alude, de modo genérico, a "las agencias del Estado que la misma ley determine".*

*Para la Corte resulta indudable que el precepto del artículo 211 de la Carta no excluye la posibilidad de delegación de funciones presidenciales en materia de servicios públicos, ni tampoco la que puede tener lugar en cabeza de unidades administrativas especiales.*

*De allí resulta que, como ya lo estableció la Corporación, autorizar, como lo hizo el legislador, que el Presidente delegue las ya mencionadas funciones de señalar, de conformidad con la ley, las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos, no se opone a la preceptiva fundamental.*

*Pero, claro está, la delegación correspondiente tiene que concretarse en actos presidenciales y debe someterse a lo previsto en particular por el artículo 211 de la Carta Política y en general a los principios y disposiciones de ésta.*

*En otros términos, la norma legal - que fue declarada exequible por esta Corte mediante la citada sentencia - se limitó a autorizar la delegación, pero las comisiones de regulación no pueden fundarse simplemente en la autorización legal sino que, para operar en concreto, requieren de la efectiva delegación por parte del Presidente. La delegación exime de responsabilidad al delegante; ésta corresponderá exclusivamente a la respectiva comisión; sus actos o resoluciones podrán siempre ser reformados o revocados por el Presidente de la República, quien entonces reasumirá la responsabilidad consiguiente.*

*Es importante resaltar que contra los actos y decisiones de las comisiones caben los recursos previstos en la ley para los actos administrativos" (Subrayado no es del original)*

De conformidad con estos lineamientos jurisprudenciales se puede establecer que:

i) El Presidente podrá delegar a las Comisiones de Regulación las funciones inherentes a la fijación de políticas de control y eficiencia en materia de servicios públicos, en tanto que no se trata de decisiones de alta política que requieran exclusivamente de la presencia del primer mandatario, ni con ello se compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional, amén de que corresponde a una función que cumple el Presidente como Jefe de la Administración; ii) Las competencias de regulación atribuidas a las Comisiones de Regulación se materializan a través de actos administrativos, en consecuencia, no tienen rango legislativo; iii) El ejercicio de la facultad reguladora corresponde al cumplimiento de

una función presidencial señalada en el primer aparte del artículo 370 constitucional, la cual se ejerce con sujeción a la ley, y requiere previa delegación del Presidente de la República en los términos señalados en el artículo 211 de la Carta Política; iv) La función reguladora atribuida a las Comisiones de Regulación de los servicios públicos no corresponde al ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada en el artículo 189 - 11 de la Constitución Política.

#### **2.2.4. La potestad reglamentaria otorgada al Presidente de la República por el artículo 189 - 11 de la Constitución Política y las competencias consagradas al ejecutivo por el artículo 370 superior.**

Conviene ahora precisar que la potestad reglamentaria<sup>40</sup> que el artículo 189 - 11 de la Constitución Política, otorga al Presidente de la República como Suprema autoridad administrativa, difiere de las facultades atribuidas por el artículo 370 de la Carta Superior.

La facultad reglamentaria ha sido definida por la Sala como *“la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance”*.<sup>41</sup>

El poder reglamentario no sólo es exclusivo del Presidente de la República sino que también puede encontrarse radicado en otras autoridades administrativas<sup>42</sup> tema sobre el cual la jurisprudencia de la Sala ha hecho una importante distinción entre la potestad reglamentaria atribuida al Jefe de Estado y aquellas facultades

---

<sup>40</sup> Eduardo García de Enterría ha definido la potestad reglamentaria como *“el poder en virtud del cual la Administración dicta reglamentos; es quizá, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación del ordenamiento. De este modo la Administración no es sólo un sujeto de derecho sometido como los demás a un ordenamiento que le viene impuesto, sino que tiene la capacidad de formar en cierta medida su propio ordenamiento y aún el de los demás...”* (Curso de Derecho Administrativo I, Duodécima edición, Ed. Thomson cívitas; Madrid 2004, pág. 182)

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. 24715.

<sup>42</sup> Ejemplo de ello son las facultades que el artículo 257-3 de la Constitución Política, otorga al Consejo Superior de la Judicatura y las consagradas en el artículo 371 constitucional para el Banco de la República.

reglamentarias derivadas del mandato del Constituyente o del legislador otorgadas a autoridades diferentes del Presidente. Al respecto señaló:

*“Dentro del género poder reglamentario, surgen dos figuras diferenciables en su concepción y alcance: la potestad reglamentaria y la facultad reglamentaria. La **potestad reglamentaria** derivada del mandato constitucional que implica el poder esencial y de función propia y exclusiva del Presidente de la República, para dictar reglamentos o para desarrollar la ley, que deviene expresamente de la Carta Política. Y la **facultad reglamentaria** derivada del mandato del Constituyente o del legislador, por el cual determina a cargo y en forma excepcional alguna competencia reglamentaria en cabeza de otras entidades, ya no del Presidente de la República, tal como acontece con los Ministerios o las entidades territoriales, entre otros.”<sup>43</sup>*

Además de lo anterior resulta de la mayor importancia destacar el sometimiento de la norma reglamentaria a la ley, toda vez que ésta no puede invadir la órbita de competencia del legislador, modificando la ley o incluyendo aspectos no regulados en ella.

Desde tiempos atrás, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha destacado la sumisión de los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, a la ley, manifestación que se encuentra contenida en los apartes que a continuación se transcriben:

*“La potestad reglamentaria del Jefe de Estado, en esta hipótesis, es limitada... No puede dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, no solo la ley que completa, sino cualquiera otra ley, ya que una disposición de una ley formal no puede ser modificada sino por una ley formal, y el reglamento, aun cuando es un acto legislativo material, es también desde el punto de vista formal, un acto en forma de decreto. El reglamento, además completa la ley, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, pero no puede dictar ninguna disposición nueva. El reglamento tiene por objeto y por razón de ser, asegurar la aplicación de la ley que él completa. Se halla pues, en rigor, contenido en la ley a que se refiere. Desarrolla los principios formulados por la ley, pero no puede en manera alguna ampliar o restringir el alcance de la ley.”<sup>44</sup>*

---

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de agosto de 2005, Exp. 13753.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, sentencia de 31 de enero de 1939 y de 18 de octubre de 1996. En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 24 de mayo de 1973, Sección cuarta, Exp. 2226; de 28 de mayo de 1985, Sección Tercera, Exp. 2896, de 29 de mayo de 1985, Sección Primera, Exp. 4371; de 26 de marzo de 1998, Exp. 11153, y concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de 9 de julio de 1996, Rad. 854 (referencia citada por Rodríguez, Rodríguez Libardo en su obra Derecho Administrativo, Décimo Cuarta Edición, Editorial Temis, 2005, Bogotá, pág. 347)



La Sala también se refirió al mismo tema, reiterando la anterior postura, según se advierte del contenido del siguiente pronunciamiento:

*“El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ella sólo regula aspectos o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su cumplimiento.”<sup>45</sup>*

La doctrina extranjera también ha tratado el tema de la supremacía de la ley sobre el reglamento, así lo ha ilustrado en el siguiente sentido:

*“La situación de supraordenación o superioridad jerárquica de la ley sobre el reglamento puede ser descrita mediante cuatro aspectos.*

- a) La ley ostenta, en primer lugar, una situación de primacía formal respecto del reglamento. Con esta fórmula quiere aludirse a la diversa función relativa que una y otro ostentan en la economía general del sistema normativo y, en particular, a la superioridad posicional de la ley derivada de su centralidad (...) Además de las consecuencias que de ello se derivan a efectos de la reserva de ley, (...)este modo de operar revela una nítida directriz constitucional en orden a la ocupación por la ley de la disciplina esencial de cada uno de los sectores del sistema normativo; una directriz, pues, en orden a la legificación de un sistema profundamente reglamentarizado.*
- b) La ley ostenta, en segundo lugar, una posición de primacía material o de contenido respecto del reglamento, consistente en la invulnerabilidad de sus preceptos frente a las determinaciones reglamentarias. Dicho desde otra perspectiva, equivale a la prohibición dirigida a los titulares de la potestad reglamentaria de dictar reglamentos de contenido o sentido contrario a las leyes,*

---

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. 24715.

*prohibición sancionada con la invalidez de los reglamentos que desconozcan esta interdicción.*

- c) *La tercera manifestación de la superioridad jerárquica de la ley se traduce en su posición de primacía objetiva o de ámbito (...)*
- d) *Por último, la ley se halla en posición de primacía directiva respecto del reglamento, en el sentido de que ostenta plena potestad de disposición o determinación vinculante respecto del contenido del reglamento y los términos formales de su vigencia. (...)*<sup>46</sup>

En este contexto resulta obligatorio que los reglamentos que expidan las autoridades administrativas con el fin de dar ejecución a las leyes, siempre estén sujetos a la Constitución Política y a la ley, sin que dicha potestad, radicada fundamentalmente en el presidente de la República, pueda servir de pretexto para ampliar o restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo el contenido de ellas, por cuanto ello significaría el ejercicio de funciones legislativas que son del exclusivo resorte del legislador.

Quiere decir que la materia del reglamento se circunscribe a lo que de manera explícita o implícita contiene la ley, con miras a asegurar su cumplida ejecución, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que contiene, pero no puede en manera alguna ampliar o restringir su alcance u ocuparse de materias ajenas al sentido y recto entendimiento de la ley.<sup>47</sup>

El ejercicio de la potestad reglamentaria, en cabeza del Presidente de la República, encuentra justificación en el hecho de que es mediante ésta que se hace aplicable o ejecutable la ley, pues no es común que los textos expedidos por el legislativo abarquen todos los elementos necesarios para la cabal aplicación de la ley, de tal suerte, que es a través del ejercicio de esta potestad, que se regulan los detalles que no previó la ley, esto obviamente como ya se dijo, dentro de los precisos límites fijados en ella.

En otras palabras, la ley consagra disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto que, por regla general, no pueden ser aplicadas en forma directa e inmediata a los administrados, sino que requieren de una reglamentación por parte del ejecutivo a quien le corresponde la facultad reglamentaria, para que la ley encuentre su justo desarrollo.

---

<sup>46</sup> SANTAMARÍA, Pastor Juan Alfonso, Principios de derecho Administrativo, Vol. I, Tercera edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, págs. 322 a 324.

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 31 de enero de 2008, Exp. 33963.

La Sala<sup>48</sup> ha definido la potestad reglamentaria como *“la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance.*

Igualmente ha precisado que *“El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política.”*<sup>49</sup>

La potestad reglamentaria concedida al Presidente de la República por el artículo 189 - 11 constitucional, abarca todas las materias contempladas en la ley y por supuesto lo relacionado con la reglamentación de los servicios públicos domiciliarios, facultad que es de su exclusivo resorte, razón por la cual no puede ser delegada, en términos de lo ordenado por el artículo 11 de la Ley 489 de 1998, salvo que la ley misma expresamente lo haya autorizado.

Dicha potestad no puede confundirse con las facultades otorgadas al Presidente de la República por el artículo 370 de la Constitución Política que alude a la facultad reguladora en materia de servicios públicos domiciliarios, aspecto que fue ampliamente expuesto en acápite anterior de esta providencia.

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera; sentencia de 3 de septiembre de 2007, Exp. 24715.

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera; en la misma sentencia de 3 de septiembre de 2007, Exp. 24715.

En este contexto, resulta claro que corresponde al Presidente de la República, en materia de servicios públicos domiciliarios, de una parte expedir los reglamentos para desarrollar y hacer ejecutable la ley, facultad que no puede ser delegada, y de otra, expedir los actos de regulación como mecanismo de intervención de Estado, facultad que puede ser delegada en las Comisiones de Regulación por expresa disposición de la ley.

La jurisprudencia de la Sala<sup>50</sup> ha sido enfática en establecer la diferencia existente entre estas dos clases de funciones atribuidas al Presidente de la República, pronunciamiento que hoy reitera y a continuación se transcribe:

“La Sala considera que no pueden confundirse de ninguna manera estas dos funciones constitucionales atribuidas al Presidente de la República, las cuales se ejercen de manera coetánea frente a los servicios públicos domiciliarios, coexisten, no se superponen ni interfieren entre sí ni se excluyen; por una parte, el Presidente, directamente, reglamenta la ley de servicios públicos, es decir, expide los decretos necesarios para hacerla ejecutable, para darles contenido a las figuras creadas por la ley, para implementar los mecanismos que permitan su aplicación a casos concretos.

Por otra parte, también el Presidente, directamente o a través de las comisiones de regulación, cuando decida delegar esta función –como de hecho lo hizo, mediante la expedición del Decreto 1524 de 1994 - , tiene la potestad de fijar las políticas que deben regir en materia de servicios públicos, en cuanto a la administración de los mismos y el control de su eficiencia, cumpliendo para ello, con las funciones específicas establecidas en la ley de servicios públicos - 142 de 1994 - , la cual, en el inciso 2º de su artículo 68, establece que las normas en ella contenidas que se refieran a las comisiones de regulación, se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función constitucional a él asignada en el artículo 370 de la Constitución Política, porque en caso contrario, será dicho funcionario quien ejerza las funciones que se atribuyen en la ley a las comisiones.

La función de regulación a cargo de las comisiones creadas por la ley, se contrae entonces, al ejercicio de las específicas competencias que ésta les otorga en su articulado, y es distinta de la competencia de reglamentación de la ley que le corresponde ejercer al Presidente de la República de manera exclusiva; se trata entonces, de dos órbitas de acción que deben ejercerse de manera independiente pero coordinada, en la medida en que las dos se hallan sometidas a las mismas disposiciones constitucionales y legales que rigen en materia de servicios públicos domiciliarios, evitando invadir cada una, el ámbito de decisión que no les corresponde.

---

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 5 de marzo de 2008, Exp. 20409

*Así mismo, es necesario tener claro que, el hecho de que el Presidente de la República haya decidido delegar su función de trazar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios en las comisiones de regulación, no significa en manera alguna, ni explícita ni implícitamente, la delegación de su función general de reglamentar la ley; por lo tanto, las comisiones en sus actuaciones, deben evitar inmiscuirse o invadir este radio de competencia del Primer Mandatario, limitándose a ejercer, concretamente, las funciones que de manera expresa les atribuyó la ley de servicios públicos; en el evento en que para ello se encuentren frente a vacíos normativos que dificulten el cumplimiento de las mismas, deberán propender porque los mismos sean solucionados, por parte de la autoridad competente para ello.*

*Precisamente por lo anterior, es por lo que la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios contempla en el artículo 73, entre las funciones de las comisiones de regulación, la de “Preparar proyectos de ley para someter a la consideración del gobierno, y recomendarle la adopción de los decretos reglamentarios que se necesiten” (numeral 73.1) (Se resalta).*

Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C - 1162, anteriormente referida, también estableció la diferencia existente entre estas dos clases de facultades otorgadas al Presidente de la República; en los siguientes términos:

*“Por otra parte, como se ha advertido, la regulación tampoco se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República, y ello por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente (artículo 189, numeral 11, C.P.). En efecto, esta última disposición constitucional define la potestad reglamentaria como la facultad presidencial para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, mientras que el artículo 370 se refiere a la fijación de políticas generales, con arreglo a ley, en dos materias muy precisas: administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.*

*Cabe entonces preguntarse: ¿cuál es la naturaleza de la regulación si no es ejercicio de función legislativa, ni tampoco de la potestad reglamentaria?*

*(...)*

*Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir 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 aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben*

*ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.*

*La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquella tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico - operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios.*

*Al tenor de los criterios precedentes, la Corte sólo encuentra una interpretación de los artículos 14 - 18 y 69 de la citada Ley, que resulta acorde con el Ordenamiento Superior y, en consecuencia, declarará constitucionales esas normas, pero bajo el entendido de que la facultad reguladora asignada a las comisiones se debe ejercer sólo respecto de las materias expresamente señaladas en el primer aparte del artículo 370 de la Carta - y siempre que se dé la previa delegación por parte del Presidente de la República (artículos 211 C.P. y 68 de la Ley 142 de 1994), facultad que esta Corporación encontró acorde con la Constitución (Cfr. sentencias C - 272 de 1998. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero y C - 444 de 1998. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara) - , es decir para "señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios".*

*Repite la Corte que no se trata de funciones legislativas o de atribuciones de creación de normatividad paralela a la ley, o encaminada a cubrir sus vacíos, ni tampoco de una sustitución de la propia ley ni de la potestad reglamentaria, exclusiva del Presidente de la República. Solamente sobre la base de estos criterios se declara la exequibilidad de las indicadas normas, pues bajo cualquier otro entendido son inconstitucionales.* (Subrayado no es del texto)

Desde esta perspectiva resulta claro que las facultades otorgadas al Presidente de la República por el artículo 370 constitucional, que pueden ser delegadas a las Comisiones de Regulación, según lo ordenado por el artículo 211 superior y el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, no hacen parte de su potestad reglamentaria sino de la facultad reguladora, entendida ésta como un mecanismo de intervención del Estado en la economía para delimitar el ejercicio de la libertad de empresa y preservar la sana y transparente competencia y de esta manera garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, dado el interés general que se encuentra comprometido con ellos.

## **2.2.5. La libre competencia.**

### **2.2.5.1 Consagración constitucional y legal - Ley 142 de 1994 - .**

Antes de la expedición de la Constitución de 1991, el sector de los servicios públicos domiciliarios constituía monopolio estatal, de tal suerte que el sector público, tradicionalmente había sido el gestor de dichos servicios bajo el criterio de que su prestación constituía una de las razones de existencia del Estado. En este contexto, la presencia de los particulares en esa actividad se reducía, prácticamente, a la posibilidad de actuar como contratista, en un negocio de concesión<sup>51</sup>.

El Constituyente del 91, con un criterio diferente abrió el campo de los servicios públicos al sector privado, redujo los monopolios estatales y promovió la concurrencia de nuevos operadores, es decir, que Colombia se sumó al llamado fenómeno mundial liberalizador de éstos, facilitando que en el mismo mercado, a la par con los operadores públicos, concurrieran las empresas privadas, bajo los supuestos de la libre competencia y la igualdad de condiciones<sup>52</sup>.

Lo anterior tiene fundamento en los artículos 333<sup>53</sup> y 365<sup>54</sup> Constitucional, la primera de estas normas erige la “*competencia económica*” a rango constitucional,

---

<sup>51</sup> Palacios Mejía, Hugo. Los Servicios Públicos Domiciliarios en la Constitución. Publicado en: Constitución Económica Colombiana. El Navegante Editores, 197, Bogotá. Pág. 327 - 374.

<sup>52</sup> Conviene destacar las orientaciones que sobre el proceso de liberalización y el nuevo concepto de servicio público ha precisado la Doctrina extranjera. Ha dicho DIEGO ZEGARRA VALDIVIA: “A modo de síntesis, quienes promueven estas tesis señalan que la esencia del cambio en el concepto y el régimen del servicio público: consiste en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con revisión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de servicio público (se trata de un servicio de interés general, esencial para las gentes), pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos).” (El Servicio Público. Fundamentos. Palestra Editores. Lima. 2005. pág 186.)

<sup>53</sup> Dispone esta norma que “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

“La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

“El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

“La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

<sup>54</sup> La norma prescribe lo siguiente:

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, **podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.** En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de

al tiempo que impone como responsabilidad, a cargo del Estado, impedir las prácticas que restrinjan la libertad económica y controlar las conductas abusivas de la posición dominante en el mercado nacional. La segunda, además de establecer como obligación del Estado la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, permite que los servicios públicos puedan ser prestados por particulares, es decir, le imprime un criterio liberalizador al sector de los Servicios públicos, permitiendo que tanto el Estado como las comunidades organizadas y los particulares operen libremente en el mercado.

Estas normas fueron ampliamente desarrolladas por las leyes 142 y 143 de 1994, por las cuales se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, éstas, en algunas de sus disposiciones, desarrollan directa o indirectamente el principio de la libre competencia económica. En especial, se destacan las siguientes:

El artículo 2º de la Ley 142 de 1994<sup>55</sup>, en el cual se establecen las reglas de competencia a las cuales se supedita la intervención del Estado en la economía, consagra específicamente, en el numeral 2.6, la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante como uno de los fines de la intervención.

El artículo 9 - 2<sup>56</sup>., ibídem, que trata sobre los derechos de los usuarios, dispone que éstos podrán escoger libremente el prestador del servicio.

El artículo 10<sup>57</sup>, de la Ley 142 que regula la libertad de empresa, dispone que

---

*una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita." (Resalto fuera de texto)*

<sup>55</sup> "Art. 2. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: (...) "6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante."

<sup>56</sup> "Artículo 9º. Derecho de los usuarios. Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a: (...) "9.2. La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización."

<sup>57</sup> "Artículo 10. Libertad de empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley."



todas las personas tienen el derecho a organizar y operar empresas de Servicios públicos Domiciliarios, dentro de los límites de la Constitución y la ley. Esta es una de las principales diferencias que se establecen en relación con el régimen anterior en el cual se exigían títulos habilitantes para operar los servicios públicos.

El artículo 11<sup>58</sup>, ibídem, reglamenta la función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos; en su texto dispone que las entidades prestadoras de los servicios públicos no pueden abusar de la posición dominante en que se encuentran respecto del usuario, ni realizar prácticas restrictivas de la competencia, cuando ésta sea de hecho posible.

Por su parte, el artículo 16<sup>59</sup> señala que los “*productores de servicios marginales*” deberán someterse a la celebración de contratos de concesión y a la obtención de permisos ambientales, sanitarios y municipales de que tratan los artículos 26 y 27 de la Ley 142 de 1994, e igualmente sus actos y contratos estarán sometidos a las demás normas previstas en ella, de tal forma que no se afecten las condiciones de competencia.

---

<sup>58</sup> “Artículo 11. Función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones:

“11.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros.

“11.2. Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia.”

<sup>59</sup> “Artículo 16. Aplicación de la ley a los productores de servicios marginales, independiente o para uso particular. Los productores de servicios marginales o para uso particular se someterán a los artículos 25 y 26 de esta Ley. Y estarán sujetos también a las demás normas pertinentes de esta Ley, todos los actos o contratos que celebren para suministrar los bienes o servicios cuya prestación sea parte del objeto de las empresas de servicios públicos, a otras personas en forma masiva, o a cambio de cualquier clase de remuneración, o gratuitamente a quienes tengan vinculación económica con ellas según la Ley, o en cualquier manera que pueda reducir las condiciones de competencia. Las personas jurídicas a las que se refiere este artículo, no estarán obligadas a organizarse como empresas de servicios públicos, salvo por orden de una comisión de regulación. En todo caso se sobreentiende que los productores de servicios marginales independientes o para uso particular de energía eléctrica están sujetos a lo dispuesto en el artículo 45 de la ley 99 de 1993.

“**Parágrafo.** Cuando haya servicios públicos disponibles de acueducto y saneamiento básico será obligatorio vincularse como usuario y cumplir con los deberes respectivos, o acreditar que se dispone de alternativas que no perjudiquen a la comunidad. La Superintendencia de Servicios Públicos será la entidad competente para determinar si la alternativa propuesta no causa perjuicios a la comunidad.

“Las autoridades de policía, de oficio o por solicitud de cualquier persona procederán a sellar los inmuebles residenciales o abiertos al público, que estando ubicados en zonas en las que se pueden recibir los servicios de acueducto y saneamiento básico no se hayan hecho usuarios de ellos y conserven tal carácter.”

Además, el inciso segundo del artículo 18<sup>60</sup>, relacionado con el objeto de las empresas de servicios públicos, faculta a las Comisiones de Regulación para imponer la obligación a empresas de servicios públicos de tener un objeto exclusivo, cuando quiera que por la pluralidad de objetos pueda verse limitada la competencia y no se produzcan economías de escala o de aglomeración en beneficio de los usuarios.

El artículo 21<sup>61</sup> faculta a las Comisiones de Regulación para autorizar que varias empresas, que operen en territorios diferentes, tengan un administrador común, siempre que con ello no se reduzca la competencia.

El artículo 23<sup>62</sup> de la citada ley, dispone que las ESP puedan operar, en igualdad de condiciones, en todo el territorio nacional con sujeción a las reglas que rigen en el territorio del correspondiente departamento o municipio.

El artículo 28<sup>63</sup> también garantiza la libre competencia, estableciendo el derecho de los operadores nuevos a acceder a la interconexión con las redes e infraestructuras

---

<sup>60</sup> "Artículo 18. Modificado parcialmente por el Decreto 1165 de 1999, artículo 28. Objeto. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.

"Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita. (...)"

<sup>61</sup> "Artículo 21. Administración común. La comisión de regulación respectiva podrá autorizar a una empresa de servicios públicos a tener administradores comunes con otra que opere en un territorio diferente, en la medida en la que ello haga mas eficiente las operaciones y no reduzca la competencia."

<sup>62</sup> "Artículo 23. Ámbito territorial de operación. Las empresas de servicios públicos pueden operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio. (...) "

<sup>63</sup> "Artículo 28. Redes. Todas las empresas tienen el derecho a construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos, para lo cual cumplirán con los mismos requisitos, y ejercerán las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios, y las particulares previstas en esta Ley.

"Las empresas tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, cuyos costos serán a cargo de ellas.

"Las comisiones de regulación pueden exigir que haya posibilidad de interconexión y de homologación técnica de las redes, cuando sea indispensable para proteger a los usuarios, para garantizar la calidad del servicio o para promover la competencia. Pero en ningún caso exigirán características específicas de redes o sistemas mas allá de las que sean necesarias para garantizar la interconectabilidad de servicios análogos o el uso coordinado de recursos. Las comisiones podrán exigir, igualmente, que la construcción y operación de redes y medios de transporte para prestar los servicios públicos no sea parte del objeto de las mismas empresas que tienen a su cargo la distribución y, además, conocerán en apelación los recursos contra los actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción u operación de redes. La construcción y operación de redes para

de los operadores existentes. La efectividad de dicho acceso se constituye en una de las principales garantías de la real competencia, máxime si se tiene en cuenta que las empresas que existían al momento de entrar a regir la ley 142 - oficiales - , las cuales venían operando en forma monopólica, son, por regla general, las propietarias de las redes o instalaciones, constituyendo una desventaja para quienes aspiran a ser nuevos operadores.

El artículo 30<sup>64</sup>, que consagra los principios de interpretación, ordena que las normas de la citada ley, en cuanto se refieren al tema contractual, deberán ser interpretadas de manera que garantice la libre competencia y que mejor controle e impida los abusos de posición dominante pero que a la vez, favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios públicos.

Se destaca el contenido del artículo 34<sup>65</sup>, disposición que prohíbe expresamente a las empresas operadoras de los servicios públicos domiciliarios, llevar a cabo prácticas abusivas, discriminatorias y restrictivas de la competencia, así como actos de competencia desleal.

---

*el transporte y distribución de agua, residuos, electricidad, gas y telefonía pública básica conmutada telefonía local móvil en el sector rural, así como el señalamiento de las tarifas por su uso, se regirán exclusivamente por esta Ley y por las normas ambientales, sanitarias y municipales a las que se alude en sus artículos 25 y 26 de esta Ley."*

<sup>64</sup> Dice el art. 30 de la ley 142 que: "PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN. Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios."

<sup>65</sup> "Artículo 34. Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas. Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

"Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes:

"34.1. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio;

"34.2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa;

"34.3. Los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios, o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia;

"34.4. Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en el que deba haber citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia;

"34.5. Las que describe el Título V del Libro I del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) sobre competencia desleal;

"34.6. El abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta Ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos. "

El artículo 35<sup>66</sup> confiere a las Comisiones de Regulación, la facultad de exigir a las empresas que tengan una posición dominante en el mercado y cuyo objeto principal sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, que se sometan a un procedimiento de licitación pública u otro que asegure la concurrencia de oferentes en igualdad de condiciones, para la adquisición de esos mismos bienes o servicios.

El artículo 73 consagra las funciones de las Comisiones de Regulación, entre ellas se destaca la facultad que tienen de “*regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea de hecho posible*”, así como “*promover la competencia entre los prestadores de servicios públicos.*”

En el artículo 74<sup>67</sup> se establecen las funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación. Allí se reitera, para cada una de ellas, la obligación que tienen de promover la competencia entre quienes prestan los servicios públicos correspondientes.

De otra parte, el artículo 86<sup>68</sup> establece las reglas que componen el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, entre ellas las “*...relativas a las prácticas tarifarias restrictivas de la competencia y que implican abuso de posición dominante*”.

---

<sup>66</sup> “**Artículo 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas.** Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. **En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir**, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.”

<sup>67</sup> “**ARTÍCULO 74. FUNCIONES ESPECIALES DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.** Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:  
(...)

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

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

<sup>68</sup> **ARTÍCULO 86. EL RÉGIMEN TARIFARIO.** El régimen tarifario en los servicios públicos a los que esta ley se refiere, está compuesto por reglas relativas a: (...)

“86.3. Las reglas relativas a las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia, y que implican abuso de posición dominante; “

El artículo 98<sup>69</sup> prohíbe a los operadores de los servicios públicos, la práctica de conductas restrictivas de la competencia, en materia tarifaria, relacionadas con la aplicación de tarifas que no revelen los costos operacionales y la discriminación de los clientes que poseen las mismas características comerciales para ofrecerles tarifas diferentes. De esta manera se resalta la necesidad de que exista transparencia en el tema tarifario, para garantizar realmente la competencia.

Del contenido de las anteriores disposiciones legales, resulta claro que su finalidad es, de una parte, beneficiar a las empresas, pero de otra, proteger también a los usuarios que, como ya se señaló, tienen derecho a escoger libremente al prestador del servicio. Así lo concibió la Asamblea Nacional Constituyente, según se refleja en el Informe de Ponencia presentado, en el cual se lee: *“En consecuencia, el derecho a la libre competencia económica no lo es sólo de quienes concurren al mercado con calidad de productores de bienes y servicios, sino que constituye un derecho esencial de los consumidores y usuarios (por cuanto de no existir la competencia económica estarían sometidos al ejercicio del poder monopolístico o al abuso de posición dominante en términos del costo o de la calidad de los bienes y servicios que consumen o utilizan) y, más aún, de la colectividad toda, como quiera que toda la comunidad se beneficia de la operación de un sistema económico competitivo y eficiente.”*

#### **2.2.5.2. El derecho a la libre competencia no es absoluto.**

Si bien los textos normativos citados pregonan la libertad económica y de empresa en el sector y la competencia en el mercado de los servicios públicos, en esas mismas normas se evidencia que estos derechos no son absolutos, sino que se

---

<sup>69</sup> **“ARTÍCULO 98. PRÁCTICAS TARIFARIAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.** Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos:

**“98.1.** Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.

**“98.2.** Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales.

**“98.3.** Discriminar contra unos clientes que poseen las mismas características comerciales de otros, dando a los primeros tarifas más altas que a los segundos, y aún si la discriminación tiene lugar dentro de un mercado competitivo o cuyas tarifas no estén reguladas.

*“La violación de estas prohibiciones, o de cualquiera de las normas de esta ley relativas a las funciones de las comisiones, puede dar lugar a que éstas sometan a regulación las tarifas de quienes no estuvieren sujetas a ella, y revoquen de inmediato las fórmulas de tarifas aplicables a quienes prestan los servicios públicos.”*

encuentran limitados por la eficaz protección del interés público y el cumplimiento de la finalidad social del Estado.

En criterio de la Corte Constitucional, la libre competencia económica es un derecho individual y también colectivo (artículo 88 de la Constitución), que tiene por objeto el logro de un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genere beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Es por ello que el ejercicio de tal derecho impone la actuación del Estado, quien no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades.<sup>70</sup>

También ha precisado la Corte, en sentencia C - 815 de 2 de agosto de 2001, que: *“[ l]a protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.”*

Pero el derecho de la libre competencia económica no es absoluto ni tampoco impide la intervención del Estado, toda vez que como ya se dijo, su ejercicio está limitado por la protección del interés público o colectivo y el cumplimiento de los fines sociales del Estado, tal como se encuentra previsto en los artículos 333, 334, 365 y 367 de la Constitución Política; en consecuencia, el legislador, por razones de interés público y dentro de los parámetros establecidos en la propia Constitución, esta facultado para imponer limitaciones a la libre competencia, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, que establece la misma Carta Política.

---

<sup>70</sup> Al respecto ver sentencia C 616 de 13 de junio de 2001.

La imposición de límites a los derechos constitucionales ha sido admitida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional,<sup>71</sup> así ha señalado que la *“libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado”*, puesto que ésta debe darse por mandato de la ley *“todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particulares”*, en cuanto que su propósito es *“realizar los fines esenciales del Estado, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*. A juicio de la Corte *“la libre competencia económica no excluye en modo alguno la ingerencia de del Estado para alcanzar fines que le son propios”*.

#### **2.2.5.3 Las áreas de servicio exclusivo como excepción a la regla general de la competencia.**

No obstante que la ley 142 de 1994 desarrolla y prohíja ampliamente la libertad de competencia en los servicios públicos domiciliarios, ella también consagra una excepción a este régimen general, al adoptar la figura de las *“áreas de servicio exclusivo”*, definidas en el artículo 40 de la ley 142 de 1994, de la siguiente manera:

*“artículo 40. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.*

*“Parágrafo 1°. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos” (Negrillas fuera de texto).*

---

<sup>71</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-398 de 7 de septiembre de 1995.

La norma transcrita establece varios presupuestos que deben concurrir para que sea posible establecer áreas de servicios exclusivos para la prestación de determinados servicios públicos, tales requisitos se concretan en:

i) La competencia para establecer el área de servicio exclusivo es de las entidades territoriales, de tal suerte que ninguna otra autoridad del Estado y menos una empresa prestadora del servicio, podría tomar la iniciativa para constituir un área de esta naturaleza.

ii) La constitución de áreas exclusivas de servicio es potestativa de las entidades territoriales, en cuanto que la ley misma señala que las entidades “podrán” establecer estas zonas, luego no es obligatorio hacerlo, pero si decide establecerlas deberá dar cumplimiento a ciertos requisitos, entre ellos, que la creación obedezca a “motivos de interés social” y que tengan como finalidad extender la cobertura de los servicios públicos a las personas de menores ingresos.

iii) La ley restringe la constitución de áreas de servicio exclusivo para la prestación de determinada clase de servicios públicos domiciliarios, entre ellos señala que podrá implementarse para los de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, dejando por fuera, el servicio de telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural que también hacen parte de los servicios públicos domiciliarios en términos del artículo 1º de la Ley 142 de 1994.

Resulta importante recordar que el texto original del artículo 40, concretamente su párrafo 2, contemplaba la posibilidad de que, en cualquier momento, la entidad territorial autorizara el ingreso de cualquier otro operador a prestar el servicio público otorgado en exclusividad<sup>72</sup>. Esta norma fue derogada expresamente, por el

---

<sup>72</sup> Disponía el Párrafo 2º que “Si durante la vigencia de estos contratos surgieren condiciones que permitan reducir los costos de prestación del servicio para un grupo de usuarios del área respectiva, las Comisiones de Regulación podrán permitir la entrada de nuevos oferentes a estas áreas, o la salida de un grupo de usuarios para que otro oferente les preste el servicio, manteniendo de todas formas el equilibrio económico del contrato de quien ostentaba el derecho al área de servicio exclusivo. Sin perjuicio de lo anterior, al cabo de un tiempo de celebrado el contrato la entidad pública que lo firmó podrá abrir una nueva licitación respecto del mismo contrato y si la gana una empresa distinta de aquella que tiene la concesión estará obligada a dejar indemne a ésta, según metodología que definirá previamente la comisión de regulación respectiva. Esta misma regla se



artículo 7º de la ley 286 de 1996, de manera que hoy en día no es posible introducirle competencia al operador exclusivo.

iv) Las áreas de servicio exclusivo confieren a la empresa concesionaria el derecho de explotar, con exclusividad, el servicio público domiciliario, sin que sea posible que otras empresas le hagan competencia en dicho territorio, y durante el tiempo previsto en el contrato de concesión.

v) Según el artículo 40 de la Ley 142, a la cual se ha hecho referencia, la selección del concesionario que prestará el servicio en áreas exclusivas se hará "*mediante invitación pública*" que formula la entidad territorial, procedimiento que el párrafo de la misma norma denomina, de "*licitación*".

El artículo 40 en cita, constituye una excepción a la regla general consistente en que los contratos de prestación de servicios públicos se gobiernan por el régimen jurídico de derecho privado, al someter estos contratos - los de áreas exclusivas - a las regulaciones contenidas en la ley 80 de 1993. De manera que éste es uno de aquellos casos en que se mantienen vigentes para los contratos de servicios públicos domiciliarios, las disposiciones del estatuto general de contratación administrativa.

vi) Como culminación del procedimiento de selección, el oferente ganador celebrará con la entidad territorial, un contrato estatal de concesión<sup>73</sup>, de duración limitada en el tiempo. En dichos contratos deberá precisarse además, "*... el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.*"

La creación de esta figura, excepcional en el régimen de los servicios públicos

---

aplicará a los contratos de concesión de gas que contengan cláusulas de áreas de servicio exclusivo."

<sup>73</sup> Define el art. 32 de la ley 80 este tipo de contrato:

"**4o. Contrato de Concesión.** Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."

domiciliarios, comporta evidentes limitaciones al derecho a la libre competencia, tanto para el usuario del servicio como para los operadores del mismo. Así, para los consumidores, implica una restricción al derecho consagrado en el artículo 9.2,<sup>74</sup> y para los operadores, porque, en virtud de la celebración del contrato, pueden verse obligados a salir del área en la que vienen prestando el servicio, o bien porque no es posible ingresar a ella.

No obstante lo anterior, resulta pertinente advertir que la limitación impuesta por la norma al derecho a la libre competencia de los operadores, en cierta forma se atenúa al instaurarse por el mismo artículo 40, el procedimiento de la licitación pública como mecanismo de escogencia del prestador exclusivo, orientado por los principios de la función administrativa y de los demás previstos en la ley 80 de 1993, lo cual favorece la pluralidad de concurrentes en favor de todos los interesados, procedimiento que asegura la igualdad y la libre competencia tal como ha sido admitido expresamente por varias normas que regulan la materia, expedidas con posterioridad a la Ley 142 de 1994.

Conviene dejar en claro que existe una aparente discordancia en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, toda vez que al establecer el mecanismo de selección del contratista para la prestación de servicios en áreas exclusivas se refiere tanto a la “invitación pública” como a la “licitación”, procedimientos de selección que a la luz de lo previsto por el Estatuto de Contratación Administrativa, son significativamente diferentes, circunstancia que invita a desentrañar cuál fue realmente el sentido que el legislador quiso imprimirle a la forma de escogencia del contratista que prestará sus servicios en áreas de servicio exclusivo y para ello resulta útil acudir a otras normas que también regulan el mismo tema.

Con este propósito cabe destacar lo previsto en la Ley 632 de 2000 en relación con la prestación del servicio de aseo, norma en la cual se dispuso lo siguiente:

***“Artículo 9. Esquemas de prestación del servicio público domiciliario de aseo. Para la prestación de las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores, así como las de reciclaje, tratamiento, aprovechamiento, disposición final de los residuos y operación comercial, los municipios y distritos, responsables de asegurar su prestación, podrán aplicar el esquema de la libre competencia y***

---

<sup>74</sup> Se refiere a la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización.

*conurrencia de prestadores del servicio, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.*

*“Para las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos, y para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público, los municipios y distritos deberán asegurar la prestación del servicio, para lo cual podrán asignar áreas de servicio exclusivo, mediante la celebración de contratos de concesión, **previa la realización de licitación pública**, procedimiento con el cual se garantizará la competencia.*

*“Parágrafo. Corresponde al Gobierno Nacional definir la metodología a seguir por parte de los municipios y distritos para la contratación del servicio público domiciliario de aseo.”*

De otra parte el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificada por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, establece lo siguiente:

***“Régimen de Contratación. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa **licitación pública**, de conformidad con la Ley 80 de 1993.**”*

Una interpretación integral de las normas antes transcritas demuestran a todas luces que cuando se adelanta la contratación de prestación de servicios públicos domiciliarios por parte de entidades territoriales, para áreas de servicio exclusivo, ésta debe estar precedida del procedimiento de la licitación pública y aunque el artículo 40 de la Ley 142 incurre en una imprecisión al establecer en el inciso primero que la selección se hará por invitación pública, del parágrafo de esta norma, en armonía con el artículo 31 de la misma Ley, y el artículo 9 - 2 de la Ley 632 de 2000, se arriba a la conclusión de que el procedimiento que para estos casos ha impuesto la ley, es el de la licitación pública, en tanto que el tipo de contrato que se celebra como resultado de la escogencia, es el de concesión, el cual se rige por la Ley 80 de 1993, según lo ordena la Ley 142 de 1994.

Así lo ha admitido la Sala según se refleja en el siguiente pronunciamiento:

*“(…)*

*b.2. De esas disposiciones se aprecia que ni la ley 142 de 1994 ni la 632 de 2000 definen el contrato de concesión. Sin embargo la ley 142 de 1994 reenvía por excepción a la ley 80 de 1993 cuando, entre otros, se trate de contrato de concesión **que celebre la entidad territorial con la empresa de servicios públicos**, con el objeto de que esta última asuma la prestación del servicio o sustituya a otra empresa (par. único artículo 31).*

*Por consiguiente, cuando el decreto reglamentario acusado, 891 de 7 de mayo de 2002, recayó sobre el contrato de concesión para la prestación del servicio de aseo por parte de los Municipios y Distritos, en principio se sometió a la ley de contratación estatal, porque dicho negocio jurídico lo celebran la entidad territorial con la empresa de servicios públicos.”<sup>75</sup>*

Como corolario de lo anteriormente expuesto, debe entenderse que el procedimiento de selección del contratista que deben adelantar las entidades territoriales para contratar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, en áreas de servicio exclusivo, indudablemente es el de la licitación pública, previsto en la Ley 80 de 1993 y hoy en la Ley 1150 de 2007.

### **2. 3. Caso concreto.**

Los cargos formulados en la demanda se concretan en la violación de normas constitucionales y legales por desconocimiento del derecho a la defensa contradicción y publicidad; violación del derecho a la propiedad privada y demás derechos adquiridos por cuanto la expropiación debe estar precedida de la indemnización correspondiente y, el quebranto de las normas que prohíben el monopolio.

A continuación la Sala procederá a despachar cada uno de los cargos que fueron formulados en el siguiente orden: i) La garantía al debido proceso, en el establecimiento de las áreas de servicio exclusivo. ii) El derecho a la propiedad privada; la expropiación - artículo 58 CP. - respecto de terceros afectados con el establecimiento de un área de servicio exclusivo, iii) El monopolio, en los términos del artículo 336 de la Constitución Política.

---

<sup>75</sup> Sección Tercera. Sentencia del 27 de octubre de 2005. Rad. 2002-00045-01 (23583).

### 2.3.1. Cargo por violación del debido proceso. La garantía del debido proceso, para el establecimiento de un área de servicio exclusivo.

El cargo formulado por el actor se concreta en que la resolución demandada violó el artículo 29 de la Constitución Política, por no establecer unas reglas de procedimiento que garantizaran el derecho de defensa de las personas o empresas operadoras que prestan el servicio en el área o zona en donde se va a establecer la exclusividad en la prestación del servicio.

Conviene precisar que la vigencia y aplicación del derecho al debido proceso, en materia administrativa, está previsto, expresamente, en el artículo 29 de la Constitución Política<sup>76</sup>, precepto que fue consagrado por el constituyente del 91 y goza de importante protección en las actuaciones administrativas, gracias al mandato contenido en el citado artículo, en cuyo inciso primero ordena con claridad, que este derecho rige tanto en materia judicial como administrativa.

Sobre el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, consagrado en el artículo 29 superior, la Corte Constitucional en sentencia T - 521 de 19 de septiembre de 1992, sostuvo lo siguiente:

*“Los tratadistas contemporáneos de derecho administrativo, entre ellos García de Enterría y Ramón Parada, sostienen que “los principios inspiradores del ordenamiento penal son aplicables, con ciertos matices, al derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como lo refleja la propia Constitución”.<sup>4</sup>*

---

<sup>76</sup> El artículo 29 de la Constitución Política prescribe:

*“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” (Negrillas fuera de texto)*

<sup>4</sup> Cfr, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo II. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1.991. Páginas 161 y ss. FERNANDEZ, Tomás Ramón. Derecho Administrativo I. Parte General. Tercera Edición. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas S.A. Madrid. 1.991. Páginas 467 y ss. En estos dos libros se encuentra el concepto, clases y naturaleza de las sanciones administrativas.

*Así lo entendió el Constituyente de 1991, y en el artículo 29 se hace una clara determinación del debido proceso a toda clase de actuaciones administrativas, como ya lo ha señalado la Corte Constitucional.*<sup>5</sup>

*Así, el Código Contencioso Administrativo, en el artículo 35, dispone:*

*"Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.*

*En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite..."*

*Por lo tanto, toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen*".

La sala también se ha referido al derecho del debido proceso en las actuaciones administrativas adelantadas por las entidades públicas; al respecto ha precisado:

*"Hoy en día resulta indiscutible que el derecho fundamental al debido proceso rige en los procedimientos administrativos, gracias a que, en forma explícita, el artículo 29 de la Constitución Política estableció su plena aplicación.*

*Para la historia reciente del derecho público, este precepto ha significado un avance importante en el contexto de las garantías individuales, aunque sería osado afirmar que, antes de la CP. vigente, no hubiera existido procedimiento debido para la realización de las actuaciones administrativas, pues se debe reconocer que ellas han estado reguladas en la primera parte del Código Contencioso y en el art. 5 de la ley 58 de 1982, es decir, con bastante anterioridad a la expedición de la Carta Fundamental.*

*No obstante lo anterior, lo cierto es que el CCA no desarrolló - como tampoco lo hicieron el común de las normas que establecieron procedimientos administrativos especiales - toda la riqueza principalística que contiene el derecho fundamental al debido proceso, pues dejó de lado buena parte de los derechos que lo integran y la regulación se concentró, básicamente, en los siguientes aspectos: los principios rectores de los procedimientos administrativos - art. 3 CCA - , el procedimiento administrativo, el derecho de defensa y la impugnación de las decisiones; quedando por fuera muchos otros que, si bien no fueron negados, tampoco fueron afirmados. Tal es el caso de los derechos a la preexistencia de ley al acto que se imputa y a las sanciones imponibles, el non bis in idem, la no reformatio in pejus, el principio de la favorabilidad, entre otros.*

---

<sup>5</sup> Cfr, Sentencia Nro. T-11 de fecha mayo 22 de 1.992 de la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional.

*Por lo mismo, se debe reconocer que los procedimientos administrativos han resultado no sólo enriquecidos por el artículo 29 constitucional, sino también por el 209, el cual estableció, en el inciso primero, que “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”*

*Este listado de principios coincide, en buena parte, con el que, de antes, traía el artículo 3º del C.C.A., aunque el mismo fue adicionado con dos principios más: el de igualdad y el de moralidad, los cuales han agregado importantes significados a la forma como se adelantan las actuaciones administrativas.*

*Este dato, unido a la expresa consagración constitucional del debido proceso, en asuntos administrativos, da cuenta de la progresión continua de este derecho, en este campo, el cual siempre requirió y demandó espacios más propicios para desarrollar la protección de los particulares, porque resultaba injustificable que, en materia judicial se garantizara el derecho de defensa, y todo lo que implica el debido proceso, mientras que, en materia administrativa esta valiosa garantía no constituyera un derecho del interesado, o, al menos, no con la claridad deseada.*

*No obstante, es claro que el debido proceso a que está sujeta la administración pública debe coexistir con la necesidad y la obligación que tiene ésta de asegurar la eficiencia, la economía, la celeridad y la eficacia en el cumplimiento de las tareas a su cargo para la satisfacción del interés general, lo que obliga a hacer una ponderación adecuada entre todos ellos a fin de lograr un perfecto y balanceado procedimiento debido.<sup>77</sup>*

En la misma sentencia la Sala se refirió a algunas dificultades que se han presentado para dar aplicación del derecho fundamental al debido proceso en las actuaciones administrativas, según se advierte en el siguiente pronunciamiento:

*“Para la Sala, el mandato del artículo 29 constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y en la racionalización de los procedimientos administrativos sancionatorios o no, susceptibles de ser cobijados con la aplicación de este derecho, y su desconocimiento será cosa del pasado.*

*Ahora, y pese a que la determinación del campo de aplicación de cada uno de los derechos que integra el debido proceso es un asunto que se deberá ir decantando caso a caso<sup>78</sup>, es necesario dejar sentadas, por lo menos, las bases sobre las cuales esa tarea se debe realizar.*

---

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de noviembre de 2005. Exp. 14.157.

<sup>78</sup> El debido proceso constituye un macro derecho, porque a diferencia de muchos otros derechos constitucionales, éste se encuentra conformado por un haz de garantías fundamentales, cuya

En principio, todos los derechos que integran el debido proceso deben ser aplicables en materia administrativa, porque el mandato constitucional quiso extender, sin distinciones, este haz de garantías al campo administrativo. Esta idea no es más que la aplicación del principio del efecto útil en la interpretación de las normas, a la vez que una forma de realizar el mandato constitucional de manera efectiva.

No obstante lo anterior, es forzoso aceptar que i) muchos de esos principios rigen en materia administrativa en forma plena y absoluta, ii) mientras que otros lo hacen en forma matizada, es decir, que no es posible hacer una transferencia de ellos de la materia judicial a la administrativa, sin que sufran cambios y se transforme su estructura original.

Pertenecen, por ejemplo, al primer grupo, el derecho a ser investigado o sancionado por la autoridad competente, a que se observen las formas propias del procedimiento, a que no se dilate injustificadamente el procedimiento, a que se presuma la inocencia, la posibilidad de controvertir las pruebas y que se tome por nula la obtenida con violación del debido proceso, el derecho a la defensa, la posibilidad de impugnar la decisión condenatoria, el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, el principio de la favorabilidad y el derecho a que no se agrave la sanción impuesta cuando el apelante sea único.

Pertenecen al segundo grupo otros, muy pocos: el principio de legalidad de la falta y de la sanción y la posibilidad de estar asistido por un abogado durante el procedimiento. Lo anterior no significa que, en algunos procedimientos administrativos, tales principios no rijan en forma plena<sup>79</sup>.

Cuando se dice que no rigen en forma plena estos derechos se quiere significar, por ejemplo, que la ley no siempre es quien define las faltas y las sanciones, sino que se acepta que los reglamentos pueden contribuir en la definición de estos aspectos<sup>80</sup>. En otras palabras, la reserva de ley de estas materias se relaja, y admite una alta colaboración del reglamento en su configuración.<sup>81</sup>

---

autonomía hace que cada una de ellas pudiera ser independiente, pero que en conjunto conforman el denominado derecho al debido proceso.

En este sentido, el debido proceso no es más que una sumatoria de los derechos que lo integran, sin los cuales él mismo carecería de sentido y contenido.

<sup>79</sup> Tal es el caso del procedimiento administrativo disciplinario aplicable a los servidores públicos – entre otros sujetos pasivos-, contenido en la ley 734 de 2002, o el proceso de responsabilidad fiscal, regido por la ley 610 de 2000.

En estos casos, el derecho al debido proceso administrativo ha alcanzado niveles de evolución semejantes a los del derecho penal, porque todos y cada uno de los derechos que lo integran rigen de manera fuerte y plena, incluso la defensa técnica y la legalidad de las faltas y las sanciones.

<sup>80</sup> Tal es el caso de las faltas y las sanciones aplicables a los estudiantes en los establecimientos educativos, en cuyo caso se admite que los reglamentos definan estos aspectos.

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de noviembre de 2005. Exp. 14.157



Significa entonces que pese al mandato contenido en el artículo 29 constitucional, la aplicación del derecho al debido proceso en el campo administrativo ha sido matizada. En todo caso lo importante del tema es que el derecho al debido proceso, gracias a la Constitución de 1991, se erigió como propio de las actuaciones administrativas así su desarrollo en algunos aspectos, a veces resulte restringido.

Hechas estas precisiones, procede la Sala a adelantar el examen de la Resolución que ha sido cuestionada, con el fin de establecer si con ella se violó el derecho fundamental del debido proceso, consagrado en el artículo 29 superior.

En primer lugar deberá destacarse que las Comisiones de Regulación, no están facultadas para expedir reglamentos o fijar procedimientos en virtud de la funciones de intervención, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios que les han sido delegadas, según lo ordenado por el artículo 370 Constitucional, pues como ya se dijo sus funciones se encuentran limitadas por el marco que ha sido impuesto por la Constitución Política, la Ley y los reglamentos.

La jurisprudencia de la Sala<sup>82</sup> ha insistido en determinar que la función reguladora no tiene como finalidad “*completar la ley*”, o “*formar una proposición jurídica completa con la ley*” ni suplir los vacíos de la ley, puesto que según el marco constitucional y legal la función regulatoria debe ejercerse con sujeción a la ley y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos, por no tener rango legislativo. En igual sentido la Corte Constitucional<sup>83</sup>, ha señalado que la función reguladora no ostenta el carácter de ley sino que se trata de una atribución administrativa asignada por la Constitución Política al Presidente, que debe ejercerse con sujeción a la ley.

En este orden de ideas, si la Ley o los reglamentos no han fijado un procedimiento especial aplicable en los eventos en los cuales se haya de establecer áreas de servicio exclusivo para la prestación de servicios públicos domiciliarios, no le es dable a las Comisiones de Regulación en virtud de su facultad reguladora, señalar un procedimiento para el efecto, lo cual no implica que las entidades territoriales al momento de establecer el área de servicio exclusivo, estén eximidas de aplicar el

---

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, Exp. 16257, reiterada por la sentencia 5 de marzo de 2008, Exp. 20409.

<sup>83</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997.

procedimiento general previsto por el C.C.A., para las actuaciones administrativas, pues en todo caso, dichas entidades están obligadas a acatar dicho procedimiento.

A lo anterior se agrega, que realmente la tarea que debe desarrollar la comisión de regulación es de verificación de las condiciones que se encuentran establecidas por la ley, actividad administrativa que no involucra a ninguna otra persona, de manera que se trata de un trámite administrativo donde los terceros no tienen por qué resultar afectados.

Además, en situaciones como éstas, la ley confiere al Estado la potestad de tomar tal decisión, con discrecionalidad, aunque respetando los requisitos mínimos previstos en la normatividad vigente y, por lo tanto, para hacerlo, no requiere adelantar un procedimiento en los términos del artículo 29 de la Constitución Política.

Adicionalmente, es el procedimiento de licitación pública el espacio en donde cualquier persona puede hacer valer sus intereses en el negocio de las áreas de servicio exclusivo, y en él se encuentran etapas suficientes que garantizan la participación de todos los interesados en el negocio.

Queda claro entonces, que la facultad que le otorgó la ley a la autoridad reguladora –parágrafo del artículo 40 de la ley 142 - no comprende en sí misma la definición de un procedimiento administrativo, tal como reclama el actor, sino la determinación y concreción de los tres aspectos contenidos en dicho parágrafo consistentes en i) Verificar la existencia de los motivos de interés social que permitan la inclusión de áreas de servicio exclusivo; ii) Definir los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse y iii) Verificar que esto es indispensable para asegurar la viabilidad financiera para la cobertura a las personas de menores ingresos; **aspectos que fueron cumplidos por la autoridad reguladora al expedir la Resolución No. 11 de 9 de mayo de 1996 que ha sido acusada**, sin que por ello, se hubiere incurrido en violación del derecho de defensa consagrado en el artículo 29 constitucional.

Las razones expuestas conducen a la Sala a negar la prosperidad del cargo.

### 2.3.2. El cargo por violación a los derechos adquiridos respecto de los afectados con el establecimiento del área de servicio exclusivo. (Artículo 58 de la Constitución Política)

Este cargo de ilegalidad que presenta el actor se fundamenta en que la resolución demandada vulnera el artículo 58 de la Constitución Política porque no contempla la procedencia de la indemnización previa por la “*expropiación del mercado del servicio*”, a que se vería sometida la empresa que se encuentre operando el servicio, en el espacio geográfico en que se constituya el área exclusiva.

Procede la Sala a examinar si la Comisión de Regulación de Acueducto y Alcantarillado al expedir la Resolución No. 11 de 1996, en la cual se establecen reglas para implementar los contratos de concesión que incluyan el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, según lo prescrito por el artículo 40, de la Ley 142 de 1994, da lugar a la violación del artículo 58 constitucional, por no contener un procedimiento que garantice la indemnización previa que se exige en dicho artículo.

Como punto de partida conviene reiterar que la facultad de regulación que ha sido radicada en las Comisiones de Regulación se encuentra sometida a los precisos límites establecidos en la Constitución Política y la ley, sin que dichas Unidades Administrativas, tengan asignadas funciones legislativas encaminadas a completar la ley, regulando aspectos o procedimientos no contemplados en las normas superiores.

El artículo 40 de la Ley 142 de 1994 al establecer las llamadas áreas de servicio exclusivo, se refirió en el párrafo 2<sup>o</sup><sup>84</sup>, a la necesidad de restablecer el equilibrio económico del contrato a los contratistas que ostentaban el derecho al área del servicio exclusivo cuando quiera que se vieran afectados por la reducción de los costos de la prestación del servicio, por la entrada de nuevos oferentes en estas

---

<sup>84</sup> El párrafo disponía lo siguiente: “**PARÁGRAFO 2.** Si durante la vigencia de estos contratos surgieren condiciones que permitan reducir los costos de prestación del servicio para un grupo de usuarios del área respectiva, las Comisiones de Regulación podrán permitir la entrada de nuevos oferentes a estas áreas, o la salida de un grupo de usuarios para que otro oferente les preste el servicio, manteniendo de todas formas el equilibrio económico del contrato de quien ostentaba el derecho al área de servicio exclusivo. Sin perjuicio de lo anterior, al cabo de un tiempo de celebrado el contrato la entidad pública que lo firmó podrá abrir una nueva licitación respecto del mismo contrato y si la gana una empresa distinta de aquella que tiene la concesión estará obligada a dejar indemne a ésta, según metodología que definirá previamente la comisión de regulación respectiva. Esta misma regla se aplicará a los contratos de concesión de gas que contengan cláusulas de áreas de servicio exclusivo.”

áreas o la salida de usuarios para que otro oferente les prestara el servicio. Igualmente dicho Parágrafo previó que en caso de que la entidad pública que otorgó el contrato decidiera abrir una nueva licitación respecto del mismo objeto contractual y el nuevo adjudicatario fuera una empresa diferente de aquella que tenía la concesión, surgía la obligación de indemnizarla según la metodología que determinara la Comisión de Regulación.

En la Resolución No. 11 de 1996, en el artículo 10º, la Comisión de Regulación se refirió a las mismas situaciones anteriores, es decir, por la entrada de nuevos oferentes en estas áreas o la salida de usuarios para que otro oferente les prestara el servicio, estableciendo que en estos eventos, el contratista afectado, tendría derecho a obtener el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. El artículo era del siguiente tenor:

**ARTÍCULO DÉCIMO. - Nuevos oferentes:** *Una vez la Comisión expida la metodología para hacer comparables costos de prestación eficiente del servicio, podrá autorizar la entrada de nuevos oferentes al área de servicio exclusivo, o la salida de un grupo de usuarios para que otro oferente les preste el servicio, si con ello se reducen los costos de prestación del servicio de aseo a un grupo de usuarios de área. Si a los nuevos oferentes se permite algún tipo de exclusividad en el área, se les seleccionará por medio de licitación pública. En todo caso, será indispensable mantener al contratista que ostentaba el derecho al área del servicio exclusivo, el equilibrio económico del contrato.*

Por su parte en el artículo 11 de la Resolución acusada reguló las situaciones en las cuales se presentaba la apertura de un nuevo procedimiento de selección - licitación pública - , respecto del mismo objeto contractual, evento en el cual, el contratista afectado tendrá derecho a obtener la indemnización correspondiente según la metodología que estableciera la Comisión. El citado artículo de la Resolución demandada disponía lo siguiente:

**ARTICULO DÉCIMO PRIMERO. - Apertura de una nueva licitación respecto del mismo objeto contractual:** *Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, al cabo de un tiempo de celebrado el contrato, la entidad pública contratante podrá abrir una nueva licitación respecto del mismo objeto contractual y si la gana una empresa distinta de aquella que tiene la concesión estará obligada a dejar indemne a esta, según la metodología que para esos eventos establezca esta Comisión.*

**PARÁGRAFO. -** *En cualquier caso, con el propósito de preservar el principio de libre concurrencia de oferentes, se someterán a licitación*

*aquellos contratos que celebren las entidades territoriales competentes que tengan por objeto modificar:*

*a) El concesionario.*

*b) Las fórmulas tarifarias o alguno de sus componentes*

*c) Cualquier parte del contrato que afecte en más del 20 / el valor presente del flujo de caja de todo el contrato que presentó el contratista.*

Como se observa, el acto administrativo expedido por la Comisión de Regulación que ha sido impugnado, reiteró lo establecido por el Parágrafo Segundo del artículo 40 de la Ley 142 de 1994, en el cual se previó el derecho de indemnización al concesionario que venía prestando el servicio cuando quiera que la entidad territorial contratante decidiera abrir una nueva licitación que culminará con la contratación de una empresa diferente de aquella que venía operando la prestación del servicio de aseo, en áreas exclusivas de servicio, como también previó en el artículo 10º el derecho del contratista a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cuando por situaciones especiales los derechos adquiridos a través de la celebración del contrato de concesión se vieran menguados.

Tales regulaciones tuvieron soporte en el Parágrafo segundo del artículo 40 de la Ley 142 de 1994, pero el mismo fue derogado por el artículo 7º de la Ley 286 de 1996 promulgada el 5 de julio de 1996 y, por lo tanto, el acto demandado, Resolución No. 11 de 9 mayo de 1996, en esta parte específica, también decayó en términos de lo prescrito por el artículo 66.2 del C.C.A., por desaparecer los fundamentos de derecho en que se fundaba y por lo tanto, le sobrevino la pérdida de fuerza ejecutoria; en consecuencia, actualmente la ley no contempla la posibilidad de abrir nuevos procesos de selección para reemplazar al concesionario existente.

Según lo señala el demandante, en la Resolución acusada, no se estableció la obligatoriedad de indemnizar a las personas afectadas con la decisión tomada por una entidad territorial en el sentido de crear una zona de servicio exclusivo, pero así dicha regulación no la hubiera contemplado, lo cierto es que la propia Constitución Política, artículo 365, determinó que el Estado y en el presente caso éste se encuentra representado por la entidad pública territorial, está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados cuando resulten terceros afectados, deber que subsiste en virtud de la norma constitucional, sin que sea necesaria su regulación en la resolución expedida por la CRA.

Adicionalmente, es de competencia del ente territorial, determinar la indemnización que corresponde en cada caso concreto en el acto administrativo que declare la existencia del área de servicio exclusivo y no de las Comisiones de Regulación, pues es la entidad territorial correspondiente quien adopta la medida que puede dar lugar a la terminación anticipada de los derechos de terceros afectados con el funcionamiento del área exclusiva y, como tal, será ella quien debe aplicar las disposiciones constitucionales, con el fin de indemnizar previamente a quien resulte perjudicado, sin que la Comisión de Regulación tenga ingerencia en ello.

Por las anteriores razones el cargo formulado contra la Resolución No. 11 de 1996, expedida por la CRA, por violación del artículo 58 constitucional, carece de fundamento y, en consecuencia, será desestimado.

### **2.3.3. El cargo por violación del artículo 336 Constitucional. El monopolio, en los términos de los arts. 336 y 365 de la CP.**

El actor estima vulnerado el artículo 336<sup>85</sup> de la Constitución Política, porque el establecimiento de un área de servicio exclusivo constituye un monopolio municipal, sin que la resolución acusada hubiere previsto la posibilidad de garantizar la indemnización previa que contempla la disposición constitucional citada.

El precepto constitucional que se dice transgredido, contempla, en principio, la prohibición de establecer monopolios que no tengan como finalidad el arbitrio

---

<sup>85</sup> "Art. 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

"La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

"La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

"Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

"Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

"La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

"El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

"En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores."

rentístico, sin embargo, el mismo mandamiento dispone que cuando la ley ordena establecer un monopolio, por razones de interés público o social, los afectados que quedaron privados del ejercicio de una actividad económica lícita, deberán ser previamente indemnizados.

Para el examen del tema, resulta indispensable hacer referencia al artículo 365 superior, norma que ordena lo siguiente:

*“artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

*“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”* (Resaltado fuera de texto)

Con fundamento en dichas normas constitucionales el legislador expidió la Ley 142 de 1994, en cuyo artículo 40 dispuso, que las entidades territoriales podían crear áreas de servicio exclusivo por razones de interés social.

La norma demandada, Resolución No. 11 de 1996, reguló el artículo 40 de la Ley 142, indicando: i) Las condiciones que deben cumplirse para establecer las áreas de servicio exclusivo; ii) La forma cómo se verifica el cumplimiento de las condiciones para la existencia de las áreas de servicio exclusivo; iii) las condiciones que deben llenar los contratos que se celebren con los concesionarios; iv) La entrada de nuevos oferentes en la prestación del servicio y el deber de restablecer el equilibrio económico del contrato y v) La apertura de una nueva licitación respecto del mismo objeto contractual y el deber de mantener indemne al concesionario que es desplazado.

La Sala examinará si la resolución demandada se ajusta a la norma constitucional invocada por el actor y también a la ley regulada.

Como quiera que el cargo que ahora se despacha se concreta en el hecho de no haberse ordenado la indemnización de perjuicios que sufrieran los operadores

desplazados por efecto y consecuencia de haberse autorizado un área de servicio exclusivo, es decir, se trata del mismo cargo que fue analizado anteriormente, la Sala se remite a los planteamientos que fueron hechos en esta oportunidad.

Sostuvo el actor que el deber de indemnizar a las personas afectadas con la medida subsiste en virtud de la norma constitucional, de tal suerte que si la resolución expedida por la CRA no hizo mención alguna a este tema, como en efecto sucedió, de todas maneras tal omisión no impide que opere la indemnización, puesto que ella proviene de la norma Constitucional. No obstante, lo anterior, la Sala encuentra que el presente cargo ofrece, frente al artículo 336 constitucional (no así frente al 58 CP.), un tema adicional referido a los monopolios que es necesario precisar.

Si se examina la Ley regulada, artículo 40 de la ley 142, se advierte que en ella realmente se establece un monopolio<sup>86</sup>, en tanto que al permitirse la existencia de áreas de servicio exclusivo, se le asegura a un solo operador, la prestación exclusiva del servicio en un área determinada del municipio, sin que los usuarios puedan tener la opción de escoger a otra persona<sup>87</sup>, de esta manera ninguna otra empresa puede hacerle competencia en el servicio que se le entrega en concesión durante el plazo que dure la misma.

Para la Sala, a la luz de la resolución demandada, y lo prescrito por la ley regulada, no queda duda que cuando se establecen áreas de servicio exclusivo sólo la empresa concesionaria puede operar y, por lo tanto, se constituye en la única que puede ofrecer a los usuarios - residenciales o comerciales - el servicio de aseo<sup>88</sup> en dicho territorio.

---

<sup>86</sup> Según la Real Academia de la Lengua así se define el "**Monopolio**. Concesión otorgada por la autoridad competente a una empresa para que esta se aproveche con carácter exclusivo alguna industria o comercio. ... | | 3. Acaparamiento. | | 4. Ejercicio exclusivo de una actividad, con el dominio o influencia consiguiente... | | 5. Situación de mercado en que la oferta de un producto se reduce a un solo vendedor. | | 6..."

<sup>87</sup> En la sentencia C-150 de 2003, la Corte Constitucional, en relación con los monopolios, ha precisado lo siguiente "**Adicionalmente, según su contenido, los actos de intervención estatal pueden someter a los actores económicos a un régimen de declaración –un nivel bajo de intervención que sólo exige que los actores económicos presenten a las autoridades determinada información, un régimen de reglamentación, mediante el cual se fijan condiciones para la realización de una actividad, un régimen de autorización previa, que impide el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita, un régimen de interdicción, que prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables, o un régimen de monopolio, mediante el cual el Estado excluye del mercado determinadas actividades económicas, y se reserva para sí su desarrollo sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la ley.**" (Negrillas fuera de texto)

<sup>88</sup> En igual sentido, ver Sentencia C-154 de 1996 de la Corte Constitucional.



Este tipo de monopolio surge de la ley, porque es con base en ella que la entidad territorial, decide crear la exclusividad en la prestación del servicio, por razones de interés público que deben ser valoradas por la entidad pública competente y de esta manera determinar, si son suficientes y si las mismas justifican la creación de un área de servicio exclusivo, correspondiendo a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, verificar que se cumplan las condiciones exigidas para la creación de la referida área.

Si se dan las condiciones de ley, el municipio o distrito en su calidad de contratante, pasa a ser el concedente del servicio, y le asegura al operador - concesionario el derecho de explotación exclusiva del servicio de aseo, en un área del municipio o distrito y por un tiempo determinado. Pero además, en el contrato de concesión que suscriban se pactarán las condiciones y reglas que regirán la prestación del servicio mismo, con indicación de los derechos y obligaciones correlativas.

La creación de las áreas de servicio exclusivo, como ya se dijo, constituyen una excepción a la libre competencia en tanto que una vez establecidas solamente el operador o empresa de servicio que resulte favorecida con la adjudicación, podrá prestar el servicio en el territorio reservado. Igualmente, se indicó que la facultad para la creación de áreas de servicio exclusivo deviene constitucionalmente del artículo 365, en tanto que el artículo 336 sólo permite crear monopolios con fines rentísticos y como está demostrado, la norma demandada, Resolución No. 11 de 1996, no tiene la finalidad de regular monopolios de esta naturaleza.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 365 superior, el Estado podrá “**reservarse**” la prestación de un servicio o actividad estratégica –lo que en términos generales constituye un monopolio público - , siempre que concurren las siguientes condiciones: *i)* que existan razones de soberanía o de interés social; *ii)* que el Estado sea el responsable de la prestación del servicio, *iii)* que el legislador sea quien contemple esa posibilidad, *iv)* que el proyecto de ley sea de iniciativa del Gobierno, y *v)* que lo apruebe la mayoría de los miembros de una y otra Cámara.

De manera que cuando se cumplan estos presupuestos es posible que surjan otros monopolios, diferentes de los rentísticos pero en cualquiera de ellos la Carta Política ordena que se “... *deberá indemnizar previa y plenamente a las personas*

*que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita” (artículo 365).*

De lo anteriormente expuesto, resulta claro que la Resolución No. 11 de 9 de mayo de 1996, que ha sido demandada, se ajusta a lo preceptuado por el artículo 40 de la ley 142 y también al mandato contenido en el artículo 365 de la Constitución Política, fundamento de aquella, es decir, que el legislador tiene dispuesto que el Estado se puede reservar la prestación del servicio público, lo cual se materializa en la ley 142 de la siguiente manera: *“la entidad o entidades territoriales competentes podrán establecer, mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivo”*.

En todo caso, el artículo 365 constitucional, en concordancia con el artículo 336 ibídem, establecen el deber del Estado de indemnizar previamente y de manera plena a las personas que resulten afectadas con la creación del área de servicio exclusivo; así la Sala reitera lo expuesto al despachar el anterior cargo en cuanto que la Resolución No. 11 de 1996, cuya nulidad se deprecia, no es ilegal, si se tiene en cuenta que no es la Comisión de Regulación la que debe definir lo relativo a la indemnización de los perjuicios a terceros afectados, aspecto que se encuentra consagrado expresamente en la Constitución Política y de allí deriva, su obligatoriedad para las entidades territoriales que deciden crear el área de servicio exclusivo siendo de su competencia reconocer la indemnización correspondiente si se afectan derechos de terceros.

Se concluye entonces, que un monopolio distinto al rentístico sí puede existir, y que el derecho a la indemnización también procede, pero no es la Comisión de Regulación la competente para fijarlo, tasarlo o autorizarlo por acto administrativo regulatorio, puesto que es directamente la Constitución Política la norma que lo consagra y las entidades territoriales las facultadas para reconocer el pago de la indemnización, si con el acto de creación de las áreas exclusivas de servicio se afectan derechos de terceros cuando quiera que éstos se encontraban operando el área entregada y deben poner fin a sus actividades de manera anticipada, no por efectos de la expropiación que en este caso no se materializa, sino como consecuencia de la terminación anticipada de los contratos o autorizaciones que les habían sido otorgadas.

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

**FALLA**

**DENIÉGASE** la pretensión de nulidad formulada contra la Resolución No. 11 de 1996, expedida por Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, pero sólo bajo el entendimiento y en las condiciones analizadas en esta providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente  
Con aclaración de voto

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
Impedido

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

**ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO**

**FUNCION DE REGULACION - Alcance**

Desde un punto de vista general, es decir, en un sentido muy amplio, la regulación es una noción que abarca todo aquello que puede catalogarse como normatividad, a la cual se someten los sujetos en el desarrollo de sus actividades. Así, tenemos que, de forma general, el concepto puede comprender tanto las leyes expedidas por el Congreso, como los reglamentos, dictados por diferentes autoridades, en ejercicio de función administrativa. Depurando un poco más el concepto, se tiene que, por mandato constitucional, el Estado está legitimado para intervenir, normativamente hablando, en el ámbito social y económico, porque se trata de una actividad que compromete los intereses públicos y para ello ejerce una función de regulación de múltiples sectores y tareas específicas. Por lo tanto,

puede decirse que cuando el Estado actúa y se pronuncia buscando el correcto funcionamiento de la economía y de la sociedad, ejerce una forma de regulación. Sin embargo, este término abarca diversas significaciones, lo que genera dificultades, al momento de definir su naturaleza, pues la discusión que juega el Estado en la Economía no es pacífica. La regulación económico – social obedece, de un lado, a la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos, en su calidad de consumidores y usuarios, frente a los abusos del mercado; y, de otro lado, también pretende obtener la eficiencia económica y el perfecto funcionamiento de un sector económico determinado. Para lograrlo, el Estado dicta normas jurídicas a las que deben someterse los sujetos que intervienen en un mercado, de tal modo que se pueda alcanzar un equilibrio satisfactorio entre los derechos e intereses individuales y colectivos, lo cual genera seguridad jurídica respecto de las pautas que deben seguirse, especialmente en el ámbito económico. Por eso puede decirse que el mercado se desarrolla sobre un escenario de normas y regulaciones, puesto que, aunque en la actualidad ocupe un papel protagónico en la economía, lo cierto es que no puede actuar aisladamente.

### **REGULACION ECONOMICA - Noción**

A través de la regulación se fijan criterios y políticas para el actuar del mercado, pero también se establecen condiciones al mismo, de modo que la libertad de empresa no interfiera en los derechos o en la realización de los proyectos de las demás personas, lo que, en definitiva, constituye el interés general. Especialmente a través del control de la economía se interviene, directamente, sobre las actividades del mercado, a tal punto que pueden llegarse a modificar las condiciones previamente establecidas, imponiendo nuevas reglas de juego, que finalmente cobijan a todos los sujetos. Surge de este modo, el concepto de regulación económica –fijación de precios, condiciones de producción y prestación, barreras de entrada y salida, etc.. – en cabeza del Estado, como una respuesta para mitigar los fallos del mercado –es decir, la competencia imperfecta y el monopolio natural - , y también para dirigir a éste, y lo hace el Estado porque es el representante del interés común, lo que le faculta para asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, traducándose, finalmente, en un aumento de bienestar general. La regulación se convierte, entonces, en una de las diversas formas como se manifiesta la administración pública, constituyendo un conjunto de potestades dirigidas al control y dirección del servicio público, que debe compaginarse con la economía social de mercado, teniendo en cuenta que no todas las normas producen el mismo efecto con respecto a los derechos, libertades y obligaciones de los sujetos, dado que la incidencia es diversa.

### **ACTIVIDAD REGULADORA - También actúa para prevenir los defectos del mercado y para orientar el sector económico de que se trate**

No obstante, la actividad reguladora no sólo actúa en el momento en el cual se descubren los fallos del mercado – los cuales, al ser corregidos, benefician a la sociedad en general, pues no se puede perder de vista que la relación surge, precisamente, con el propósito de preservar el interés público - , sino que también actúa ex ante, es decir, para prevenir los defectos del mercado, e igualmente para orientar el sector económico de que se trate. Luego de tomar partido por una política reguladora concreta, llega el momento de aplicar y hacer efectivas las decisiones adoptadas, procurando darles cabal cumplimiento. Por su parte, entre las nociones propuestas por la doctrina, sobre lo que se entiende por regulación, se tiene aquella que la concibe como “un conjunto de reglas generales o de acciones específicas, impuestas por la autoridad o por una agencia administrativa,

que interfieren directamente el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y de las empresas”. En la actualidad, la regulación ha adquirido un significado mucho más amplio, que abarca potestades normativas, ejecutivas y de resolución de conflictos que el ordenamiento atribuye a las administraciones públicas, para disciplinar un determinado sector de la economía, velando por los intereses públicos específicos comprometidos. Pero un modelo de regulación que tenga en cuenta sólo criterios económicos e ignore las exigencias jurídicas, las circunstancias políticas, los condicionamientos sociales o las propias condiciones tecnológicas de una industria determinada, está orientado al fracaso, pues la regulación exige un enfoque multidisciplinario.

## **DESREGULACION - Noción**

Este vocablo es una traducción literal de la expresión inglesa *desregulatio*, que alude a ciertas medidas liberalizadoras que se han venido aplicando para dinamizar la vida económica, que consisten en la eliminación de restricciones que afectan decisiones empresariales. Jurídicamente, la desregulación implica una evaluación de la intervención pública en la economía, para verificar si se adapta a las circunstancias actuales y resulta adecuado a los fines perseguidos. Lo anterior se justifica por cuanto es una realidad que el derecho administrativo avanza con rapidez y hace, necesariamente, una constante revisión de sus contenidos, para que la normatividad, en cada momento, puede corresponderse con la realidad socio – económica. En este sentido, la regulación, en un determinado momento, ha llegado a una etapa en la cual replantea su razón de ser, debido a que la confianza que se había depositado en las autoridades públicas se ha transformado y, curiosamente, se está depositando en el juego de la libre competencia, siempre teniendo como referente la búsqueda de la máxima económica. Surge así el fenómeno de la desregulación, que trae consigo entre otros objetivos, suprimir trámites innecesarios y reducir los que forzosamente se requieren, en busca de un nivel más elevado de libertad para el sector privado, es decir, la meta es lograr la eficacia, evitando todo tipo de tropiezos, dejando claro que no significa abandono de la intervención pública en la economía, ni mucho menos la ausencia de controles, ya que los objetivos sociales o de interés público permanecen. De esta manera, se pretende descubrir y construir de nuevo los espacios comunes que existen entre la intervención del Estado en la economía y la libre competencia, lo cual no implica una regulación que desplace al mercado y pretenda ocupara su lugar, sino que lo impulse y lo estimule.

## **REGULACION - Para alcanzar la libre competencia / DESREGULACION - Para eliminar los inconvenientes que entorpecen la libre actividad económica**

Este fenómeno se ha concentrado en el fomento de la competencia buscando alcanzar la eficiencia económica, lo que implica una mayor regulación, y no la eliminación de normas del ordenamiento jurídico, situación que conduciría a hablar de una nueva regulación, o como ha sido entendida por algunos doctrinantes, como una “re - regulación” o “neo regulación”. En síntesis, primero se regula para alcanzar la libre competencia, luego se desregula para eliminar los inconvenientes que entorpecen la libre actividad económica y, finalmente, se vuelve a regular, a través de la sustitución de los antiguos controles, en atención a los nuevos fines planteados, lo que implica la definición de nuevas instituciones y técnicas jurídicas. De otro lado, es importante que el procedimiento des - regulador esté acompañado, en todo momento, por ideales como la proporcionalidad, el interés general y el bien común, teniendo presente que las modificaciones que se realicen sean las necesarias para obtener el fin perseguido. El producto de todo este

proceso moderno será, quizá, una normatividad más flexible para ejercer las distintas libertades económicas. En todo caso, lo relevante es que la finalidad pública se mantenga, la cual consiste en la eliminación de los obstáculos que detienen ciertas actividades, de tal manera que puedan entrar al escenario de la libre competencia, promoviendo la continuidad, universalidad y agilidad en la prestación de los servicios y, al mismo tiempo, reduciendo, no eliminando, el intervencionismo del Estado, introduciendo herramientas que faciliten la competencia y erradiquen arbitrariedades justificadas en la posición privilegiada. No obstante, solo puede hablarse de una manifestación adecuada de la competencia si ésta se desarrolla a través de reglas que la limiten y la protejan. Esto no puede significar la desaparición de la regulación, sino su transformación, puesto que la prestación de servicios públicos, enmarcada en el ámbito de la competencia, impone la necesidad de controlar y dirigir a todos aquellos sectores que se comprometan con dicha prestación, en términos de calidad y eficiencia, pues allí está involucrado el bienestar general, de tal manera que se brinde la adecuada protección a los usuarios, objetivo fundamental de la regulación, cualquiera que sea la forma que adopte, sumado a otros objetivos, como la libre competencia, la cohesión social, la protección del medio ambiente, la seguridad, etc.

### **FUNCION REGULADORA - Existencia**

En este sentido, la función reguladora, a cargo del Estado, no podrá desaparecer, porque siempre existirán circunstancias que justifican su existencia – como, por ejemplo, el mal funcionamiento del mercado, la defensa del consumidor, la dirección de la economía -, por tanto, no se puede concebir una economía en la que el Estado no intervenga de manera categórica. Ahora, dado el caso de que el mercado funcionara correctamente, se requiere la presencia estatal para proteger la competencia de cualquier intento por restringirla o limitarla, evitando la formación de barreras que quiera interferir.

### **FUNCION REGULATORIA - Fundamento constitucional**

Este aspecto, que a primera vista no debiera ofrecer mayores complejidades jurídicas, es, en realidad, bastante problemático, porque dependiendo de la postura que se tome frente a la naturaleza jurídica de la regulación el fundamento normativo puede variar, con las consecuencias que de allí resultan. En particular, la importancia de definir este tema, para el caso concreto, radica en que el juicio de constitucionalidad que propone el actor en el caso de la referencia, exige determinar con absoluta precisión, cuál es la posición que ocupa la regulación, y las normas que la desarrollan, en el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que de allí parte el juicio de validez jurídica que se le pide a esta Sala. Para la Corte Constitucional, por ejemplo, el fundamento normativo de la regulación se encuentra en la Constitución, al igual que lo considera esta Sala, sin embargo la diferencia radica en que la Corte ubicó su fuente, exclusivamente – atendiendo a lo dicho en la sentencia C - 1162 de 2000 –, en el artículo 370. Yo considero que el fundamento, además del art. 370 CP., también se encuentra en el artículo 365 de la misma Carta Política – posición que no obstante, comparte de manera aislada la Corte Constitucional, según afirmaciones expresadas en otras sentencias suyas.

### **PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Delegación a favor de las Comisiones de Regulación**

No obstante, y eso sí, la actividad que sí es exclusiva del Presidente, aunque las puede encomendar a las comisiones de regulación, previa delegación, es la del artículo 370 CP. Esto tiene fundamento en el art 211 CP, el cual contempla la institución de la delegación, figura jurídica puesta al servicio y desarrollo de la función administrativa, y que permite que las comisiones de regulación actúen como delegatarias de las funciones presidenciales, en su calidad de agencias del Estado, claro está, si el Presidente lo estima necesario y conveniente. No debe perderse de vista que en el ordenamiento jurídico colombiano las Comisiones de Regulación son unidades administrativas especiales, que gozan de independencia administrativa técnica y patrimonial, adscritas al respectivo ministerio, y actúan como delegatarias de las funciones atribuidas constitucionalmente al Presidente de la República. Según la Ley 142 de 1994, a través de ellas se pretende que el Estado intervenga y mantenga el orden de las entidades que prestan los servicios públicos, evitando los abusos del monopolio y la posición dominante, para garantizar que se mantenga la libre competencia, protegiendo los intereses de los usuarios y manteniendo el equilibrio de dicha actividad. Esto es apenas natural, como quiera que en determinado momento la administración puede no tener la capacidad suficiente para controlar adecuadamente ciertos ámbitos de mercado, debido a que la exigencia técnica y los continuos cambios a los que se ven expuestos requieren que tales funciones las realicen quienes posean gran experiencia y capacidad técnica sobre un tema.

### **ORGANISMOS REGULADORES - Autonomía administrativa**

En la práctica, la autonomía administrativa que ostentan los organismos reguladores – que en todo caso no significa que la Constitución y la Ley no sean el límite jurídico para ejercer sus funciones – hace que el Gobierno no imparta órdenes, a nivel de manejo organizacional interno y de personal – recuérdese que estas entidades gozan de autonomía administrativa y presupuestal -, a pesar de que estén adscritas al Ministerio correspondiente, y además de que deben estar lo más alejada posible del poder político – por lo menos en la teoría organizacional -. Esta característica es indispensable para el buen funcionamiento de estas instituciones, así como la capacidad técnica, la imparcialidad y la neutralidad en las decisiones, para que contribuya a que cumplan sus funciones de manera eficaz, respondiendo a los ideales fijados por el Estado, consistentes en la satisfacción del interés público. En otras palabras, estas dependencias son organismos autónomos, en cuanto entes administrativos; lo que no significa que tengan independencia para ejercer la función reguladora, pues se someten plenamente a la Constitución y a la ley, en cuanto a los contenidos de dicha función normativa. En este sentido, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han esclarecido esta idea en las distintas providencias que se han referido al tema. Esta idea, la prevalencia técnica y el alejamiento del poder político puro, inspiradora de las modernas comisiones de regulación, se parece bastante al origen francés, y por adopción al colombiano, de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, en cuanto unos y otros gozan de autonomía para la gestión de los asuntos a su cargo – se insiste, con los límites constitucionales y legales correspondientes -. En la época actual también se quiso a través de estas instituciones, tecnificar el ejercicio de ciertas funciones públicas, tratando de alejar de los ministerios la toma de decisiones administrativas, que deben ser preponderantemente técnicas.

### **COMISIONES DE REGULACION - Pueden asumir la función regulatoria, previa autorización legal**

Ahora bien, para que las comisiones puedan asumir la función regulatoria, se requiere de autorización previa de la ley según se deduce del artículo 211 CP., posibilidad que, efectivamente, desarrolló el artículo 69 de la ley 142 de 1994, en virtud del cual, el presidente de la república puede delegar, como de hecho hoy lo hizo, la función regulatoria que tiene, según el art. 370 CP. Incluso, el artículo 68 de la ley fue declarado exequible mediante la sentencia C - 272 de 1998, en la que se dijo, sobre la posibilidad de delegar en las comisiones de regulación. De esto se desprende que las competencias de las comisiones de regulación surgen como consecuencia directa de una decisión administrativa del presidente, en el sentido de delegar las funciones que le asignan los artículos 365 y 370 de la Constitución. Este fenómeno implica que el delegante se exime de toda responsabilidad, la cual se radica en cabeza del delegado; sin embargo, para los demás efectos se asume que las decisiones que éste adopta es como si las tomara el delegante. Si se acepta lo anterior, resulta fácil comprender que, en ningún caso, la regulación de los servicios públicos – ni de los SPD, en particular – se puede encomendar a una entidad privada; la Constitución y la ley señalan que son las autoridades públicas las encargadas de asumir esta competencia. Cosa distinta ocurre en otros países, donde entidades privadas ejercen esta función pública.

### **REGULACION - Naturaleza Jurídica**

Aclarado el fundamento normativo de la función regulatoria, se exige precisar su naturaleza jurídica, es decir, su particular fisionomía y constitución jurídica, a fin de distinguirla de las demás estructuras normativas existentes en el ordenamiento colombiano. En esta medida, la regulación es una actividad administrativa a cargo del Estado, que puede servirse de diferentes fuentes para expresarse; pero, incluso, en algunos casos concretos puede no servirse de ninguna de ellas, pues no todo lo que es regulación tiene que estar contenido en una norma. En este sentido, bien pueden existir, así sean pocas, medidas regulatorias que se agotan en puras operaciones materiales de intervención. Sin embargo, es claro que la regulación a veces se realiza a través de la expedición de reglamentos administrativos, es decir, normas de carácter general, expedidas en ejercicio de función administrativa, con vocación de permanencia en el tiempo, como los que se adoptan al amparo del art. 73, numerales 3, 4, 5, 6, 11, 12, 17, 20, 21, 22, 23, 25, entre otras normas de la Ley 142. Esta clase de reglamentos, no son de aquellos a que se refiere el artículo 189.11 del C.P., sino que corresponden a los propios de la función regulatoria, a que se refieren los artículos 365 y 370 CP. Por tanto, son auténticos desarrollos legales, es decir, reglamentos *secundum legem*, porque se ocupan de detallar una materia tratada por el legislador. En este sentido, considero que estas normas no tienen que supeditarse a las políticas de los ministros correspondientes y, más arriba aún, a otro reglamento, porque no debe olvidarse que el titular de la función regulatoria que aquí se señala – me refiero a la de los numerales comentados – es el mismo Presidente de la República. Por el contrario, estos reglamentos deben sujetarse directamente a la Ley 142, a la cual deben respeto y sumisión jurídica de contenido. De otro lado, también se ejerce función regulatoria cuando se expiden las siguientes decisiones administrativas, pero éstas son de carácter particular, al amparo del artículo 73, numerales 7, 8, 10, 13, 14, 15, 16, 18, 24, entre otras normas de la ley 142. Cuando se ejercen estos dos grupos de facultades no puede negarse que se actúa en ejercicio de la función regulatoria, de manera que allí no puede seguirse que esta actividad sólo pueda realizarse a través de normas generales, pues este criterio desconocería que a través de decisiones particulares también se orienta el sector económico de los SPD, regulándose el mismo.

### **REGULACION - Relación con la Constitución, la ley y el reglamento**



Toda intervención pública en la economía que afecte los derechos y deberes de los ciudadanos debe estar legitimada por una ley. Para el caso, tiene dicho la Corte Constitucional que no puede surgir la regulación de los servicios públicos sin que exista previamente la intervención de la ley. Por ello encontramos que el artículo 150.8 de la Constitución establece que el Congreso es el encargado de expedir las normas a las que debe sujetarse el gobierno para ejercer las funciones de inspección y vigilancia, y en el numeral 23 impone, a cargo del Congreso, la expedición de las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. La ley, entonces, juega un papel importante en el funcionamiento de la economía, pues con base en las pautas que establece se controla y dirige un sector económico; dicho de otro modo, buena parte de la economía la supervisa y la fiscaliza la ley. Una vez establecidos los lineamientos y derroteros legales de esta materia – leyes 142 y 143, entre otras –, surge la potestad reglamentaria de la misma, que ejerce el Presidente de la República, a través del cual le corresponde establecer las políticas generales de administración y control eficiente de los servicios públicos, así como todos los demás aspectos que, subordinados a la ley, sean necesarios para la cumplida ejecución de las leyes de SPD.

### **POTESTAD REGLAMENTARIA - No está asignada exclusivamente al Presidente de la República**

Vale la pena precisar, en este punto, que la potestad reglamentaria, en Colombia, no está asignada exclusivamente al presidente de la República, aunque posea, quizá, el aspecto más representativo e importante de ésta. Es indudable que también los concejos municipales, las asambleas departamentales, los alcaldes, gobernadores, el banco de la república, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, las contralorías, entre otras autoridades, gozan de la potestad reglamentaria. Esto muestra que este poder normativo no tiene en la Constitución política una fuente normativa única, sino diversa y que bien pueden los artículos 365 y 370 contener una manifestación más de esa potestad reglamentaria, dispersa a lo largo y ancho de la Constitución. En este sentido, no comparto la idea de que la regulación tiene que supeditarse a lo establecido en los reglamentos y también en las disposiciones ministeriales, porque si las comisiones adquieren competencia debido a un acto de delegación de las funciones del Presidente, es lógico entender que éstas, al ejercer sus actividades, lo hacen como si el propio presidente fuera quien estuviera actuando, es decir, el delegatario actúa como si fuera delegante. Dicho de otro modo, se entiende que el presidente, en el acto de delegación, entrega su potestad reglamentaria y también la potestad administrativa general, y por ello se puede afirmar que las comisiones, al regular, ejercen la misma competencia que les fue delegada. De ahí que si bien es cierto que la regulación tiene que someterse a lo previsto en la Constitución y la ley, también lo es que no tiene que someterse a los reglamentos –cuando lo que se dicta es, a su vez, un reglamento –, puesto que esta es la misma naturaleza que ostenta.

### **EXPROPIACION - Respecto de los afectados con el establecimiento del área de servicio exclusivo**

Las anteriores reflexiones son adecuadas para entender la expropiación prevista en el artículo 58 CP, institución que desarrolla dos valores, en principio contrapuestos: 1. De un lado, la subordinación de la propiedad privada al interés general, al punto de autorizarse su sacrificio; y, 2. De otro, la garantía de los propietarios – de bienes y de derechos – de que se les indemnizará la afectación a

su derecho. Para explicar la institución, la doctrina presenta una variedad de clasificaciones, entre ellas que puede ser ordinaria o extraordinaria, judicial o administrativa, directa o indirecta, instantánea o progresiva, etc., sirviendo cada una para destacar ciertas características. Todas, siempre que no desborden los límites impuestos por el artículo 58 CP., resultan aplicables en nuestro ordenamiento jurídico, y habrá de entenderse que la disposición constitucional las cubre, si se considera que el aludido artículo se refiere a la expropiación como género, y no diferencia según se trate de una u otra de sus modalidades. Esta interpretación resulta acorde con la evolución misma de la institución “expropiación forzosa”, que si bien, en principio, estuvo exclusivamente concebida y justificada en función de las obras públicas y de su utilidad, con el paso del tiempo se hizo extensible a otras esferas, para atender otro tipo de problemas, ya no de obras públicas sino de asuntos de carácter urbano, ambiental, entre otros. Entonces, el artículo 58 citado protege a las personas de toda acción estatal tendiente a limitar un derecho, disminuyéndolo excesivamente o haciéndolo nugatorio. En este sentido, dice Ramón Parada que “...comprende la titularidad de toda clase de derechos patrimoniales y, por ello, tanto el dominio y demás derechos reales como los derechos de obligación, la titularidad de acciones, etc. Tampoco se circunscribe a la propiedad que recae sobre bienes inmuebles, a la propiedad sobre la tierra que es la que, como necesaria para las obras públicas, constituía la preocupación básica de los legisladores del siglo XIX, abarcando ahora, por el contrario, tanto la propiedad inmueble como la mueble como los derechos incorporales. De ahí nuestra Constitución utilice indistintamente en el art. 33 las expresiones propiedad, bienes y derechos. Incluso en el concepto de propiedad a nuestros efectos hay que incluir la situación posesoria... pues hasta aquí llega la garantía patrimonial formulada... que comprende cualquier tipo de privación de bienes o derechos, incluyendo la mera cesación de su ejercicio.”

### **EXPROPIACION - Condiciones**

La primera condición exigida por el constituyente es que la expropiación se realice por motivos de utilidad pública o interés social, definidos por el legislador. En efecto, de la simple lectura del primer inciso del art. 40 de la ley 142 de 1994, se desprende que el otorgamiento de un área de servicio exclusivo se justifica en motivos de interés social, como es: ampliar la cobertura de los servicios públicos domiciliarios que describe la norma, a las personas de menores ingresos. La segunda condición es que se afecte la “propiedad privada” o “los demás derechos adquiridos”. En el caso concreto, el operador existente en el momento en que se crea un área de servicios exclusivos ejerce legítimamente la libertad de empresa, que le lleva a hacer inversiones y establecer negocios, en las condiciones que contempla la ley. En estas circunstancias, la medida gubernamental que autoriza que sólo exista una empresa prestadora del servicio, en el lugar donde se encuentra establecido el operador instalado, representa para éste la salida de dicho mercado, para darle paso a quien ha ganado la licitación, sufriendo los daños patrimoniales que en cada caso acredite.

### **AFECTACION DE LOS OPERADORES DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Al momento en que empieza a operar la zona exclusiva / DAÑO - Reclamación judicial**

Desde luego que esta medida gubernamental no tiene efectos expropiatorios frente a quienes no son operadores del SPD en el lugar, pues, como dice Santamaría Pastor: “...la privación ha de ser singular. Las limitaciones poseen un alcance general (al ser establecidas habitualmente mediante normas jurídicas) y se refieren indistintamente a todos los titulares, en tanto que las privaciones

afectan a titulares concretos, creando una situación de diferencia objetiva de trato que supone una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas: la obligación de indemnizar se apoya precisamente en la necesidad de restaurar esta igualdad, al ser la colectividad la que, a través de los recursos tributarios, provee de los medios necesarios para compensar esa desigualdad creada a uno de sus miembros.” De allí que, no cabe duda, los operadores del SPD de aseo, que en el momento en que empieza a operar la zona exclusiva se encuentren prestando el servicio, resultan singularmente afectados con la medida. Otra será la magnitud del daño que se les produce. Ante esta circunstancia, debe hacerse efectiva la responsabilidad por los daños causados por la administración, esto es, por la lesión del legítimo interés patrimonial del empresario del empresario privado que esté prestando el servicio público. Ahora bien, la responsabilidad que podría reclamarse judicialmente, en estos eventos, se debe realizar a través de las distintas acciones contenciosas, y más concretamente la contractual, la de nulidad y restablecimiento del derecho o la de reparación directa, y por medio de alguno de los regímenes de responsabilidad ya decantados por esta Corporación – por ejemplo, falla en el servicio o daño especial, entre otros - . De esta manera, el artículo 58, en los términos de este análisis, no es más que una fuente constitucional más de la responsabilidad del Estado, entre otras que allí se contienen – art. 90, por ejemplo –, sólo que regula un evento muy especial de daños causados por la Administración. Siendo así, la reclamación ante los jueces bien puede hacerse a través de las acciones y con las teorías que actualmente existen para tratar estos eventos.

#### **ENTIDAD TERRITORIAL - Es quien adopta la medida que puede resultar constitutiva del acto expropiatorio y no las Comisiones de Regulación**

No obstante lo anterior, la sentencia proferida dentro del presente proceso, es justa a derecho al desestimar el cargo de ilegalidad contra la resolución demandada, toda vez que, tal como afirma la CRA en sus escritos de defensa, y según lo manifestado por el legislador, es el municipio o entidad territorial correspondiente quien adopta la medida que puede resultar constitutiva del acto expropiatorio, respecto de terceros afectados con el funcionamiento del área exclusiva y, como tal, será ella quien deba aplicar las disposiciones constitucionales, con el fin de indemnizar previamente a quien resulte afectado. En este sentido, y sólo en los términos hasta ahora realizados, es perfectamente posible implementar el área de servicio exclusivo, la cual tiene soporte legal –art. 40 ley 142 - . Sin embargo, esto no significa que la misma no pueda producir daños a las personas que estén prestando el servicio en los sitios donde se crea el área de servicio exclusivo, quienes probablemente habrán hecho inversiones que posiblemente no recuperarán, al no poder prestar más el servicio. En todo caso, el análisis indemnizatorio corresponderá a un momento e instancia diferente a la analizada en esta ocasión. No obstante esto, se insiste, para que sea legal la resolución demandada, no tiene porque contemplar, como lo pide el actor, la indemnización que se debe pagar a favor de las personas que resultan afectadas con la medida, pues este derecho mal podría regularlo la Comisión de Regulación, quien sólo se ocupó de reglamentar, en los términos del párrafo del art. 40 de la ley 142: 1. Como se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de las áreas de servicio exclusivo; 2. Los lineamientos generales y las condiciones generales de las áreas de servicio exclusivo, y; como se verifica que lo anterior es indispensable para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a personas de menores ingresos. En este sentido, el derecho a la indemnización, si se llega a causar, se encuentra contemplado en la Constitución Política, de manera que allí se deriva el derecho, no siendo ilegal la resolución demandada por el hecho de no reproducir este derecho constitucional.

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

Bogotá, D.C, once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00037-01(20691)**

**Actor: OMAR VERNAZA MEJIA**

**Demandado: MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL**

**Referencia: ACLARACION DE VOTO**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 11 de noviembre de 2009, proferida en el proceso de la referencia, aclaro mi voto, toda vez que considero necesario hacer algunas precisiones conceptuales respecto de algunos temas de la parte motiva que de conformidad con la posición mayoritaria, quedaron plasmados en la sentencia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

Dos son los aspectos a tratar en la presente aclaración de voto: 1.1. el alcance de la función de regulación, y; 2. La posibilidad de aplicación de la expropiación sobre cualquier derecho de contenido patrimonial.

1.1. La función de regulación

1.1.1. La regulación.

Desde un punto de vista general, es decir, en un sentido muy amplio, la regulación es una noción que abarca todo aquello que puede catalogarse como normatividad, a la cual se someten los sujetos en el desarrollo de sus actividades. Así, tenemos que, de forma general, el concepto puede comprender tanto las leyes expedidas por el Congreso, como los reglamentos, dictados por diferentes autoridades, en ejercicio de función administrativa.

Depurando un poco más el concepto, se tiene que, por mandato constitucional, el Estado está legitimado para intervenir, normativamente hablando, en el ámbito social y económico, porque se trata de una actividad que compromete los intereses públicos y para ello ejerce una función de regulación de múltiples sectores y tareas específicas. Por lo tanto, puede decirse que cuando el Estado actúa y se pronuncia buscando el correcto funcionamiento de la economía y de la sociedad, ejerce una forma de regulación. Sin embargo, este término abarca diversas significaciones, lo que genera dificultades, al momento de definir su naturaleza, pues la discusión que juega el Estado en la Economía no es pacífica.

La regulación económico – social obedece, de un lado, a la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos, en su calidad de consumidores y usuarios, frente a los abusos del mercado; y, de otro lado, también pretende obtener la eficiencia económica y el perfecto funcionamiento de un sector económico determinado. Para lograrlo, el Estado dicta normas jurídicas a las que deben someterse los sujetos que intervienen en un mercado, de tal modo que se pueda alcanzar un equilibrio satisfactorio entre los derechos e intereses individuales y colectivos, lo cual genera seguridad jurídica respecto de las pautas que deben seguirse, especialmente en el ámbito económico. Por eso puede decirse que el mercado se desarrolla sobre un escenario de normas y regulaciones, puesto que, aunque en la actualidad ocupe un papel protagónico en la economía, lo cierto es que no puede actuar aisladamente.

A través de la regulación se fijan criterios y políticas para el actuar del mercado, pero también se establecen condiciones al mismo, de modo que la libertad de empresa no interfiera en los derechos o en la realización de los proyectos de las demás personas, lo que, en definitiva, constituye el interés general. Especialmente

a través del control de la economía se interviene, directamente, sobre las actividades del mercado, a tal punto que pueden llegarse a modificar las condiciones previamente establecidas, imponiendo nuevas reglas de juego, que finalmente cobijan a todos los sujetos.

Surge de este modo, el concepto de regulación económica –fijación de precios, condiciones de producción y prestación, barreras de entrada y salida, etc.<sup>89</sup>. – en cabeza del Estado, como una respuesta para mitigar los fallos del mercado –es decir, la competencia imperfecta y el monopolio natural<sup>90</sup> -, y también para dirigir a éste, y lo hace el Estado porque es el representante del interés común, lo que le faculta para asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, traducándose, finalmente, en un aumento de bienestar general<sup>91</sup>.

Por tanto, la preocupación por el interés general es lo que promueve el desarrollo de una regulación que se interesa por preservarlo, a través de una administración que se caracteriza por ser altamente técnica y capaz de prever resultados indeseables, para tratar de evitarlos.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, existen posturas políticas y económicas que buscan limitar – incluso eliminar – la intervención estatal en el ámbito económico. Así las opiniones oscilan, constantemente, entre ésta posición y aquella que sostiene que el Estado sí debe intervenir, con el propósito de corregir los fallos del mercado, pero, además, defender la justicia social.

La regulación se convierte, entonces, en una de las diversas formas como se manifiesta la administración pública, constituyendo un conjunto de potestades dirigidas al control y dirección del servicio público, que debe compadecerse con la

---

<sup>89</sup> DE LA CRUZ FERRER, Juan. La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la 54/97. Barcelona, Marcial Pons. 1999. Pág. 121.

<sup>90</sup> El monopolio natural se presenta cuando dentro de un mercado no se requiere de la presencia de dos o más empresas para satisfacer la demanda, pues ésta se satisface con una empresa, al costo más bajo posible.

<sup>91</sup> Dice el art. 3 de la Ley 142 que la regulación es una técnica de intervención del Estado en la economía.

economía social de mercado<sup>92</sup>, teniendo en cuenta que no todas las normas producen el mismo efecto con respecto a los derechos, libertades y obligaciones de los sujetos, dado que la incidencia es diversa.

No obstante, la actividad reguladora no sólo actúa en el momento en el cual se descubren los fallos del mercado – los cuales, al ser corregidos, benefician a la sociedad en general, pues no se puede perder de vista que la relación surge, precisamente, con el propósito de preservar el interés público - , sino que también actúa ex ante, es decir, para prevenir los defectos del mercado, e igualmente para orientar el sector económico de que se trate. Luego de tomar partido por una política reguladora concreta, llega el momento de aplicar y hacer efectivas las decisiones adoptadas, procurando darles cabal cumplimiento.

Por su parte, entre las nociones propuestas por la doctrina, sobre lo que se entiende por regulación, se tiene aquella que la concibe como “un conjunto de reglas generales o de acciones específicas, impuestas por la autoridad o por una

---

<sup>92</sup> Al respecto señala PETER HABERLE en “Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar.” Incursos. Perspectiva de una doctrina constitucional de mercado: siete tesis de trabajo, (Perú, Palestra Editores S.A.C, 2004), “(...) *Las relaciones económicas deberán estar constituidas sobre la base de la cooperación social entre el individuo y el Estado, entre el trabajador y el empleador, el productor y el consumidor. Por consiguiente, para los constituyentes de Europa del Este, no es suficiente el listado de elementos de una economía de mercado (como la propiedad privada y la libertad contractual) o de las relativas limitaciones (como el derecho de huelga y la seguridad social) y ellos tienden a afirmar principios con potencialidades generales como la economía social de mercado o el pluralismo económico. Ello confirma la importancia política del presente tema como actual y ambicioso fin para la reforma. Al mismo tiempo, se manifiesta todo ello en una nueva fase del desarrollo de los niveles del texto en el Estado constitucional. (...) No obstante ello, es tiempo que la doctrina constitucionalista recuerde claramente algunos límites. El mercado no es la medida de cada cosa y no puede convertirse ciertamente en el principal metro de valoración del hombre. No es posible regular y valorar toda la convivencia humana desde el punto de vista del mercado. En el Estado constitucional, se requiere recordar constantemente la naturaleza instrumental del mercado que emerge de los textos constitucionales (pensemos en los principios que ponen la economía al servicio del hombre, del bien común, de la dignidad del hombre, del gradual aumento del bienestar, de la justicia social, etc.). Desde un punto de vista funcional, los límites del mercado y de la economía de mercado pueden reconstruirse en los siguientes términos: de un lado, el modelo de mercado no es aplicable a determinados ámbitos culturales como el de la educación, de la instrucción y de la formación; como tampoco, al menos en parte, a aquel de la investigación y de la familia; así mismo, a sectores sociales como aquellos esenciales del derecho del trabajo, El Estado constitucional debe establecer, con asidua y activa sensibilidad, si cada sector está o no listo para el mercado, o si esto sea verdaderamente necesario para ellos, teniendo presente que, en el curso del desarrollo histórico, se podrán verificar cambios (en Alemania, al lado de la televisión pública encontramos la televisión privada, el derecho social al arrendamiento, la sanidad estatal y el monopolio estatal de la intermediación del trabajo, etc.). De otro lado, es indispensable, al interior de cada óptica de orden liberal, imponer la apertura del proceso democrático de formación de la voluntad (entendida como parte de la constitución del pluralismo). Sirvan a tal fin el postulado constitucional subordinación del poder del mercado a la soberanía democrática del Estado.*” (Págs. 109 y 113 a 114).

agencia administrativa, que interfieren directamente el mecanismo de asignación de recursos en el mercado, o indirectamente alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y de las empresas”<sup>93</sup>.

En la actualidad, la regulación ha adquirido un significado mucho más amplio, que abarca potestades normativas, ejecutivas y de resolución de conflictos que el ordenamiento atribuye a las administraciones públicas, para disciplinar un determinado sector de la economía, velando por los intereses públicos específicos comprometidos.

Pero un modelo de regulación que tenga en cuenta sólo criterios económicos e ignore las exigencias jurídicas, las circunstancias políticas, los condicionamientos sociales o las propias condiciones tecnológicas de una industria determinada, está orientado al fracaso, pues la regulación exige un enfoque multidisciplinario<sup>94</sup>.

#### 1.1.2. La desregulación.

Este vocablo es una traducción literal de la expresión inglesa *desregulatio*, que alude a ciertas medidas liberalizadoras que se han venido aplicando para dinamizar la vida económica, que consisten en la eliminación de restricciones que afectan decisiones empresariales.

Jurídicamente, la desregulación implica una evaluación de la intervención pública en la economía, para verificar si se adapta a las circunstancias actuales y resulta adecuado a los fines perseguidos. Lo anterior se justifica por cuanto es una realidad que el derecho administrativo avanza con rapidez y hace, necesariamente, una constante revisión de sus contenidos, para que la normatividad, en cada momento, puede corresponderse con la realidad socio – económica.

---

<sup>93</sup> ARGADOÑA, A. Regulación y desregulación de servicios. P.E.E, No. 42. 1990. Pág. 218.

<sup>94</sup> DE LA CRUZ FERRER. Principios de Regulación Económica en la Unión Europea. Citado por ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Servicio Público y Regulación, Marco Institucional de las telecomunicaciones en el Perú. Primera edición. Lima, Palestra Editores. 2005. Pág. 185.



En esta sentido, la regulación, en un determinado momento, ha llegado a una etapa en la cual replantea su razón de ser, debido a que la confianza que se había depositado en las autoridades públicas se ha transformado y, curiosamente, se está depositando en el juego de la libre competencia, siempre teniendo como referente la búsqueda de la máxima económica.

Surge así el fenómeno de la desregulación, que trae consigo entre otros objetivos, suprimir trámites innecesarios y reducir los que forzosamente se requieren, en busca de un nivel más elevado de libertad para el sector privado, es decir, la meta es lograr la eficacia, evitando todo tipo de tropiezos, dejando claro que no significa abandono de la intervención pública en la economía, ni mucho menos la ausencia de controles, ya que los objetivos sociales o de interés público permanecen.

De esta manera, se pretende descubrir y construir de nuevo los espacios comunes que existen entre la intervención del Estado en la economía y la libre competencia<sup>95</sup>, lo cual no implica una regulación que desplace al mercado y pretenda ocupara su lugar, sino que lo impulse y lo estimule.

Este fenómeno se ha concentrado en el fomento de la competencia buscando alcanzar la eficiencia económica, lo que implica una mayor regulación, y no la eliminación de normas del ordenamiento jurídico, situación que conduciría a hablar de una nueva regulación, o como ha sido entendida por algunos doctrinantes, como una “re - regulación” o “neo regulación”. En síntesis, primero se regula para alcanzar la libre competencia, luego se desregula para eliminar los inconvenientes que entorpecen la libre actividad económica y, finalmente, se vuelve a regular, a través de la sustitución de los antiguos controles, en atención a los nuevos fines planteados, lo que implica la definición de nuevas instituciones y técnicas jurídicas.

---

<sup>95</sup> Se entiende por libre competencia, “*aquella situación en que cualquier sujeto puede libremente, en igual situación legal que sus competidores, y en cualquier mercado iniciar el ejercicio de una actividad económica, fijando libremente los precios y las circunstancias del ejercicio de aquella actividad*”. Esta definición pertenece a Broseta Pont, citado por Eduardo J. Rodríguez Chirillo, en su libro “*Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización, Análisis Jurídico*”

De otro lado, es importante que el procedimiento des - regulador esté acompañado, en todo momento, por ideales como la proporcionalidad, el interés general y el bien común, teniendo presente que las modificaciones que se realicen sean las necesarias para obtener el fin perseguido.

El producto de todo este proceso moderno será, quizá, una normatividad más flexible para ejercer las distintas libertades económicas. En todo caso, lo relevante es que la finalidad pública se mantenga, la cual consiste en la eliminación de los obstáculos que detienen ciertas actividades, de tal manera que puedan entrar al escenario de la libre competencia, promoviendo la continuidad, universalidad y agilidad en la prestación de los servicios y, al mismo tiempo, reduciendo, no eliminando, el intervencionismo del Estado, introduciendo herramientas que faciliten la competencia y erradiquen arbitrariedades justificadas en la posición privilegiada. No obstante, solo puede hablarse de una manifestación adecuada de la competencia si ésta se desarrolla a través de reglas que la limiten y la protejan.

Esto no puede significar la desaparición de la regulación, sino su transformación, puesto que la prestación de servicios públicos, enmarcada en el ámbito de la competencia, impone la necesidad de controlar y dirigir a todos aquellos sectores que se comprometan con dicha prestación, en términos de calidad y eficiencia, pues allí está involucrado el bienestar general, de tal manera que se brinde la adecuada protección a los usuarios, objetivo fundamental de la regulación, cualquiera que sea la forma que adopte, sumado a otros objetivos, como la libre competencia, la cohesión social, la protección del medio ambiente, la seguridad, etc.

En este sentido, la función reguladora, a cargo del Estado, no podrá desaparecer, porque siempre existirán circunstancias que justifican su existencia – como, por ejemplo, el mal funcionamiento del mercado, la defensa del consumidor, la dirección de la economía -, por tanto, no se puede concebir una economía en la que el Estado no intervenga de manera categórica. Ahora, dado el caso de que el mercado funcionara correctamente, se requiere la presencia estatal para proteger la competencia de cualquier intento por restringirla o limitarla, evitando la formación de barreras que quiera interferir.

### 1.1.3. Fundamento constitucional de la función regulatoria.

Este aspecto, que a primera vista no debiera ofrecer mayores complejidades jurídicas, es, en realidad, bastante problemático, porque dependiendo de la postura que se tome frente a la naturaleza jurídica de la regulación el fundamento normativo puede variar, con las consecuencias que de allí resultan.

En particular, la importancia de definir este tema, para el caso concreto, radica en que el juicio de constitucionalidad que propone el actor en el caso de la referencia, exige determinar con absoluta precisión, cuál es la posición que ocupa la regulación, y las normas que la desarrollan, en el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que de allí parte el juicio de validez jurídica que se le pide a esta Sala.

Para la Corte Constitucional, por ejemplo, el fundamento normativo de la regulación se encuentra en la Constitución, al igual que lo considera esta Sala, sin embargo la diferencia radica en que la Corte ubicó su fuente, exclusivamente – atendiendo a lo dicho en la sentencia C - 1162 de 2000 –, en el artículo 370. Yo considero que el fundamento, además del art. 370 CP., también se encuentra en el artículo 365 de la misma Carta Política – posición que no obstante, comparte de manera aislada la Corte Constitucional, según afirmaciones expresadas en otras sentencias suyas - . Disponen estas dos normas que:

“Art. 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la Ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una u otra cámara, por

iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha Ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.” (Negrillas fuera de texto)

“Art. 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la Ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten.”

La diferencia que sigue de esta idea es que para la Corte Constitucional la regulación sólo puede consistir en señalar “...las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios...”; al paso que, con fundamento en el artículo 365, no existe una materia concreta encomendada a la regulación, sino que, genéricamente, se recomienda esta labor al Estado.

En este sentido, el artículo 365 no puede desestimarse como fundamento constitucional directo de la función regulatoria, pues, por definición expresa, el Constituyente se refirió al tema. Incluso, es más directa esta fuente constitucional que el propio artículo 370, al cual la Corte le asigna la cualidad de ser fuente exclusiva de la función regulatoria. De hecho el artículo 365 dice, en forma expresa, lo que no amerita ni discusión ni análisis especiales, que “...el Estado mantendrá la regulación... de dichos servicios... - Negrillas fuera de texto - .

Una interpretación armónica de ambas normas muestra que la regulación es un concepto amplio, que puede abarcar múltiples contenidos. De hecho, el artículo 365 CP. No asigna un contenido material específico a la regulación, pero sí indica que el ejercicio de esta función corresponde al Estado.

Por el contrario, el artículo 370 contemple una faceta de la regulación, quizá la más importante, pero no la única, es decir, según esta norma, hace parte de esta función determinar las “...políticas generales de administración y control de

eficiencia de los servicios públicos domiciliarios...”, aspecto del cual sólo puede ocuparse el Presidente de la República, según indica la norma.

De esta doble apoyatura normativa constitucional se siguen algunas consecuencias adicionales. La regulación que descansa en el art. 365, no es exclusiva de los SPD, sino que alcanza cualquier otro servicio público, ya que esta norma es la fundadora de la teoría del servicio público en la Constitución, porque sienta las bases más importantes de todos ellos. Por el contrario, el artículo 370 es exclusivo para los SPD, es decir, para una especie de los servicios públicos – recuérdese que no todos los servicios públicos son domiciliarios, por ejemplo, la salud, la educación, la justicia –, de manera que la faceta especial de la regulación allí contemplada se circunscribe a este ámbito, más reducido y especializado, de manera que esta competencia pertenece, con exclusividad, al Presidente de la República.

No obstante, también se deduce de ambas normas que el Estado es el único que puede ejercer esta función, pues el grueso de la actividad que constituye la regulación, contemplada en el artículo 365, corresponde al “Estado”<sup>96</sup>, mientras que aquella faceta especial de la regulación, contenida en el artículo 370, es exclusiva del Presidente de la República”<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> En la Sentencia C -272 de 1998 dijo la Corte Constitucional que “Así, es claro que la prestación de los servicios públicos puede ser realizada tanto por las autoridades públicas como por los particulares o comunidades organizadas, pero en todo caso el Estado siempre tendrá bajo su cargo la regulación, control y vigilancia de estos servicios, con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines que le competen (CP art. 365). Esta regulación, control y vigilancia de tales servicios armoniza además con la facultad general que la Carta atribuye al Estado de dirigir la economía e intervenir en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes, obviamente sin perjuicio del reconocimiento de la libre iniciativa privada (CP. arts. 333 Y 334). **Por consiguiente, la Carta, a pesar de que reconoce la posibilidad de que los particulares presten servicios públicos, reserva funciones esenciales al Estado en esta materia, y en especial le atribuye una competencia general de regulación (CP art. 365).** Nótese que esa norma atribuye genéricamente esa función de regulación al Estado, sin señalar explícitamente que ésta corresponde a una determinada institución específica. Ahora bien, esta Corte ha señalado que en general la palabra Estado se emplea en la Carta para designar al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales. Por ende, cuando una disposición constitucional se refiere al Estado, y le impone un deber, o le confiere una atribución, debe entenderse *prima facie* que la norma constitucional habla genéricamente de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales. Por ende, la competencia de regulación de los servicios públicos es genéricamente estatal, lo cual obviamente no significa que esa facultad pueda ser atribuida por la Ley a cualquier entidad estatal, por cuanto la Constitución delimita, en materia de servicios públicos domiciliarios, algunas órbitas específicas de actuación de las distintas ramas del poder, las cuales deben ser respetadas.” (Negrillas fuera de texto).

<sup>97</sup> En la sentencia C – 272 de 1998 dice la Corte Constitucional que “Por su parte, el Presidente no sólo conserva en esta materia, como en todos los campos, la potestad para reglamentar, por medio

La ratificación de esta idea se encuentra en el artículo 313.1 CP., el cual contempla funciones normativas en materia de servicios públicos, a cargo de los municipios. Dispone esta norma que “corresponde a los concejos: 1. Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a su cargo.” Esta posibilidad organizadora sobre la materia, que sin duda alguna se debe armonizar con las competencias asignadas en la CP. a las demás autoridades, demuestra que la regulación es mucho más que la referencia que se hace en el art. 370 CP, en términos de la Corte Constitucional, y no debe reducirse, innecesariamente, a lo contemplado allí.

La Corte Constitucional, en la sentencia C – 150 de 2003, termina por reconocer esta idea, al decir, aunque lacónicamente, que “primero, la regulación de los servicios públicos corresponde al Estado, no a un órgano específico o a un conjunto de autoridades predeterminadas, salvo en lo que respecta a la fijación de su régimen básico, competencia atribuida al Congreso de la República (art. 150 - 23 de la C.P.)...”

No obstante, y eso sí, la actividad que sí exclusiva del Presidente, aunque las puede encomendar a las comisiones de regulación, previa delegación, es la del artículo 370 CP. Esto tiene fundamento en el art 211 CP<sup>98</sup>, el cual contempla la

---

*de decretos, las leyes sobre servicios públicos expedidas por el Congreso a fin de asegurar su cumplida ejecución (CP art. 150 ord. 11) sino que, además, tiene competencias propias en materia de servicios públicos domiciliarios. En efecto, el artículo 370 de la Carta le atribuye la facultad de señalar, con sujeción a la Ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Igualmente le corresponde el ejercicio, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos, del control, inspección u vigilancia de las entidades prestadoras de tales servicios. Respecto de la competencia del presidente, para formular dichas políticas, debe aclararse que, tal y como esta Corte ya lo ha precisado, es al Legislador a quien compete fijar los parámetros generales según los cuales el Presidente debe señalar esas políticas.” “(...) Es entonces claro que la norma impugnada está simplemente permitiendo la delegación de unas funciones presidenciales, a saber, la posibilidad que tiene el ejecutivo de señalar, de conformidad con la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Esta conclusión es ya suficiente para rechazar uno de los cargos de la demandante, según el cual no podría la Ley permitir esa delegación presidencial por ser esta una función compartida con el legislador. En efecto, la simple lectura del artículo 370 de la Carta, que es literalmente reproducido por la norma impugnada, muestra que esas atribuciones son eminentemente presidenciales, teniendo en cuenta que han sido colocadas en cabeza del primer mandatario. Todo lo anterior, como es obvio, respetando la órbita que fue definida por el legislador con el pleno de las atribuciones constitucionales, para que el Presidente pudiera fijar dichas políticas.”*

<sup>98</sup> Artículo 211 de la Constitución: “La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del

institución de la delegación, figura jurídica puesta al servicio y desarrollo de la función administrativa, y que permite que las comisiones de regulación actúen como delegatarias de las funciones presidenciales, en su calidad de agencias del Estado, claro está, si el Presidente lo estima necesario y conveniente.

No debe perderse de vista que en el ordenamiento jurídico colombiano las Comisiones de Regulación son unidades administrativas especiales, que gozan de independencia administrativa técnica y patrimonial, adscritas al respectivo ministerio, y actúan como delegatarias de las funciones atribuidas constitucionalmente al Presidente de la República.

Según la Ley 142 de 1994, a través de ellas se pretende que el Estado intervenga y mantenga el orden de las entidades que prestan los servicios públicos, evitando los abusos del monopolio y la posición dominante, para garantizar que se mantenga la libre competencia, protegiendo los intereses de los usuarios y manteniendo el equilibrio de dicha actividad.

Esto es apenas natural, como quiera que en determinado momento la administración puede no tener la capacidad suficiente para controlar adecuadamente ciertos ámbitos de mercado, debido a que la exigencia técnica y los continuos cambios a los que se ven expuestos requieren que tales funciones las realicen quienes posean gran experiencia y capacidad técnica sobre un tema.

En la práctica, la autonomía administrativa que ostentan los organismos reguladores – que en todo caso no significa que la Constitución y la Ley no sean el límite jurídico para ejercer sus funciones – hace que el Gobierno no imparta órdenes, a nivel de manejo organizacional interno y de personal – recuérdese que

---

*Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.*

*“La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente a delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, resumiendo la responsabilidad consiguiente.*

*“La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.”*

estas entidades gozan de autonomía administrativa y presupuestal<sup>99</sup> - , a pesar de que estén adscritas al Ministerio correspondiente, y además de que deben estar lo más alejada posible del poder político – por lo menos en la teoría organizacional –. Esta característica es indispensable para el buen funcionamiento de estas instituciones, así como la capacidad técnica, la imparcialidad y la neutralidad en las decisiones, para que contribuya a que cumplan sus funciones de manera eficaz, respondiendo a los ideales fijados por el Estado, consistentes en la satisfacción del interés público.

En otras palabras, estas dependencias son organismos autónomos, en cuanto entes administrativos; lo que no significa que tengan independencia para ejercer la función reguladora, pues se someten plenamente a la Constitución y a la ley, en cuanto a los contenidos de dicha función normativa. En este sentido, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han esclarecido esta idea en las distintas providencias que se han referido al tema.

Esta idea, la prevalencia técnica y el alejamiento del poder político puro, inspiradora de las modernas comisiones de regulación, se parece bastante al origen francés, y por adopción al colombiano, de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, en cuanto unos y otros gozan de autonomía para la gestión de los asuntos a su cargo – se insiste, con los límites constitucionales y legales correspondientes –. En la época actual también se quiso a través de estas instituciones, tecnificar el ejercicio de ciertas funciones públicas, tratando de alejar de los ministerios la toma de decisiones administrativas, que deben ser preponderantemente técnicas.

Ahora bien, para que las comisiones puedan asumir la función regulatoria, se requiere de autorización previa de la ley según se deduce del artículo 211 CP., posibilidad que, efectivamente, desarrolló el artículo 69 de la ley 142 de 1994<sup>100</sup>,

---

<sup>99</sup> Dice al respecto el artículo 69 de la Ley 142 de 1994: “ORGANIZACIÓN Y NATURALEZA. Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes comisiones de regulación:...”

<sup>100</sup> Esta disposición señala: “DELEGACIÓN DE FUNCIONES PRESIDENCIALES A LAS COMISIONES. El presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a que se refiere esta ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta ley.



en virtud del cual, el presidente de la república puede delegar, como de hecho hoy lo hizo, la función regulatoria que tiene, según el art. 370 CP. Incluso, el artículo 68 de la ley fue declarado exequible mediante la sentencia C - 272 de 1998, en la que se dijo, sobre la posibilidad de delegar en las comisiones de regulación, que:

“10 - Es entonces claro que la norma impugnada está simplemente permitiendo la delegación de unas funciones presidenciales, a saber, la posibilidad que tiene el Ejecutivo de señalar, de conformidad con la ley, las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Esta conclusión es ya suficiente para rechazar uno de los cargos de la demandante, según el cual no podría la ley permitir esa delegación presidencial por ser ésta una función compartida con el legislador. En efecto, la simple lectura del artículo 370 de la Carta, que es literalmente reproducido por la norma impugnada, muestra que esas atribuciones son eminentemente presidenciales, teniendo en cuenta que han sido colocadas en cabeza del primer mandatario. Todo lo anterior, como es obvio, respetando la órbita que fue definida por el legislador con el pleno de las atribuciones constitucionales, para que el presidente pudiera fijar dichas políticas.

“(…) 14 - Conforme a lo anterior, es claro que la norma acusada se refiere a una función presidencial, como es la de fijar, de conformidad con la ley, políticas de administración y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (CP art. 370). Por ende, el último problema que debe estudiar la Corte es si esa función es susceptible de delegación, como lo señalan algunos intervinientes y el Ministerio Público, o por el contrario es exclusiva del Presidente, y por ende indelegable, como lo sostienen la actora y uno de los intervinientes, por considerar que se trata de una función que ejerce como jefe de gobierno y de Estado, y no como suprema autoridad administrativa, puesto que a través de ellas se cumplen aspectos fundamentales de la política gubernamental. Entra pues la Corte a analizar ese cargo, para lo cual procederá a recordar sus criterios sobre los alcances de la delegación presidencial para luego estudiar específicamente la legitimidad de la misma en relación con la norma acusada.

“18 - Conforme a lo anterior, es claro que la función constitucional atribuida al Presidente por la norma acusada es delegable, porque no compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional, al punto de que requiera un ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario. (…)

---

*“Las normas de esta ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicaran si el Presidente de la República resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones.”*

“(…) En efecto, incluso en el debate constituyente fue claro que se colocaba en cabeza del Presidente la formulación de esas políticas, pero en los términos de la ley, en la medida en que se entendía que actuaba como jefe de la Administración, y no como jefe de Estado o de gobierno<sup>101</sup>. La fijación de políticas de control y eficiencia de los servicios públicos es entonces una función típicamente administrativa que cumple el Presidente en calidad de suprema autoridad administrativa, para la concreción de políticas de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, por lo que la delegación de esta atribución no sólo resulta pertinente en razón de la naturaleza de la función, sino que, a la luz de la Carta de 1991, es una opción totalmente razonable, mas aún cuando precisamente en materias como los servicios públicos el Constituyente pretendió fortalecer los principios de eficacia y celeridad de la administración. (…)

“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.

“

---

<sup>101</sup> Ver comentario del Constituyente. Guillermo Perry. Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Transcripciones Asamblea Nacional Constituyente. Antecedentes de los artículos 365 a 370 de la Constitución

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 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”.

De esto se desprende que las competencias de las comisiones de regulación surgen como consecuencia directa de una decisión administrativa del presidente, en el sentido de delegar las funciones que le asignan los artículos 365 y 370 de la Constitución. Este fenómeno implica que el delegante se exime de toda responsabilidad, la cual se radica en cabeza del delegado; sin embargo, para los demás efectos se asume que las decisiones que éste adopta es como si las tomara el delegante.

Si se acepta lo anterior, resulta fácil comprender que, en ningún caso, la regulación de los servicios públicos – ni de los SPD, en particular – se puede encomendar a una entidad privada; la Constitución y la ley señalan que son las autoridades públicas las encargadas de asumir esta competencia. Cosa distinta ocurre en otros países, donde entidades privadas ejercen esta función pública.

#### 1.1.4. Naturaleza Jurídica de la Regulación.

Aclarado el fundamento normativo de la función regulatoria, se exige precisar su naturaleza jurídica, es decir, su particular fisionomía y constitución jurídica, a fin de distinguirla de las demás estructuras normativas existentes en el ordenamiento colombiano.

a. Posición de la Corte Constitucional.

La postura de la Corte Constitucional empieza con la sentencia C – 272 de 1998. Indica que el artículo 365 reserva algunas funciones esenciales del Estado, en cuanto al tema se refiere, atribuyéndole la competencia general de regulación. De otro lado, el artículo 370 de la Constitución le atribuye al Presidente de la República la facultad de señalar, con sujeción a la Ley, las políticas generales de Administración y control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

También refiere que el legislador tiene la competencia constitucional, en virtud de los artículos 365, 367 y 370, para atribuir a las comisiones, si el Presidente lo estima conveniente, a través de delegación, las funciones relativas al establecimiento de las políticas generales de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

En la Sentencia C – 1162 de 2000 la Corte señala que las comisiones no pueden asumir la función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales. Cita algunos apartes de la sentencia C – 272 de 1998, luego de lo cual afirma que la regulación, que está a cargo de las comisiones, hace referencia al cumplimiento de una función presidencial, señalada en el artículo 370 de la Constitución, que se ejerce con sujeción a la ley, y requiere previa delegación del presidente de la república en términos del artículo 211 constitucional.

Afirma, que ni la autorización legal al Presidente para delegar, ni del hecho mismo de que delegue, se puede generar una 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, puesto que la misma facultad es exclusiva del presidente de la República en los términos del artículo 289, numeral 11, de la Constitución, y por tanto indelegable. De esta forma, los actos de regulación de las comisiones están totalmente sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expide el Presidente de la República y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área, además, cada una de las

comisiones también está subordinada a las políticas y orientaciones de cada Ministerio.

En la sentencia C – 150 de 2003 la Corte Constitucional es más prolífica en el análisis de la regulación. Enfatiza en que la regulación es una forma de intervención estatal en la economía, y que como función pública que es, debe armonizarse con los principios del Estado social de derecho, para que exista un adecuado balance entre los distintos propósitos públicos protegidos por la Constitución.

En esta ocasión la Corte no se compromete a decir que la regulación sea una norma en particular –distinta del reglamento - , sino que, por el contrario, declara que puede estar contenida en muchas normas, resaltando la idea de que la regulación es más bien una función estatal.

En decisiones posteriores la corte vuelve a referirse al reglamento y a la regulación. En el caso de la sentencia T – 1212 de 2004, donde se dice que las resoluciones que expide la CREG, concretamente la resolución 025 de 1995, que se comenta en el caso concreto, es un reglamento administrativo.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Dice al respecto que: “Sin embargo, encuentra la Corte que las obligaciones que surgen del negocio jurídico bilateral suscrito entre COMERCIALIZAR S.A. E.S.P e ISA S.A. E.S.P no pueden clasificarse exclusivamente dentro de las denominadas cláusulas contractuales, es decir, aquellas que se originan en el concurso de voluntades de las partes contratantes; ya que algunas de dichas obligaciones tienen su fuente en la existencia de una **relación jurídica de naturaleza reglamentaria**, destinada a desarrollar los mandatos de intervención legislativa en las actividades de los particulares, con el propósito de lograr la satisfacción de intereses comunes o colectivos, como lo es en este caso, la prestación del servicio público de energía eléctrica.

“La combinación de obligaciones netamente contractuales con **disposiciones de raigambre reglamentario** (relaciones mixtas), implica el sometimiento de las partes contratantes a obligaciones predispuestas, frente a las cuales es imposible física y jurídicamente ofrecer algún tipo de resistencia o discusión, limitándose las partes a aceptarlas al momento de proferir su consentimiento **en los términos predispuestos en las reglamentaciones expedidas por la administración, como sucede en el asunto sub-judice con las normas previstas en la Resolución CREG No. 024 de 1995**, correspondientes a las obligaciones que asumen las empresas mayoristas de energía eléctrica y el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), a partir de la suscripción del contrato de mandato que tienen la obligación legal de pactar.

“Si bien, a juicio de la Corte, la existencia de una **relación jurídica de naturaleza reglamentaria** podría suponer en principio la expresión de una situación de subordinación, en el entendido que

Esta misma idea la reiteró la Corte Constitucional en la sentencia T – 558 de 2006. En la que sostuvo que la resolución de la CREG No. 108 de 1997 tiene naturaleza reglamentaria<sup>103</sup>.

b. Posición del Consejo de Estado.

Esta Corporación también se ha pronunciado, en diversas ocasiones, acerca de la naturaleza jurídica de la regulación. Así fue como, en el año 1997 dijo, a propósito del debate acerca de si era delegable la función regulatoria, que esta potestad era indelegable, pues lo que se escondía tras este asunto era realmente el otorgamiento de funciones legislativas a un órgano administrativo, que no podía recibir estos poderes vía autorización legal y delegación presidencial<sup>104</sup>.

Sólo 10 años después esta sección retomó el debate, de manera sistemática y profunda, en lo que tiene que ver con la naturaleza jurídica de la regulación y de su posición en el ordenamiento jurídico<sup>105</sup>. Mediante sentencia de 2 de mayo de 2007 – exp. 16.257. C.P. Ruth Stella Correa – la Sección Tercera reiteró que la regulación no puede equipararse a la ley de manera que no es posible remplazarla, derogarla o complementarla. Por tanto, le corresponde sujetar su

---

*las obligaciones contractuales no dependen de la voluntad autónoma de las partes, sino del sometimiento a dichas disposiciones reglamentarias; en el presente caso, como enseguida se explicará, esta Corporación encuentra que se revela con mayor claridad la existencia de un estado de indefensión y, por ello, no es necesario recurrir a una posible situación de subordinación como fundamento de procedencia de la presente acción de tutela” (Resaltados fuera de texto)*

<sup>103</sup> Allí se expuso que “Ahora bien, diversas entidades administrativas han expedido **disposiciones de carácter reglamentario** que facultan a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios a imponer sanciones pecuniarias a los usuarios. **Se trata específicamente de la Resolución 108 de 1997 expedida por la Comisión reguladora de Energía y Gas**, la cual en su artículo 54 consigna que el contrato de prestaciones uniformes deberá contemplar las conductas del usuario que dan lugar a la imposición de sanciones pecuniarias. No obstante **se trata de una norma de carácter reglamentario** que en ningún caso puede subsanar el evidente vacío legal que existe en la materia, en todo caso cabe recordar que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación **este tipo de organismo sólo cuanta con una potestad reglamentaria residual** y en ningún caso puede regular materia que tiene reserva de ley”.

<sup>104</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de septiembre de 1997. Exp. 11.857. M. P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>105</sup> No obstante, es claro que en la sentencia de 21 de septiembre de 2000 – exp. 11.856 –, a propósito del juicio sobre las normas que se ocuparon de fijar las condiciones para prestar el servicio de larga distancia nacional e internacional, la Sección Tercera calificó estas normas de la comisión de regulación de Telecomunicaciones como “reglamentarias”.

contenido a la ley, en los términos indicados por varias normas, unas constitucionales – art. 370 – y otras contenidas en la ley 142.

“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 posibles 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 puede presentar en caso de que el 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, por 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.”

La anterior providencia será retomada por la Sala, para reiterar que. Efectivamente, la regulación no es función legislativa, ni equiparable a ella en algún otro sentido.

De otro lado, y en línea de las últimas sentencias de la Corte Constitucional, considera la Sala que la naturaleza de los actos generales – con vocación de permanencia en el tiempo – proferidos por las Comisiones de Regulación – siempre por delegación presidencial – se hacen en ejercicio de la potestad reglamentaria<sup>106</sup>, como quiera que ésta función normativa tiene diversos orígenes en la Constitución, entre los cuales se encuentran los art. 365 y 370 CP., fundamentos de la función regulatoria.

---

<sup>106</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 066 de 1997.

Sin embargo, es necesario precisar ahora que “la regulación” no es una norma propiamente dicha – como pareció entenderse en las sentencias C – 272 de 1998, pero, sobre todo, en la sentencia C – 1162 de 2000 – aunque se exprese normalmente a través de ella; sino que es parte de la “función pública” moderna, que expresa la particular preocupación estatal por la orientación de un sector económico especial en un mercado en el cual se desenvuelve y por los actores de ese círculo económico. La regulación, entonces, constituye una tarea especial a cargo del Estado, que demanda la realización de múltiples actividades, y la adopción de decisiones y políticas que bien pueden expresarse (1) en actividades materiales puras o simples, (2) en actos administrativos generales e, incluso, (3) en actos administrativos particulares, todos ellos aplicables a determinados operadores de los servicios públicos.<sup>107</sup>

En idéntico sentido, señala Juan Carlos Casagne que “La regulación económica constituye una de las funciones esenciales del Estado Subsidiario que se configura básicamente – en su función normativa - , como una típica emanación del poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad económica

---

<sup>107</sup> En un sentido un tanto aproximado, la Corte Constitucional señala, en la sentencia C – 150 de 2003, que la regulación puede estar contenida en diversas normas jurídicas, de manera que no tiene naturaleza normativa excluyente frente a otras del ordenamiento jurídico. Afirma, pues, que *“En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Así, el mercado económico no es un fenómeno natural sino que depende de que el Estado establezca una serie de instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual cuya efectividad obedece a que existe una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. En este orden de ideas, el Código Civil, por ejemplo, constituye una modalidad de regulación tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social”. (...)* *“...dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento de régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se puede identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición del interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la Ley o para dirigirle ordenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando del debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia”.*



a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos (y demás actividades privadas de interés público que capta el derecho administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los que se ubica la protección de los usuarios).

“La actividad regulatoria de la economía es, sustancialmente, actividad legislativa o reglamentaria, encontrándose sometida a todos los principios, normas y garantías constitucionales... Como la dinámica regulatoria se traduce en fuentes de naturaleza reglamentaria, a través de la técnica de la delegación o atribución de funciones a los entes reguladores, hay un cúmulo de principios generales aplicables en este ámbito que operan como límites sustanciales al ejercicio de la respectiva potestad...”<sup>108</sup>

En esta medida, la regulación es una actividad administrativa a cargo del Estado, que puede servirse de diferentes fuentes para expresarse; pero, incluso, en algunos casos concretos puede no servirse de ninguna de ellas, pues no todo lo que es regulación tiene que estar contenido en una norma. En este sentido, bien pueden existir, así sean pocas, medidas regulatorias que se agotan en puras operaciones materiales de intervención.

Sin embargo, es claro que la regulación a veces se realiza a través de la expedición de reglamentos administrativos, es decir, normas de carácter general, expedidas en ejercicio de función administrativa, con vocación de permanencia en el tiempo, como los que se adoptan al amparo del art. 73, numerales 3, 4, 5, 6, 11, 12, 17, 20, 21, 22, 23, 25, entre otras normas de la Ley 142.

“ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean

---

<sup>108</sup> La intervención administrativa. Ed, Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1994. Págs. 166 y 167.

económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

(...)

“73.3. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

“73.4. Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio.

“73.5. Definir en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalación y operación de equipos de las empresas de servicios públicos se someta a normas técnicas oficiales, para promover la competencia o evitar perjuicios a terceros, y pedirle al ministerio respectivo que las elabore, cuando encuentre que son necesarias.

“73.6. Establecer la cuantía y condiciones de las garantías de seriedad que deben prestar quienes deseen celebrar contratos de aporte reembolsable.

(...)

“73.11. Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre.

“73.12. Determinar para cada bien o servicio público las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo; y definir, con bases estadísticas y de acuerdo con parámetros técnicos medibles y verificables, apropiados para cada servicio, quiénes pueden considerarse "grandes usuarios".

(...)

“73.17. Dictar los estatutos de la comisión y su propio reglamento, y someterlos a aprobación del Gobierno Nacional.

(...)

“73.20. Determinar, de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas.

“73.21. Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.

“73.22. Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta ley.

“73.23. Definir cuáles son, dentro de las tarifas existentes al entrar en vigencia esta ley, los factores que se están aplicando para dar subsidios a los usuarios de los estratos inferiores, con el propósito de que esos mismos factores se destinen a financiar los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, y cumplir así lo dispuesto en el numeral 87.3 de esta ley.

(...)

“73.25. Establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público.”

73.26. Todas las demás que le asigne la ley y las facultades previstas en ella que no se hayan atribuido a una autoridad específica.

Salvo cuando esta ley diga lo contrario en forma explícita, no se requiere autorización previa de las comisiones para adelantar ninguna actividad o contrato relacionado con los servicios públicos; ni el envío rutinario de información. Pero las comisiones, tendrán facultad selectiva de pedir información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan

los servicios públicos a los que esta ley se refiere, inclusive si sus tarifas no están sometidas a regulación. Quienes no la proporcionen, estarán sujetos a todas las sanciones que contempla el artículo 81 de la presente ley. En todo caso, las comisiones podrán imponer por sí mismas las sanciones del caso, cuando no se atiendan en forma adecuada sus solicitudes de información.

Esta clase de reglamentos, no son de aquellos a que se refiere el artículo 189.11 del C.P., sino que corresponden a los propios de la función regulatoria, a que se refieren los artículos 365 y 370 CP. Por tanto, son auténticos desarrollos legales, es decir, reglamentos *secundum legem*, porque se ocupan de detallar una materia tratada por el legislador. En este sentido, considero que estas normas no tienen que supeditarse a las políticas de los ministros correspondientes y, más arriba aún, a otro reglamento, porque no debe olvidarse que el titular de la función regulatoria que aquí se señala – me refiero a la de los numerales comentados – es el mismo Presidente de la República. Por el contrario, estos reglamentos deben sujetarse directamente a la Ley 142, a la cual deben respeto y sumisión jurídica de contenido.

Esta idea se corresponde mejor con las últimas decisiones de tutela de la Corte Constitucional, quien asigna, aunque no con la contundencia que se requiere, la naturaleza reglamentaria de algunas resoluciones de las comisiones de regulación.

De otro lado, también se ejerce función regulatoria cuando se expiden las siguientes decisiones administrativas, pero éstas son de carácter particular, al amparo del artículo 73, numerales 7, 8, 10, 13, 14, 15, 16, 18, 24, entre otras normas de la ley 142.

“73.7. Decidir los recursos que se interpongan contra sus actos, o los de otras entidades, en los casos que disponga la ley en lo que se refiere a materias de su competencia.

“73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres

que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.

(...)

“73.10. Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. Las comisiones podrán limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia.

(...)

“73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que sí la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia.

“73.14. Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios.

“73.15. <Numeral modificado por el artículo 98 de la Ley 1151 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Determinar cuándo una empresa oficial, pública o un municipio que presta en forma directa los servicios no cumple los criterios e indicadores de eficiencia que determine y ordenar al municipio la entrega de la prestación de los servicios a un tercero.

“73.16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.

(...)

“73.18. Pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia, cuando tenga indicios de que alguna persona ha violado las normas de esta ley.

(...)

“73.20. Determinar, de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas.”

Cuando se ejercen estos dos grupos de facultades no puede negarse que se actúa en ejercicio de la función regulatoria, de manera que allí no puede seguirse que esta actividad sólo pueda realizarse a través de normas generales, pues este criterio desconocería que a través de decisiones particulares también se orienta el sector económico de los SPD, regulándose el mismo<sup>109</sup>.

#### 1.1.5. Relación de la regulación con la Constitución, la ley y el reglamento.

Toda intervención pública en la economía que afecte los derechos y deberes de los ciudadanos debe estar legitimada por una ley. Para el caso, tiene dicho la Corte Constitucional que no puede surgir la regulación de los servicios públicos sin que exista previamente la intervención de la ley. Por ello encontramos que el artículo 150.8 de la Constitución establece que el Congreso es el encargado de expedir las normas a las que debe sujetarse el gobierno para ejercer las funciones de inspección y vigilancia, y en el numeral 23 impone, a cargo del Congreso, la expedición de las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

La ley, entonces, juega un papel importante en el funcionamiento de la economía, pues con base en las pautas que establece se controla y dirige un

---

<sup>109</sup> Incluso, la propia ley 142 de 1994 define la regulación como “14.18. *REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. La facultad de dictar normas de carácter general y particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos.*”

sector económico; dicho de otro modo, buena parte de la economía la supedita y la fiscaliza la ley.

Una vez establecidos los lineamientos y derroteros legales de esta materia – leyes 142 y 143, entre otras - , surge la potestad reglamentaria de la misma, que ejerce el Presidente de la República, a través del cual le corresponde establecer las políticas generales de administración y control eficiente de los servicios públicos, así como todos los demás aspectos que, subordinados a la ley, sean necesarios para la cumplida ejecución de las leyes de SPD.

Vale la pena precisar, en este punto, que la potestad reglamentaria, en Colombia, no está asignada exclusivamente al presidente de la República, aunque posea, quizá, el aspecto más representativo e importante de ésta. Es indudable que también los concejos municipales, las asambleas departamentales, los alcaldes, gobernadores, el banco de la república, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, las contralorías, entre otras autoridades, gozan de la potestad reglamentaria<sup>110</sup>. Esto muestra que este poder normativo no tiene en la Constitución política una fuente normativa única, sino diversa y que bien pueden los artículos 365 y 370 contener una manifestación más de esa potestad reglamentaria, dispersa a lo largo y ancho de la Constitución.

En este sentido, no comparto la idea de que la regulación tiene que supeditarse a lo establecido en los reglamentos y también en las disposiciones ministeriales, porque si las comisiones adquieren competencia debido a un acto de delegación de las funciones del Presidente, es lógico entender que éstas, al ejercer sus actividades, lo hacen como si el propio presidente fuera quien estuviera actuando, es decir, el delegatario actúa como si fuera delegante.

Dicho de otro modo, se entiende que el presidente, en el acto de delegación, entrega su potestad reglamentaria y también la potestad administrativa general, y por ello se puede afirmar que las comisiones, al regular, ejercen la misma

---

<sup>110</sup> En este sentido, dichas potestades normativas se encuentran, entre otros, en los arts. 268, nums. 1 y 12 – contralorías-; 300, nums. 1 a 8 – asambleas departamentales -; 305, num. 7 – gobernadores -; 313, nums. 1 a 7 y 9 – concejos -; 315 – alcaldes -; 371 – Banco de la República -; entre otros.

competencia que les fue delegada. De ahí que si bien es cierto que la regulación tiene que someterse a lo previsto en la Constitución y la ley, también lo es que no tiene que someterse a los reglamentos –cuando lo que se dicta es, a su vez, un reglamento - , puesto que esta es la misma naturaleza que ostenta.

Entre otras cosas, sería paradójico que si el presidente no delega la facultad regulatoria, es decir, si la ejerciera él mismo, quedaran supeditados sus reglamentos a sus propios reglamentos, cuando la materia que ordena es exactamente la misma. Cosa diferente sería si el tema tratado fuera distinto, caso en el cual es lógico que el presidente quede atado a sus propias normas generales, pero no es el caso cuando la potestad que se ejerce versa sobre la misma materia.

En este orden de ideas, es claro que las normas generales que contiene la regulación de los SPD, cuando las expide el Presidente o las comisiones de regulación – por delegación de aquél - , deben observar la Constitución y la ley, a las cuales está subordinada jurídicamente. Cosa distinta ocurre cuando el ejercicio de la potestad regulatoria se expresa en actos administrativos particulares, o en simplemente actos generales, o en operaciones administrativas, en cuyo caso deberá respetar una base jerárquica mucho más densa y de más peldaños en la jerarquía normativa.

1.2. La expropiación –artículo 58 CP – respecto de los afectados con el establecimiento del área de servicio exclusivo.

El segundo aspecto a tratar dentro de la presente aclaración de voto es el referente a la figura de la expropiación, toda vez que la Sala al abordar el estudio de los cargos formulados por el actor no realizó un análisis respecto del alcance de esta institución y la posibilidad de su aplicación frente a derechos de contenido patrimonial distintos del derecho de propiedad sobre inmuebles.



La institución de la expropiación se encuentra regulada en el art. 58 de la CP., al lado del derecho de propiedad, el cual dispone:

“ARTICULO 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

“La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

“El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio”. (Negrilla fuera de texto)

Dada la carencia de una definición normativa de la institución jurídica de la expropiación, la Sala, para precisar el sentido y alcance del vocablo, y atendiendo el artículo 28 del CC<sup>111</sup> que señala que las palabras de la ley se deben entender en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, acude al significado que ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua:

“Expropiar. (De ex – y propio). 1. tr. Dicho de la administración: privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a

---

<sup>111</sup> Artículo 28. “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”

cambio una indemnización, se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previstos en las leyes.” (Negrilla fuera de texto)

Para entender la expropiación es necesario no perder de vista “la propiedad”, por lo menos en su sentido más remoto, como institución protegida, aunque negativamente, a través de esta figura. La expropiación es, de algún modo, una forma de defensa de la propiedad, aunque precaria, porque busca que la afectación que se haga a ésta asegure, por lo menos, la indemnización correspondiente.

No obstante, la expropiación también representa un importante avance y conquista del interés general sobre el interés particular, porque sobre la base de ella es posible intervenir la propiedad privada, a favor de aquel, realizándose un importante intercambio de intereses, donde la comunidad somete, jurídicamente, a unos pocos a favor de la mayoría<sup>112</sup>.

Este progreso muestra que el derecho de propiedad, por lo menos en su formulación original, liberal, perdió, con el paso del tiempo, hasta hoy, parte del sentido cuasi absoluto que tuvo tan pronto se formularon los Derechos del hombre y del ciudadano - 1789 -, cuando la propiedad se consideró como un derecho humano por excelencia, de la misma naturaleza que la igualdad. Hoy en día, la propiedad privada no es un derecho fundamental, por definición expresa de la Constitución de 1991, aunque se trata de un derecho constitucional de suma importancia, tanto que el art. 58 que se comenta la garantiza, pues alrededor de ella se construye parte del desarrollo individual, y también del nacional.

Sin embargo, la Constitución actual ha puesto interesantes notas caracterizadoras a la propiedad: 1. De un lado, le exige una función social y ecológica, con lo cual la cláusula de Estado social de derecho impone agradablemente su filosofía sobre

---

<sup>112</sup> Sobre la naturaleza doblemente benéfica de la figura enseña ORIOL MIR PUIGPELAT, en su libro “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un Nuevo Sistema” (Ed. Civitas. Madrid, 2002) que: “La expropiación, en efecto, además de ser una garantía para el ciudadano (al implicar el derecho a indemnización), es un instrumento en manos de la Administración (y también, del legislador, como viene aceptando el Tribunal Constitucional al admitir las expropiaciones del legislador por ley singular), una verdadera potestad para la consecución del interés general. Como potestad permite al poder público privar a los particulares de bienes y derechos.” Pág. 120.

la ideología individualista que se mantuvo en nuestros ordenamientos jurídicos liberales tradiciones; 2. De otro lado, también hace parte del nuevo orden constitucional la necesidad de que prevalezca el interés público y social sobre la propiedad privada. Esta idea también expresa una preferencia por el conglomerado social, en perjuicio del propietario individual, quien deberá ajustarse a las necesidades de todos, cediendo su derecho a favor de la colectividad.

La doctrina comparada, para asegurar que se tomen las medidas tendientes a garantizar los postulados anteriores y la necesidad de que la propiedad, como todo instituto jurídico, pueda ser objeto de configuración legal, ha implementado la figura “delimitación de derechos”, como una institución que ha merecido una diferenciación respecto de la figura de la expropiación, y cuya aplicación, por regla general no debe dar lugar a la indemnización, aunque no se niega la eventual posibilidad de establecer la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de los afectados por ella, como una “excepción a la regla de no indemnizabilidad de la delimitación de derechos”, en estos eventos entonces, no serían tratadas como “medidas expropiatorias” sino como “medidas generales no expropiatorias” o “limitativas de derechos”<sup>113</sup>.

Lo anterior, sin embargo, no se enmarca dentro de una Constitución desconocedora del derecho de propiedad, pues, 3. Como contrapartida La limitaciones legítimas y sustanciales del derecho a la propiedad por acciones expropiatorias, se deriva el que se indemnice a la persona sacrificada en su derecho, a favor de las demás<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Ob. Cit. Pág. 107.

<sup>114</sup> Para determinar cuando se está frente a una medida *meramente delimitadora de derechos* o frente a una medida *expropiatoria* propiamente dicha, en la doctrina italiana, alemana y española se han implementado los siguientes criterios: “Estas teorías, además, conducen a una difuminación de la distinción entre ambas figuras. En todas ellas, en efecto, no hay solución de continuidad entre la delimitación de derechos y la expropiación, ambas figuras constituyen un *continuum*. Donde acaba una empieza la otra. Una medida será expropiatoria cuando incida más sobre unos sujetos que sobre otros (según la teoría del acto singular) o cuando su efecto limitador rebase un determinado nivel de intensidad (teorías materiales). No hay, por tanto, una diferencia estructural, esencial entre la delimitación y la expropiación: la diferencia entre una y otra es una cuestión de alcance subjetivo (en la *Einzelaktstheorie*) o de grado (en las teorías sustanciales). Esta continuidad entre ambas figuras se pone ya de manifiesto en la interpretación sistemática que dichas teorías efectúan los distintos apartados del precepto en que cada Constitución respectiva regula el derecho de propiedad y la expropiación forzosa: la operatividad del apartado que prevé y permite la delimitación de los derechos patrimoniales por parte del legislador (apartado primero *in fine* del artículo 14 GG; apartado segundo del artículo 42 CI; apartado tercero del artículo 33 CE).” (Ob. Cit. Pág. 108 – 109)

Entre otras cosas, también debe quedar claro que esta garantía no se reduce al derecho que se tiene sobre la propiedad “inmueble”, sino a cualquier tipo de bien sobre el cual ejerza el derecho de propiedad, pues el art. 58 CP. no contiene una limitación de este tipo; por el contrario, es amplio al hablar de la “propiedad privada” y de los “demás derechos adquiridos”

Las anteriores reflexiones son adecuadas para entender la expropiación prevista en el artículo 58 CP, institución que desarrolla dos valores, en principio contrapuestos: 1. De un lado, la subordinación de la propiedad privada al interés general, al punto de autorizarse su sacrificio; y, 2. De otro, la garantía de los propietarios – de bienes y de derechos – de que se les indemnizará la afectación a su derecho<sup>115</sup>.

Para explicar la institución, la doctrina presenta una variedad de clasificaciones, entre ellas que puede ser ordinaria o extraordinaria, judicial o administrativa, directa o indirecta<sup>116</sup>, instantánea o progresiva, etc., sirviendo cada una para destacar ciertas características. Todas, siempre que no desborden los límites impuestos por el artículo 58 CP., resultan aplicables en nuestro ordenamiento jurídico, y habrá de entenderse que la disposición constitucional las cubre, si se considera que el aludido artículo se refiere a la expropiación como género, y no diferencia según se trate de una u otra de sus modalidades.

Esta interpretación resulta acorde con la evolución misma de la institución “expropiación forzosa”, que si bien, en principio, estuvo exclusivamente concebida y justificada en función de las obras públicas y de su utilidad, con el paso del tiempo se hizo extensible a otras esferas, para atender otro tipo de problemas, ya

---

<sup>115</sup> En este sentido: PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo I. Barcelona, Marcial Pons. 1999. Pág. 599 a 603.

<sup>116</sup> La expropiación directa se ha definido como aquella que tiene lugar cuando el Estado obliga al propietario de un bien a transferirle el título de dominio que tiene sobre su propiedad o sobre algún derecho adquirido. Por su parte, la indirecta se ha definido como aquella que se presenta cuando el Estado toma una medida que tiene para el propietario un efecto similar al de la expropiación, es decir, que el Estado interfiere en el uso o goce de la propiedad y/o del derecho adquirido, sin que se presente la transferencia de un título formal de dominio.

no de obras públicas sino de asuntos de carácter urbano, ambiental, entre otros<sup>117</sup>.

Si tomamos como punto de referencia el derecho español, en el que los términos en que se redacta la figura en su constitución no varía sustancialmente respecto de la norma colombiana –art. 58<sup>118</sup> -, se tiene que:

“Al consagrar la expropiación por interés social, la Ley fundamental viene a incorporar jurídicamente una concepción que, habiendo superado el agrio individualismo del sistema jurídico de la propiedad privada de la economía liberal, viene a entender implícita, tras toda relación de dominio, una función social de la propiedad. Consecuentemente, la expropiación tiene ahora que ser configurada desde esta nueva perspectiva, a fin de brindar a la Administración medios aptos para hacer efectivo el principio obtenido en el estatuto fundamental de derechos y deberes de los españoles.

“Esta concepción más amplia de la expropiación ha sido proyectada sobre la legislación hoy en vigor, al menos en aspectos parciales. Toda la legislación del nuevo Estado en materia de colonización, materia tan sensible a las urgencias del interés social, está inspirada en este giro tan significativo. Se ha estimado que la Ley no estaría a la altura de los principios que hoy conforman nuestra legislación, de plantear sus problemas desde el ángulo visual angosto que da la perspectiva a la de 1789. Consecuentemente, se ha desarrollado, con la precisión posible, aquella fundamental distinción entre la expropiación de la utilidad pública y la expropiación del interés social del artículo 32 del Fuero de los Españoles, y se ha generalizado, con las garantías formales obligadas, la posibilidad insólita del concepto clásico de la expropiación de referir sus beneficios a particulares por razones de interés social.

“Mas, junto a este ensanchamiento del campo de fines, el ámbito de la expropiación debía ser considerado de nuevo, en forma que pudiera acoger las ampliaciones tan notables que ha experimentado al amparo de la legislación especial, en orden al objeto expropiable y a la índole de los intereses afectados por el sacrificio, y llamados, por ende, a ser

---

<sup>117</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General. Tomo I. Madrid, Civitas. 2004. Pág. 854.

<sup>118</sup> El artículo 33 de la Constitución Española prescribe: 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia; 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes; 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública e interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

tenidos en cuenta en la indemnización. Baste aludir a la expropiación de participaciones en el capital social, expropiación de explotaciones afectadas por la acción del Estado sobre la economía, por exigencias de la gestión de los servicios públicos, al preferirse establecerlos bajo el patrón de la nacionalización, municipalización o provincialización. Por otra parte, junto a la expropiación típica han surgido figuras como el consorcio o el arrendamiento forzoso, en las que se aprecia la nota común de la satisfacción del interés público por una acción imperativa sobre el aprovechamiento del bien objeto de la misma, que no llega a ser tan radical y enérgica que alcance a la transmisión obligada de la propiedad, pero que implica una limitación individualizada del dominio a la que hay que buscar su adecuada y justa compensación. También los casos en que la acción administrativa exige la expropiación de grandes zonas requerían el arbitrar un procedimiento que hacer aquella efectiva dentro de una tramitación unitaria. En consecuencia, la ley refleja una concepción de la expropiación, según la cual debe ser el estatuto legal básico de todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos del derecho del particular por razones de interés general, y como tal se estructura, sin perjuicio del obligado respeto a las peculiares características de cada figura particular.”<sup>119</sup>

El anterior análisis, perfectamente trasladable al sistema jurídico colombiano, muestra que algunas actuaciones administrativas, con las que se puede vulnerar 1) el derecho de propiedad privada y/o 2) los demás derechos adquiridos, se enmarcan en esta concepción de las denominadas “medidas expropiatorias”, que por ser tales deberán de estar precedidas de los requisitos que para el efecto impone la Constitución de 1991, como son: a) que su motivación se funde en propósitos de utilidad pública o interés social, definidos por el legislador, y b) que se conceda una indemnización<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> La ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa. Justificación de la reforma y nuevo ámbito legal de la expropiación. [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/admin/lef.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/admin/lef.html).

<sup>120</sup> Así, por ejemplo, en España la disposición constitucional sobre la expropiación goza de amplio desarrollo legal, en el que se prevé, entre otras, la figura de la “de la expropiación singular de empresas aisladas o de grupos de empresas”, cuya estructura institucional, según GASPARD ARIÑO ORTIZ, no se diferencia de los principios a los que la Constitución remite para todos los casos de expropiación. En palabras del autor: “La expropiación supone la intervención más enérgica y radical en los derechos de los particulares, y por ello las constituciones de todos los países y las leyes generales reguladoras de la institución rodean tales opciones de las máximas garantías. Se exige, en principio, declaración por la ley de utilidad pública, si bien esa autorización para expropiar (tal es el significado de la declaración) se entiende implícita en todos los planes de obra y servicios del Estado, provincia y municipio legalmente aprobados, (art. 1 LEF); pero cuando no sea así, cuando se trate de expropiaciones singulares o excepcionales, se mantiene en todo su rigor el principio de la declaración ex lege (arts 11 y 12 LEF). Así pues, la administración no dispone de una potestad abstracta que pueda ser aplicada a cualquier objeto que aquella por sí y ante sí entienda conveniente expropiar.

“En segundo lugar, se establece un procedimiento preceptivo, formal y estricto que debe ser escrupulosamente respetado, porque es, todo el, una garantía para el particular. En este procedimiento

De manera que esta disposición cubre al ciudadano de toda forma de expropiación, es decir, de toda vulneración al contenido esencial del derecho de propiedad o a los derechos adquiridos, que se haga al amparo del interés general<sup>121</sup>.

Entonces, el artículo 58 citado protege a las personas de toda acción estatal tendiente a limitar un derecho, disminuyéndolo excesivamente o haciéndolo nugatorio. En este sentido, dice Ramón parada que "...comprende la titularidad de toda clase de derechos patrimoniales y, por ello, tanto el dominio y demás derechos reales como los derechos de obligación, la titularidad de acciones, etc. Tampoco se circunscribe a la propiedad que recae sobre bienes inmuebles, a la propiedad sobre la tierra que es la que, como necesaria para las obras públicas, constituía la preocupación básica de los legisladores del siglo XIX, abarcando ahora, por el contrario, tanto la propiedad inmueble como la mueble como los derechos incorporales. De ahí nuestra Constitución utilice indistintamente en el art. 33 las expresiones propiedad, bienes y derechos. Incluso en el concepto de propiedad a nuestro efectos hay que incluir la situación posesoria... pues hasta aquí llega la garantía patrimonial formulada... que comprende cualquier tipo de privación de bienes o derechos, incluyendo la mera cesación de su ejercicio."<sup>122</sup>

Según estas consideraciones, se debía analizar si la Comisión de Regulación de Acueducto y Alcantarillado, en la resolución demandada, en la que se establece la

---

*expropiatorio hay elementos esenciales cuya omisión vicia de nulidad radical la acción expropiatoria y convierte la operación en un despojo ilegal, en una vía de hecho. El procedimiento expropiatorio no es algo ajeno al contenido esencial del derecho de propiedad, sino que por el contrario, radica en aquel su mejor defensa y garantía de éste. Como ha escrito PARADA, la potestad expropiatoria es hoy una potestad administrativa, pero con la carga de un proceso, de modo que, la garantía procesal es algo especial, connatural a la expropiación.*

*"En tercer lugar, la transferencia coactiva de la propiedad en toda expropiación solo se consuma y perfecciona cuando se han cumplido los presupuestos legitimadores de la misma: pago de precio o su asignación. En el procedimiento de urgencia esta exigencia del previo pago se flexibiliza, pero aún en este caso se exige la constitución de un depósito previo, bien que éste sea inferior al valor real (aunque a medida que se van actualizando los valores y rentas catastrales se irá acercando a la realidad) y una indemnización estimativa por los perjuicios derivados de la urgencia.*

*"En cuarto lugar, y finalmente, por lo que al justo precio se refiere, el criterio legal con arreglo al cual hay que entender la expresión del artículo 33 CE (correspondiente indemnización) es el de la reparación o compensación integral, criterio reconocido universalmente en el derecho público occidental (Principios del Derecho Público Económico P. 422)*

<sup>121</sup> Sobre el núcleo esencial del derecho de propiedad ha manifestado la Corte Constitucional en sentencia T – 554 de 1996. M. P. Fabio Morón Díaz: "La doctrina de la Corte ha entendido que el contenido esencial del derecho de propiedad puede que determinarse por los intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce su núcleo básico, cuando el derecho queda sometido a límites que lo hacen impracticable, lo dificultan mas allá de lo razonable o lo despojan de su protección."

<sup>122</sup> GASPAR ARIÑO ORTIZ... Ob. Cit. Pág. 603.

posibilidad de implementar áreas de servicio exclusivo, de conformidad con la ley – art. 40, ley 142 –, da lugar a la aplicación del art. 58 constitucional y si, en caso afirmativo, resulta ilegal, por no contener un procedimiento que garantice la indemnización previa que se exige en este artículo.

La primera condición exigida por el constituyente es que la expropiación se realice por motivos de utilidad pública o interés social, definidos por el legislador. En efecto, de la simple lectura del primer inciso del art. 40 de la ley 142 de 1994, se desprende que el otorgamiento de un área de servicio exclusivo se justifica en motivos de interés social, como es: ampliar la cobertura de los servicios públicos domiciliarios que describe la norma, a las personas de menos ingresos.

La segunda condición es que se afecte la “propiedad privada” o “los demás derechos adquiridos”. En el caso concreto, el operador existente en el momento en que se crea un área de servicios exclusivos ejerce legítimamente la libertad de empresa, que le lleva a hacer inversiones y establecer negocios, en las condiciones que contempla la ley. En estas circunstancias, la medida gubernamental que autoriza que sólo exista una empresa prestadora del servicio, en el lugar donde se encuentra establecido el operador instalado, representa para éste la salida de dicho mercado, para darle paso a quien ha ganado la licitación, sufriendo los daños patrimoniales que en cada caso acredite.

Desde luego que esta medida gubernamental no tiene efectos expropiatorios frente a quienes no son operadores del SPD en el lugar, pues, como dice Santamaría Pastor: “...la privación ha de ser singular. Las limitaciones poseen un alcance general (al ser establecidas habitualmente mediante normas jurídicas) y se refieren indistintamente a todos los titulares, en tanto que las privaciones afectan a titulares concretos, creando una situación de diferencia objetiva de trato que supone una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas: la obligación de indemnizar se apoya precisamente en la necesidad de restaurar esta igualdad, al ser la colectividad la que, a través de los recursos tributarios,



provee de los medios necesarios para compensar esa desigualdad creada a uno de sus miembros<sup>123</sup>.”

De allí que, no cabe duda, los operadores del SPD de aseo, que en el momento en que empieza a operar la zona exclusiva se encuentren prestando el servicio, resultan singularmente afectados con la medida. Otra será la magnitud del daño que se les produce. Ante esta circunstancia, debe hacerse efectiva la responsabilidad por los daños causados por la administración, esto es, por la lesión del legítimo interés patrimonial del empresario del empresario privado que esté prestando el servicio público.

Ahora bien, la responsabilidad que podría reclamarse judicialmente, en estos eventos, se debe realizar a través de las distintas acciones contenciosas, y más concretamente la contractual, la de nulidad y restablecimiento del derecho o la de reparación directa, y por medio de alguno de los regímenes de responsabilidad ya decantados por esta Corporación – por ejemplo, falla en el servicio o daño especial, entre otros - .

De esta manera, el artículo 58, en los términos de este análisis, no es más que una fuente constitucional más de la responsabilidad del Estado, entre otras que allí se contienen – art. 90, por ejemplo –, sólo que regula un evento muy especial de daños causados por la Administración. Siendo así, la reclamación ante los jueces bien puede hacerse a través de las acciones y con las teorías que actualmente existen para tratar estos eventos.

No obstante lo anterior, la sentencia proferida dentro del presente proceso, es justa a derecho al desestimar el cargo de ilegalidad contra la resolución demandada, toda vez que, tal como afirma la CRA en sus escritos de defensa, y según lo manifestado por el legislador, es el municipio o entidad territorial correspondiente quien adopta la medida que puede resultar constitutiva del acto expropiatorio, respecto de terceros afectados con el funcionamiento del área

---

<sup>123</sup> SANTAMÁRIA PASTOR. Juan. Principios de Derecho Administrativo. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S. A. 2002. Pág. 436 y 437.

exclusiva y, como tal, será ella quien deba aplicar las disposiciones constitucionales, con el fin de indemnizar previamente a quien resulte afectado.

En este sentido, y sólo en los términos hasta ahora realizados, es perfectamente posible implementar el área de servicio exclusivo, la cual tiene soporte legal –art. 40 ley 142 - . Sin embargo, esto no significa que la misma no pueda producir daños a las personas que estén prestando el servicio en los sitios donde se crea el área de servicio exclusivo, quienes probablemente habrán hecho inversiones que posiblemente no recuperarán, al no poder prestar más el servicio. En todo caso, el análisis indemnizatorio corresponderá a un momento e instancia diferente a la analizada en esta ocasión.

No obstante esto, se insiste, para que sea legal la resolución demandada, no tiene porque contemplar, como lo pide el actor, la indemnización que se debe pagar a favor de las personas que resultan afectadas con la medida, pues este derecho mal podría regularlo la Comisión de Regulación, quien sólo se ocupó de reglamentar, en los términos del parágrafo del art. 40 de la ley 142: 1. Como se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de las áreas de servicio exclusivo; 2. Los lineamientos generales y las condiciones generales de las áreas de servicio exclusivo, y; como se verifica que lo anterior es indispensable para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a personas de menores ingresos.

En este sentido, el derecho a la indemnización, si se llega a causar, se encuentra contemplado en la Constitución Política, de manera que allí se derivada el derecho, no siendo ilegal la resolución demandada por el hecho de no reproducir este derecho constitucional.

En los anteriores términos dejo planteada mi posición, como quiera que estoy convencido, que en el caso concreto, se ha debido analizar de forma más profunda el alcance de la función de regulación ejercida por las diferentes Comisiones de Regulación, así como la aplicación de la institución de la

expropiación para derechos de contenido patrimonial diversos al derecho de propiedad sobre bienes inmuebles.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra