

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS – Especialización en Derecho Administrativo**

**LIMITES A LA REGULACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS SERVICIOS  
PÚBLICOS <sup>1</sup>**

**LIMITS TO THE ADMINISTRATIVE REGULATION OF PUBLIC SERVICES**

Octavio Alejandro Santiago Arévalo Carvajal<sup>2</sup>

Juan Diego Ortiz Quintero<sup>3</sup>

Juan Pablo Ramírez Otálora<sup>4</sup>

**Resumen**

Colombia con la Constitución Política de 1991, se declaró un *Estado Social de Derecho*, garante del *orden político, económico y social justo*, este cambio vino acompañado con la sistemática conversión de modelos tradicionales a modelos liberales de economía; es menester resaltar la desarticulación en cuanto a la prestación de servicios públicos domiciliarios, pues se encontraba como un monopolio rentístico del Estado, lo que acarreo a que se generaran una serie de inconformismos e inseguridades frente a la propiedad privada, a la iniciativa particular y claro está, a la libertad de empresa.

Es con ocasión a ello, que desde la promulgación de la misma, se han revisado en instancia Constitucional un centenar de acciones públicas de inconstitucionalidad, por encontrar que las leyes que protocolizan y reglamentan los artículos 333, 334 y 335, contraviran los mandatos constitucionales, carecen de legitimidad jurídica y en algunos de los casos atentan contra derechos fundamentales.

En relación con lo anterior, se realizará un recuento de los modelos económicos adoptados por el Estado a lo largo de tiempo, y se centrará la atención, a si la prestación del servicio público de energía actual, se amolda a los estipulado por la norma de normas.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo de investigación es presentado como trabajo de grado de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá con profundización en derecho laboral y Conciliador en derecho.

<sup>3</sup> Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, litigante, asesor del municipio de Neiva y de la Gobernación.

<sup>4</sup> Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Director jurídico y de contratación de Emserchía

### **Palabras clave**

Estado social de derecho – servicios públicos domiciliarios – monopolio del estado  
propiedad privada – violación de derechos fundamentales

### **Abstract**

Colombia with the Political Constitution of 1991, was declared a Social State of Law, guarantor of fair political, economic and social order, this change was accompanied by the systematic conversion of traditional models to liberal economic models; It is necessary to highlight the disarticulation in terms of the provision of public home services. As it was a rent monopoly of the State, which led to a series of nonconformities and insecurities against private property, particular initiative and clear is, the freedom of company.

On the occasion of this, since the promulgation of the same, a hundred public actions of unconstitutionality have been reviewed in the constitutional instance, for finding that the laws that protocolize and regulate articles 333, 334 and 335, will contravene the constitutional mandates, they lack legal legitimacy and in some cases violate fundamental rights.

In relation to the above, a recount will be made of the economic models adopted by the State over time, and the focus will be on whether the provision of the current public energy service conforms to those stipulated by the standard of rules.

### **Keywords**

Social State Of law - Public Home Services - Monopoly of the state - Private Property  
Cases Violate Fundamental Rights

### **Introducción**

Los modelos de regulación económica, y en especial los aplicados por las comisiones de regulación de carácter constitucional y legal, permiten desarrollar la libre competencia económica e iniciativa privada en un marco controlado de precios garantizando la eficiencia financiera y la sostenibilidad fiscal de las empresas públicas y privadas que destinan su objeto a la prestación de servicios públicos domiciliarios, sin embargo, estos modelos económicos de corrección del mercado son insuficientes en algunos casos para garantizar la eficiente y continua prestación del servicio, más aun en algunas regiones del territorio nacional, pues la pluralidad de oferentes se encuentra sustancialmente limitada a una única empresa, es por ello que es válido cuestionarse, de si ¿se regulan realmente los servicios públicos domiciliarios a la luz de la Constitución de 1991)?.

Es este orden de ideas se hace necesario identificar los principios constitucionales que guían la libre competencia económica e iniciativa privada, para tenerlo como punto de partida para iniciar con la parte teórica y la comparativa en cuanto a los sistemas de economía aplicados en el Estado colombiano.

Con posterioridad, se procederá a hacerse un recuento de los modelos económicos adoptados por el ordenamiento jurídico colombiano para intervenir en la economía, haciendo un breve recuento histórico de los antecedentes más sobresalientes, es decir, que se partirá de la concepción del Estado interventor y su transformación al Estado proteccionista, -de bienestar /regulador-, y de los cambios adicionales que lo ha llevado a lo que hoy en día se conoce como el modelo económico del Estado Social de Derecho, fundamentado en la dignidad humana y demás derechos fundamentales, para poder contraponer los conceptos abordados a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, enfatizando en los modelos de regulación y el régimen tarifario mencionados en la Ley 142 de 1994.

Es importante traer a colación la problemática existe en esta materia, pues el postulado constitucional que permite la libre competencia económica e iniciativa privada, que para el caso específico de los servicios públicos domiciliarios, tiene una mayor injerencia por parte del Estado en la Economía, a través de las potestades otorgadas al Presidente de la República o mediante la vigilancia realizada por la respectiva Comisión de Regulación del servicio público, lo que ocasiona que en categóricos casos se de aplicación a preceptos como libertad vigilada o libertad regulada en el condicionamiento tarifario, influyendo directamente en la eficiencia económica y suficiencia financiera de la Empresa Regulada.

Adicional a ello y teniendo como sustento lo anterior, se buscara abordar el caso específico de la prestación del servicio público de energía, para determinar si los modelos de regulación estipulados para las empresas de servicios públicos garantizan, efectivamente la prestación optima de este servicio público, es decir si satisface las necesidades de la población colombiana, pues de conformidad con lo estipulado en la Constitución Política del 91 y el Bloque de Constitucionalidad, Colombia es un *Estado Social de Derecho*, garante del *orden político, económico y social justo*.

### **Método y Plan**

El tipo de investigación que se implementara en el desarrollo del presente documento es exploratoria, pues no se cuenta con suficientes antecedentes en esta temática, y los avances obtenidos en el desarrollo de proyectos de investigación relacionados son un tanto imprecisos, sobre todo en cuanto a los modelos económicos del Estado y los sistemas de regulación como modelo de intervención de corrección en las fallas del Mercado, pues aún no han sido desarrollados de manera extensa por la doctrina jurídica.

Por otra parte, el método de investigación que se implementará será el hermenéutico, pues el objeto del desarrollo del proyecto oscila en cuanto a la búsqueda, comprensión e interpretación de la reglamentación y manejo de los servicios públicos domiciliarios, siguiendo los elementos gramaticales, teóricos, históricos y constructivos.

El elemento gramatical, hace referencia al significado de los conceptos empleados en el desarrollo temático del objeto de estudio, mientras que el teleológico o finalista, va a tener un enfoque frente a la utilidad práctica de los resultados obtenidos en el proceso de investigación, se analizarán los criterios para la interpretación y aplicación de la libre competencia económica en materia de servicios públicos. Así las cosas, el elemento histórico, partirá de los antecedentes del problema de investigación, desde la perspectiva jurídica que la norma de manera primigenia, reguló lo atinente a la libre competencia económica en materia de servicios públicos; y por último, el elemento constructivo, servirá de medio para elaborar una reconstrucción de la experiencia investigativa por medio del análisis y la presentación del ejercicio hermenéutico.

En lo que corresponde a la sistematización de datos, la investigación será cualitativa, brindando alternativas de carácter doctrinal resultado de un proceso de investigación. Igualmente, se abordará el objeto de la investigación, descomponiendo el todo en sus partes, es decir, que mediante la descripción de sus criterios subjetivos, caracterizando sus elementos esenciales y formulando un sistema valorativo que permita el cumplimiento del objetivo general de esta investigación, identificar los criterios para su interpretación y aplicación

Las fuentes que se van a consultar serán libros, artículos de revistas científicas, informes de investigación, tesis, jurisprudencia y demás normatividad contenida en el ordenamiento jurídico colombiano, los cuales se van a recolectar mediante un profundo análisis del contenido de textos teniendo como base el objeto.

### **Conclusiones**

La denominada Constitución económica se encuentra conformada por un conjunto de normas, criterios y valores fundamentales que rigen la actividad socioeconómica del Estado y que tienen como fundamento la Constitución Política de 1991, claro está, extractando que los postulados jurídicos y económicos, deben encontrarse en armonía con la concepción del Estado Social de Derecho, tanto así, que la misma Constitución en su artículo 333, contempla principios económicos que permiten la materialización de la libre competencia e iniciativa privada.

*Los principios de libertad de empresa o libertad económica y la libre iniciativa, constituyen una garantía de la participación privada en la economía nacional, libertades que tienen como límites el bien común y el interés general. (Moreno, 2010).*

Referente al tema de servicios públicos, es necesario recalcar que solo a través de la Constitución de 1991, se consagró constitucionalmente en Colombia el concepto de servicios públicos como parte de los fines del Estado para alcanzar el bienestar de los habitantes, de igual manera se dotó como una obligación del Estado velar por su prestación eficiente. La Corte ha señalado en reiteradas ocasiones, 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 (Sentencia, 1995).

Retomando lo anterior, podríamos decir que dentro de los fines esenciales del Estado Social de Derecho se encuentra servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución; todo ello mediante la prestación de sus diferentes servicios públicos.

El anterior postulado que anqué fue desarrollado mediante las sucesivas sentencias de la Corte Constitucional ya se encontraba inmerso en la Carta política, evidencia de ello se puede verificar el capítulo 5<sup>5</sup> de la ya mencionada constitución, el cual se encuentra integrado por los Articulo 365 al 370, pudiéndose agrupar su conceptualización en los siguientes postulados, **1.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, **2.** Los servicios públicos se encuentran instituidos para materializar el bienestar general y conforman entre otras cosas la esencia de la calidad de vida de la población, **3.** Los servicios públicos tendrán reserva de ley, ello quiere decir que el legislativo expedirá las normas que reglamenten tales actividades (ley 142 y 143 de 1994)<sup>6</sup>, **4.** Los servicios públicos tienen inmersa la cláusula o beneficio de solidaridad.

El modelo de intervención estatal en materia de regulación de energía eléctrica debe basarse en las necesidades de la población colombiana; se evidencia que hay regiones donde se debe propender un aumento de infraestructura, generar fuentes alternativas o implementar políticas de ahorro, caso de la región Andina, mientras otras deben mejorar la calidad de la prestación del servicio como es el caso de la región Caribe, pues es menester anotar que no basta con la prestación del servicio si no es con calidad.

Por otro lado, se tiene que la libre competencia debe ser entendida en términos de mercado<sup>7</sup>, esto quiere decir, que la denominación en si misma considerada depende de los establecimientos, de la oferta y la demanda sobre productos o servicios determinados.

Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también

---

5 De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos.

6 Ley 142 de 1994, Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones

Ley 143 de 1994 por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética.

<sup>7</sup> Mercado: toda institución social en la que se intercambian bienes, servicios y factores productivos. Los mercados están formados por compradores y vendedores (productores). Los primeros determinarán conjuntamente la demanda y los segundos establecerán la oferta.

es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros. (Colombia. Corte Constitucional, 2012)

Esta Noción se comparte en virtud que la relación que nace entre los usuarios de los servicios y los prestadores de los mismos, es lo que genera la dinámica del mercado, establece el equilibrio u ocasiona la falla del mismo. Con el fin de aclarar más esta afirmación es determinante señalar la constitución de los modelos de mercado, lo cual no solo abrirá la puerta para entender estos conceptos sino que a su vez establecerá el punto de partida y fundamentos de las Entidades administrativas Especiales o Comisiones de Regulación, pues como ya lo hemos mencionado todo el tema regulatorio y prestacional de la economía social debemos analizarlo en términos de mercado, así bien, empezaremos por mencionar estos modelos, explicando someramente cada una de sus características para posteriormente relacionarlo con el tema de la presente disertación.

De conformidad a lo expuesto anteriormente, se infiere que se debe crear un modelo diferencial de regulación, en el cual no se aplique el mismo criterio, sino que por el contrario, este varíe dependiendo de las diversas y diferentes necesidades de las regiones, para propender así por el desarrollo del país, ya que en Colombia se cuenta con un régimen jurídico que permite desarrollar la economía dentro de un concepto social, siendo solo limitada cuando existan fallas en el mercado o afectaciones al interés general o ambiental, específicamente para el caso de servicios públicos domiciliarios existen unos mecanismos denominados Entidades Administrativas Especiales o Comisiones de regulación que se encargan de normalizar y ajustar esta libre competencia económica a unos estándares de eficiencia en la prestación del servicio y unos regímenes tarifarios acordes a la situación socio económica de la población.

### **Estado del Arte**

Según lo planteado por la Constitución Política de Colombia existe la claridad de que Colombia es un Estado Social de Derecho y que con su promulgación se permitió la participación de agentes privados en la prestación de servicios públicos eliminando el monopolio rentístico que existía en cabeza del estado, caso similar al del sistema Chileno, que con sus avances permite tomar elementos fundamentales para la regulación de la libre competencia y la protección estatal de los prestadores de servicios públicos, según lo descrito por el profesor Fernando Araya Jasma (Jasma, 2014), en el que resalta un desarrollo de la Corte de Apelaciones de Santiago (Chile) en cuanto al abuso de la posición dominante en el mercado hechos que afectan directamente el beneficio que recibe el usuario.

Así mismo, en Colombia según la sentencia C – 228 de 2010 (Colombia. Corte Constitucional, 2010) la Honorable Corte Constitucional, analiza el modelo económico colombiano y concluye que no puede haber compatibilidad con el modelo liberal económico clásico, en el que la única participación relevante pueda ser la brindada por el estado, pues la carta política motiva la existencia de una economía social de mercado que

procura por la iniciativa privada, pero que ejerce cierto control con el fin de garantizar la protección del interés general.

#### **A. MODELOS ECONÓMICOS DEL ESTADO Y LOS SISTEMAS DE REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE 1991.**

A través de la historia, diversos modelos Económicos han regulado los aspectos sociales, políticos y mercantiles dentro de nuestro territorio; tal es el caso del denominado *Estado Interventor*, que es definible como aquella encarnación del poder soberano del Estado con voluntad de irrumpir en lo económico y en lo social, nacido como derivación de los conflictos sociales ocasionados a consecuencia de las revoluciones industriales y fuertemente caracterizado por la notable afectación de la actividad económica particular. En contraposición encontramos el denominado *Estado Regulador* que surge como corrección al modelo anterior y es definido como la función de intervención en la economía, que busca recrear el mercado o hacerlo posible desarrollado mediante elementos normativos y de control acordes con unos principios y reglas establecidas en la Constitución y la Ley; ultimo mencionado que cobra merito dentro del presente trabajo, toda vez que actualmente se sigue utilizando para armonizar la iniciativa privada con los intereses generales del estado, pudiéndose evidenciar pragmáticamente en el artículo 334<sup>8</sup> de la C.P. donde claramente existe un principio de libertad económica, solo limitado en los casos específicos, taxativamente contemplados.

Ahora bien, es necesario recordar que este modelo también ha sido fuente de crítica, a tal punto que en el sistema colombiano fue transformado a un Estado Social De Derecho, variando los puntos focales de destinación y determinando la dignidad humana como pilar

---

<sup>8</sup> ARTICULO 334. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 003 de 2011, Desarrollado por la Ley 1695 de 2013. **El nuevo texto es el siguiente:** La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

predominante, sin embargo, se sigue manteniendo y garantizando la conexidad de los valores económicos con los derechos fundamentales de la población, específicamente la eficiente prestación de los servicios públicos. Concomitantemente, la reforma constitucional de 1991 adoptó un sistema específico de protección al sistema económico, pomposamente destinado a la materialización de la libre competencia e iniciativa privada e incluyendo obligaciones a cargo del Estado, estableciendo la potestad de poder prestar dichos servicios públicos directamente o a través de particulares, pero en todo caso, reservándose el derecho a intervenir, en el evento de presentarse fallas en la prestación de dichos servicios y claro está, creando entidades administrativas especiales que coadyuvan con la vigilancia y control de la prestación de estos servicios. Al respecto, es prudente referenciar lo dicho por la Corte Constitucional en (Colombia. Corte Constitucional, 2017):

*En materia económica la Carta de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional, que “el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”. De acuerdo con lo anterior, el texto constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que “las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos, cobrando vida propia”*

Seguidamente, se hace necesario recapitular algunos conceptos respecto del entendimiento de la libre competencia económica e iniciativa privada, toda vez que los mismos han superado las barreras del tiempo manteniendo en síntesis su estructura, sin embargo no en todos los periodos estacionales la adaptación a operado igualmente, por ende no podría abordarse la temática de manera absolutista cuando los componentes que la rodean son dinámicos y cambiantes, pese a lo anterior, nos centraremos en el estado contemporáneo explicando estas dos instituciones desde la mirada esférica de la constitución de 1991. Desarrollados a partir de los artículos 333 y subsiguiente de la carta política.

En concordancia con lo anterior podríamos decir que la libre competencia puede ser definida como aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo, (principalmente de capital), para la realización de actividades económicas la producción e intercambio de bienes y servicios, conforme a las pautas o

modelos de organización típicas del modelo económico contemporáneo con vista a la obtención de un beneficio o ganancia, como lo contempla la Corte Constitucional (Colombia. Corte Constitucional, 2010) pero también, la libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, invierten sus esfuerzos en la conquista de un mercado determinado bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. Corte Constitucional (Colombia. Corte Constitucional, 2002)

En síntesis, la libre competencia debe ser entendida en términos de mercado<sup>9</sup>, esto quiere decir que la denominación en si misma considerada depende de los establecimientos, de la oferta y la demanda sobre productos o servicios determinados.

Hay una clasificación en cuanto a los modelos de mercado, el primer modelo es el denominado como *Competencia perfecta*, el cual se caracteriza por la multiplicidad de compradores y vendedores de bienes o servicios, que dada la naturaleza plural de oferentes e interesados, comporta una estructura de equilibrio que hace imposible afectar el balance (precio – servicio) a un nivel considerable, este modelo generalmente se basa en cuatro criterios: producto homogéneo<sup>10</sup>, una libre entrada y salida<sup>11</sup>, muchos compradores y vendedores<sup>12</sup> y una información o conocimiento perfecto.<sup>13</sup>

El segundo modelo es el denominado como *Competencia Imperfecta* el cual es conocido como una situación de mercado en la que un solo agente de los que funcionan en el mercado o unos pocos, manipulan la cantidad de producto y afectan la variación de los

---

<sup>9</sup> Mercado: toda institución social en la que se intercambian bienes, servicios y factores productivos. Los mercados están formados por compradores y vendedores (productores). Los primeros determinarán conjuntamente la demanda y los segundos establecerán la oferta.

<sup>10</sup> **Producto homogéneo.** Todas las unidades del bien son absolutamente idénticas en todos los aspectos, y el comprador no obtiene ninguna ventaja de la elección de un determinado vendedor. Un buen ejemplo de producto homogéneo, son las acciones de una determinada empresa, en el sentido de que una acción es exactamente igual que otra con independencia de quien sea su vendedor.

<sup>11</sup> **Libre entrada y salida.** Todos los compradores y vendedores tienen total libertad de entrada y salida del mercado. No existe ninguna restricción legal ni financiera que impida a un individuo participar como vendedor. Es decir, en el mercado competitivo no existen patentes que garanticen el derecho de monopolio de un vendedor. Además, el hecho de que no existan barreras financieras, implica que para instalar una empresa en una industria competitiva no se requieren grandes inversiones.

<sup>12</sup> **Compradores y vendedores.** Cada uno de los compradores y vendedores es bastante pequeño en relación al tamaño del mercado. Este supuesto implica que las decisiones tomadas por un sólo comprador o vendedor no van a tener ningún efecto perceptible sobre el precio de mercado, lo que significa que tanto compradores como vendedores son precio-aceptantes. Así pues, una empresa competitiva responde al precio de mercado, pero no lo determina. Entre las empresas que componen una industria perfectamente competitiva no existe rivalidad.

<sup>13</sup> **Conocimiento perfecto.** Los compradores y vendedores tienen una información o conocimiento perfecto en lo que se refiere al mercado. Se supone que los compradores y vendedores no sólo saben lo que ocurre en un momento dado en el mercado, sino que también conocen lo que va a ocurrir en el futuro.

precios; dentro de este concepto encontramos a su vez varias categorías: Monopolio, Oligopolio y la Competencia Monopolística.

En cuanto al Monopolio, se conoce como la industria formada por una sola empresa, que elabora un producto del cual no hay sustitutos cercanos, cuando existen apreciables barreras de entrada a dicha industria. Referente a este concepto la corte constitucional ha dicho (Colombia. Corte Constitucional, 2004),

*“Un monopolio es, desde el punto de vista económico, una situación en donde una empresa o individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio; también puede configurarse cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio.*

En este momento es indispensable realizar una comparación para poner en contexto lo que se ha dicho hasta ahora; en un mercado de competencia perfecta, (donde el precio que se cobra por el producto coincide con el coste marginal de producción), se consigue la máxima eficiencia en la asignación de los recursos y, por lo tanto, permite alcanzar el máximo del bienestar social. En el caso de una única empresa (competencia Imperfecta), el poder de monopolio da como resultado unos precios más altos y una reducción de la cantidad ofrecida. (Sainz de Abajo, 2009), anterior modelo Monopolista que cobra relevancia, y no por que el común denominador de la prestación de los servicios públicos domiciliarios sea una competencia imperfecta, sino por el contrario como de una manera bastante estructurada, el Estado entra a intervenir en la economía, mediante la regulación de los regímenes tarifarios de estas empresas prestadoras de servicios para mantener un equilibrio económico, pese a no existir pluralidad de oferentes en el sector geográfico y como los modelos de regulación actúan como correctores de las fallas del mercado, y aun así como dentro de una armónica normativa económica se siguen escapando atributos necesarios para una óptima prestación del servicio público, tales como la eficiente y continuada prestación de tal del servicio.

En cuanto al Oligopolio, podemos decir que es un mercado en el que hay sólo unos cuantos vendedores que ofrecen productos idénticos o, al menos, parecidos; y finalmente la competencia monopolística es denominada como la estructura de mercado en la que muchas empresas venden productos similares pero no idénticos.

### **B. LOS MODELOS DE REGULACIÓN APLICADOS AL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA.**

El estado se reserva el deber de asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio Nacional por ser inherentes a la función del estado y para lograrlo deja abierta la posibilidad de prestar el servicio público directa o indirectamente.

## LIMITES A LA REGULACION ADMINISTRATIVA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

Para el caso del servicio público de energía la intervención del estado tiene las siguientes finalidades: 1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios. 2. Ampliar permanentemente la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios. 3. Prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida, sin expresión alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan. 4. Garantizar una prestación eficiente. 5. Velar por la libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante. 6. Obtener economía de escalas comprobables. 7. Diseñar mecanismos que garantice a los usuarios el acceso a los servicios públicos y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación. 8. Establecer el régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

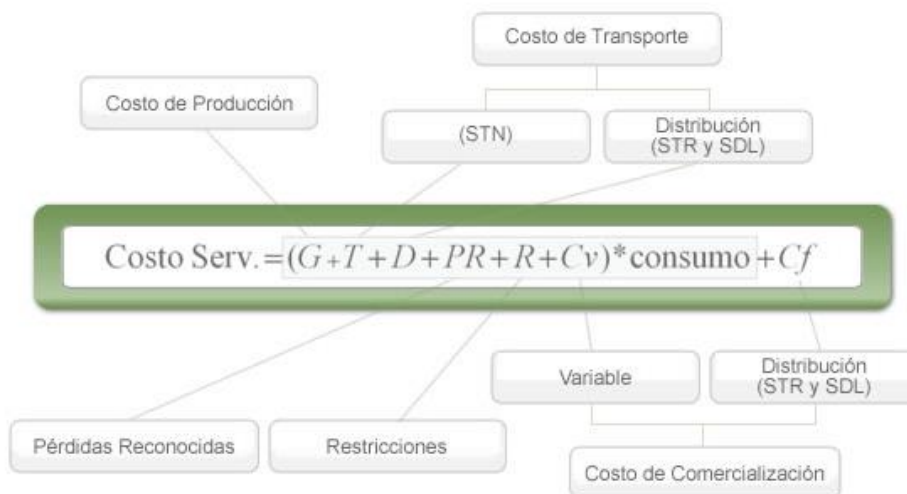
Para materializar los anteriores fines, la misma constitución y la ley han determinado la necesidad de intervención con base en los siguientes instrumentos: 1. Promoción y apoyo a personas que presten los servicios públicos. 2. Gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios. 3. Regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario. 4. Control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia. 5. Organización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica. 6. Protección de los recursos naturales. 7. Otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos. 8. Estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos. 9. Respeto del principio de neutralidad.

Ahora bien, como valor agregado y diferencia a los demás servicios públicos la Energía eléctrica es desarrollada por dos normas diferente, en primera medida claro está la ley 142 de 1994 concomitante a los demás servicios y la ley 143 del mismo año específicamente destinada para el desarrollo de este servicio público.

Como fue mencionado en el capítulo anterior mediante el artículo 69 inciso segundo, fue creada la Comisión de Regulación de Energía y Gas, como unidad administrativa especial, adscrita al ministerio de minas y energía, asignándosele entre otras funciones, 1. Crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia. 2. En el sector eléctrico la oferta eficiente tendrá en cuenta la capacidad de generación de respaldo la cual será valorada por la CREG, según los criterios que establezca la UMPE en el plan de expansión, 3. Determinar las condiciones para la liberalización gradual del mercado hacia la libre competencia. 4. Definir la metodología para el cálculo de las tarifas por el acceso y uso de las redes eléctricas y de gas. 5. Definir la metodología para el cálculo de las tarifas aplicables a los usuarios regulados de los servicios de electricidad. 6. Fijar las tarifas de venta de electricidad para los usuarios finales regulados. 7. Definir, con base en los criterios técnicos las condiciones que deben reunir los usuarios regulados y no regulados del servicio de electricidad. 8. Establecer el reglamento de operaciones para realizar el planteamiento y la coordinación de las operaciones del sistema interconectado Nacional, entre otras.

Así bien podemos determinar, que para el caso del servicio público de electricidad la función de regulación tiene relevancia en cuanto a que la intervención en la economía tiene un carácter o modelo económico previo, y ello en atención que, aunque uno de los fines esenciales de la empresa prestadora sea lucrarse de su actividad no se puede desconocer que tal operación sigue siendo un fin primordial del Estado.

Otra de las diferencias características del modelo regulatorio del servicio público de energía es que tal actividad lleva inmersa varias etapas de producción: generación<sup>14</sup>, transmisión<sup>15</sup>, distribución<sup>16</sup>, comercialización, y por ende el régimen tarifario debe contener los costos de producción de cada etapa mencionada, haciendo necesario que exista una unidad administrativa especial que determine los costos máximos y mínimos que podrán ser tenidos en cuenta a la hora de instaurar un régimen tarifario. Al respecto la resolución CREG 119 de 2007 nos pone de presenta la formulación económica determinada:



<sup>14</sup> La generación de energía eléctrica consiste en transformar alguna clase de energía, sea mecánica, química, térmica o luminosa en energía eléctrica y para realizar esto se recurre a instalaciones llamadas centrales o plantas eléctricas.

<sup>15</sup> La energía generada, ya sea hidroeléctrica o térmicamente, se transporta en grandes bloques a través de las líneas de transmisión, las cuales se interconectan por medio de subestaciones; también es llamada red de transporte de energía eléctrica. Esta red es la parte del sistema de suministro eléctrico constituida por los elementos necesarios para llevar hasta los puntos de consumo y a través de grandes distancias la energía eléctrica generada en las centrales eléctricas.

<sup>16</sup> Es la parte del sistema de suministro eléctrico cuya función es el suministro de energía desde la subestación de distribución hasta los usuarios finales. Esta distribución del servicio eléctrico es responsabilidad de las compañías suministradoras (distribuidoras) que ha de construir y mantener las líneas necesarias para llegar a los clientes.

### **C. LA CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA EN UN ENTORNO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA.**

Como hemos venido referenciando hasta este momento, la constitución política de Colombia introdujo los conceptos de libre competencia económica e iniciativa privada en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, permitiendo la libre concurrencia al mercado de personas particulares e inclusive el mismo estado, lo anterior en el desarrollo del modelo económico proteccionista; sin embargo determino que los servicios públicos tendrían un carácter esencial dentro del ordenamiento jurídico colombiano condicionando su prestación a niveles de eficiencia y continuidad del servicio, esto quiere decir que Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ser de carácter público o de carácter privado. La actividad fundamental de dichas empresas, radica en la prestación de los servicios públicos de carácter domiciliario, la prestación de estos servicios puede ser efectuada por comunidades organizadas, por particulares o por el mismo Estado. No obstante, en cualquiera de los dos casos se exige que esta se desarrolle de manera eficiente. Entendiendo por tal la capacidad que tiene el Estado directa o indirectamente para que, a través de los servicios públicos domiciliarios, se consiga el efecto determinado por la Constitución, el cual consistente en la protección y garantía de los derechos fundamentales constitucionales.

Ahora bien, sobre este aspecto hay condicionar dos factores, el primero de ellos es que como fundamento de libre empresa el carácter de la prestación de conducir a unos réditos financieros, que permitan en primera medida solventar las necesidades del sector y en segundo que se genere un lucro para la empresa prestadora claro esta ambos conceptos dentro del principio de cálida, al respecto la Corte constitucional ha dicho (Colombia. Corte Constitucional, 2004):

*Teniendo en cuenta que la prestación del servicio ha de ser eficiente y que debe respetar los principios de solidaridad y universalidad, las empresas que proporcionan el bien o servicio no pueden trabajar a pérdida, es decir, deben recuperar los costos en que incurran y asegurarse de obtener recursos para poder invertir en el mismo sector con el fin de tener unos mínimos beneficios que se traduzcan en mayor competitividad y mejores beneficios para los usuarios. De esa manera los costos fijos a los que alude la norma demandada, es decir los que reflejan los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independiente del nivel de uso, hacen que el prestador del servicio reciba cierto dinero con el cual, dentro de la libre competencia, se logre que la empresa sea viable y garantice la disponibilidad permanente del servicio y su prestación de manera eficiente.*

Otro concepto respecto de la calidad en la prestación de servicios públicos la encontramos en la (Colombia. Corte Constitucional, 2008):

**“... la eficiencia, la continuidad y la universalidad de la cobertura de los servicios públicos son fines legítimos y, además, constitucionalmente**

**importantes para el logro del bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y para la realización de los fines del Estado Social de Derecho.**

En efecto, tal como lo establece el artículo 365 Superior, el Estado debe asegurar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente en todo el territorio nacional. Por su parte, el artículo 367 constitucional, junto con el artículo 365, resaltan el deber del Estado de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Igualmente, de conformidad con el artículo 366 de la Carta, la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas en materia de saneamiento básico y de agua potable es un objetivo fundamental de la actividad del Estado, y está orientado a la consecución de los fines sociales del Estado. **Y por ello, tal como lo consagra el artículo 365, inciso 2 de la Carta, “el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios,”** ya sea que sean prestados *“directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por los particulares.”*

Anteriores puntualizaciones reafirman que el criterio que la denominada calidad, es en realidad un conjunto de factores que propenden en el ámbito de los servicios públicos por la materialización de los fines del Estado, por ende postulados como la eficiencia, y la prestación continuada no pueden ser analizadas en ámbitos distintos sino como un todo sustancial que compensa los intereses funcionales de la nación “de ahí la suficiencia y arraigada necesidad de intervenir en la economía del mercado de las empresas dedicadas a tal fin, sin embargo y solo con el fin de corroborar lo dicho traeré a colación lo mencionado por la Corte en (Colombia. Corte Constitucional, 2003):

La eficiencia como principio de la prestación de un servicio público se relaciona con la continuidad en el servicio, es decir que no debe interrumpirse la prestación salvo que exista una causa legal compatible con la Constitución. El principio de continuidad característico de los servicios públicos garantiza la posibilidad real de que la prestación del servicio sea oportuno y de él se desprende que quienes prestan el servicio no puedan realizar actos u omitir obligaciones que puedan comprometer su continuidad porque con ello limitan la efectividad en la prestación. Por ello todo lo que atente contra la debida prestación del servicio se entenderá como un acto contrario a derecho porque atenta contra el principio de la eficiencia y continuidad propio de los servicios públicos.

Continuando con la temática, la empresas prestadoras de servicios públicos, en general están sujetas a un régimen de vigilancia, que propende por las correcciones en las fallas del mercado, sin embargo, al contrastar la teoría con la realidad notamos como en cierto sectores geográficos del territorio, la garantizada competencia económica se ve menoscabada en razón a la limitada cantidad de prestadores u oferentes del servicio público de energía, a tal punto que podría decirse que existe una práctica monopolista inmersa en una competencia imperfecta dentro de las teorías del mercado, existiendo una notable contradicción en la eliminación de tales actividades como monopolio rentístico del estado, pese a ello la CREG, ha desempeñado una impecable actuación en la regulación tarifaria de estas empresas, impidiendo que concurren junto con la estructura monopolística abusos del poder dominante, por consiguiente la tarifa base del servicio se encuentra ajusta a la cotidianidad socioeconómica de la población usuaria del servicio, pero tema diferente es la

calidad en la recepción de tal asistencia, como hemos dicho antes toda actividad económica lícita que sea desarrollada ya sea por particulares o por el estado, debe basarse en un sistema de suficiencia económica y sostenibilidad financiera, (entendidos tales como la captación de recursos para solventar los factores de calidad del servicio siendo el excedente derivado del cruce de cuentas entre la generación, transmisión, distribución y comercialización la ganancia neta del prestador), a tal punto que el fundamento esencial de las empresas prestadoras del servicio de energía ha sido la de generar ganancias, pero bajo la regulación de unos topes máximos estipulados por el ente regulador. De tal suerte que los derechos fundamentales de los usuarios del servicio no se encuentran del todo garantizados, compartiendo en este aspecto lo dicho por la honorable magistrada **CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ**, en el salvamento al voto realizado dentro de la sentencia C 150 de 2003, donde puso de presente que el sistema regulatorio de las empresas de servicios públicos se encontraba enunciado para garantizar el ánimo oneroso de las empresas prestadoras antes que las garantías fundamentales de los usuarios del servicio:

En efecto, con lo resuelto en la sentencia queda en pie la expresión “si llegare a existir contradicción entre el criterio de eficiencia y el de suficiencia financiera deberá tenerse en cuenta que, para una empresa eficiente, las tarifas económicamente eficientes se definirán tomando en cuenta la suficiencia financiera”. Esto, en definitiva, conduce a lo mismo que se declaró inconstitucional. El régimen tarifario no debe tener en cuenta criterios de orden social sino la eficiencia en términos económicos y la suficiencia financiera. Dicho de otra manera, el criterio social queda como subalterno del criterio económico. Las ganancias importan más que el hombre. Los servicios públicos no se prestan cuando no sean rentables. Quienes no los puedan pagar de manera que la empresa genere utilidades no tienen derecho a la satisfacción de la necesidad de los mismos. Y, como es evidente, ello se opone a la concepción del Estado Social de Derecho.

### **D. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EMPRESA CUANDO NO SE CUMPLA CON EL FACTOR DE CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA (INTERVENCIÓN EX ANTE E INTERVENCIÓN POSTERIOR).**

Recapitulando encontramos: primero, que gracias a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, Colombia adoptó un modelo económico basado en la libertad de empresa e iniciativa privada, fundamentado en los artículos 333 y subsiguientes de la carta política, proscribiendo los modelos económicos liberales y entrelazándose en modelos de regulación y bienestar con el fin de garantizar el libre desarrollo privado en marcos estructurales de interés general al imponerle una función pública a la propiedad privada; de igual manera, fueron promulgados conceptos genéricos y consensuados respecto del entendimiento de la práctica económica privada, a tal punto de considerar tal actuación como una garantía Constitucional de naturaleza racional, pero condicionando la misma a funciones de inspección vigilancia y control de los agentes que concurren al mercado con el objeto de evitar comportamientos abusivos que afecten la competencia.

Segundo, que la misma Constitución desestimó la prestación de servicios públicos domiciliarios como monopolio rentístico del Estado, permitiendo la libre concurrencia al

mercado tanto de actores privados como de agentes estatales, pero imponiendo cargas adicionales en el desarrollo de esta actividad, dotando al presidente de la republica de funciones de vigilancia y control e instituyendo por reserva de ley Entidades administrativas especiales (Comisiones de regulación) para coadyuvar la función de intervención del estado en la Economía; a la par de extrapolar la prestación de servicios públicos a un principio fundamental del Estado Social de Derecho asignándosele las competencias y responsabilidades en los artículos 365 a 370 de la Constitución política enfatizando que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y como tal, es deber del Estado asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio Nacional.

Tercero, se determinó, que el Mercado Económico no es un fenómeno Natural sino que depende 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 exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. (Colombia. Corte Constitucional, 2003)

Cuarto, que a través de la promulgación de la ley 142 de 1994, se introdujo un marco regulatorio para la fijación de tarifas de los servicios públicos, determinándose que la Intervención Estatal en el ámbito Socio Económico obedece a funciones catalogadas en cuatro grandes categorías, **1. La función de redistribución del ingreso y la propiedad**,<sup>17</sup> **2. La función de estabilización económica**,<sup>18</sup> **3. La función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados por la constitución**<sup>19</sup> y **4. Todas las anteriores dentro de un contexto de intervención general encaminadas a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social**.<sup>20</sup> (Colombia. Corte Constitucional, 2003)

Quinto. Se determinó que el servicio público de energía tienen unas características especiales, derivadas principalmente de procedimientos de producción de la energía eléctrica, y por lo tanto es óbice para que las acciones de regulación, especialmente las instaurados por la CREG sean más rígidos que los estipulados para otros tipos de servicios públicos, determinándose que uno de los fines primordiales es la prestación eficiente y continuada del servicio, ejemplificándose los modelos de intervención en la economía desde el punto de vista tarifario.

Sexto se determinó que los sistemas de regulación tienen falencias en el sentido que aunque se maneja un modelo económico de intervención previo para permitir la distribución y comercialización de la energía eléctrica, el alcance de los actos administrativos emitidos por las comisiones de regulación omiten la verificación de la calidad del servicio por ende es insuficiente la metodología para la materialización de la continuidad del mismo, sin embargo si se encuentra totalmente controlado el aspecto tarifario y la posición de oferta y demanda en un régimen en su mayoría monopolista.

---

<sup>17</sup> Preámbulo C. P. 1991.

<sup>18</sup> Artículos 334 inc. 1, 1, 339, 347, 371, y 373 C.P. 1991.

<sup>19</sup> Artículos 49 y 150 numeral 18 C.P. 1991.

<sup>20</sup> Artículos 58, 333 y 334 C.P. 1991.

Así bien, la posible solución a la problemática planteada (es decir a la eficiente calidad del servicio público de energía) es incrementar el costo de las sanciones impuestas por la CREG, y limitar la libre competencia económica cuando la corrección de las fallas del mercado no sea suficiente para normalizar un equilibrio económico con los derechos fundamentales de los receptores del servicio, adoptándose por disposición legal un comité técnico y especializado encargado únicamente de la medición de los estándares de generación y distribución de la energía eléctrica, toda vez que la CREG, hasta el momento ha suplido las necesidades frente al tema de la comercialización.

### **E. UNA MIRADA DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNACIONAL**

En el ámbito internacional la regulación del estado en materia de servicios públicos se ha regido buscando los fines del estado de cada una de las naciones es así, como en cada momento histórico se buscan fines distintos siendo esto la base de la regulación en materia de desarrollo de energía eléctrica. Exponemos caso como en Gran Bretaña existe un sistema radicalmente diferente al estadounidense. Allí buena parte de las funciones de regulación son adelantadas por organismos altamente especializados denominados "quangos" (Quasi Autonomous Non Governmental Organisations)<sup>114</sup>. Estos se ocupan de "funciones que el gobierno desea desempeñar sin que se comprometa la responsabilidad directa de un ministerio o un departamento ministerial"<sup>115</sup>. El número de "quangos" ha crecido vertiginosamente. A pesar de ser pocos a principio de siglo –alrededor de diez– ya giraba alrededor de cien en 1959 y se calcula que existían alrededor de 3000 en la pasada década<sup>116</sup>. Las tareas confiadas a estos organismos son muy variadas y comprenden, por ejemplo, la información, control y regulación de ciertos sectores económicos, como el de las industrias privatizadas, y servicios sociales, como el de la salud, la alocación de fondos públicos, el control de subvenciones, o el manejo de diplomas o becas escolares y universitarias. Los quangos son creados a partir de la decisión de una autoridad pública – una ley, un decreto real o una simple decisión ministerial–; varios de ellos ejercen funciones jurisdiccionales como tribunales administrativos hiper especializados en determinado tipo de controversias usualmente relativas al goce de derechos sociales. La responsabilidad de éstos organismos en relación con las autoridades políticas es limitada e indirecta por ser considerados técnicamente especializados. Igualmente, los quangos gozan de un nivel alto de autonomía. (Colombia. Corte Constitucional, 2003)

### **ALEMANIA**

Por su parte, se observan unas pocas entidades, llamadas "espacios libres de control gubernamental"<sup>119</sup> en el seno de la rama ejecutiva. El primero de ellos fue el Banco Federal Alemán (Bundesbank), creado a partir de la Ley de 26 de Julio de 1957, el cual se encarga de reglamentar lo concerniente a la circulación de la moneda, las condiciones crediticias y la política monetaria. Estos organismos son unidades de la administración, no sujetos a órdenes del gobierno quien a su vez no es responsable frente al parlamento respecto de las actuaciones que éstos adelanten. La mayoría de dichos organismos tienen un amplio margen de independencia<sup>120</sup>, entre otras cosas, en el ámbito de la prestación de algunos servicios públicos<sup>121</sup>. (Colombia. Corte Constitucional, 2003)

## ESPAÑA

Por su parte, en España, la ley ha creado unas pocas entidades de derecho público "independientes de la administración central del Estado". El primero de estos organismos fue el Consejo de Seguridad Nuclear, creado en 1980. Estas autoridades, denominadas "administraciones independientes", regulan las actividades de sectores como el de la energía nuclear, el de la radio y la televisión (Consejo de Radio–Televisión Española) o el del mercado de valores (Comisión Nacional del Mercado de Valores). Entre las competencias de estas administraciones independientes se incluyen funciones como emitir informes con carácter vinculante para la denegación de concesiones, así como la de realizar investigaciones e inspecciones. Los directores de tales entidades son escogidos por el Gobierno después del sometimiento de los candidatos al Congreso de Diputados. El nombramiento es irrevocable durante la duración de su mandato. Las autoridades independientes no reciben ninguna instrucción por parte del gobierno, pero éste, a su vez, no es responsable ante el parlamento de los actos de tales autoridades.

### Marco Teórico

Así entonces, vemos como para nuestro ordenamiento jurídico no es indiferente esta estructura del mercado y muy por el contrario es conocedor de las bondades o defectos que pueden producirse dentro de él, pero frente a ambas consecuencias ha instaurado medidas constitucionales; así bien, en cuanto a la primera ha dispuesto un articulado que garantiza y materializa la dinamización de la economía a través de la libre competencia e iniciativa privada pero a su vez frente a la segunda ha instaurado unos mecanismos específicos para intervenir en las condiciones del mercado, denominando tal intervención como corrección de las fallas del mercado. Conceptualizaciones que pueden verse en los fallos de la Corte Constitucional (Colombia. Corte Constitucional, 2017)

*“La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada. Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta.”*

Ahora bien, el desarrollo legal de los servicios públicos domiciliarios fue introducido al ordenamiento jurídico mediante la ley 142 de 1994, siendo integrada por 189 artículos, abarcando dentro de ellos, lo referente al servicio público de Acueducto, Alcantarillado,

Saneamiento básico, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil así como disposiciones respecto del servicio público de Electricidad<sup>21</sup>, siendo este último desarrollado en su totalidad en la ley 143 del mismo año, destacando los principios generales sobre los cuales debe desarrollarse la prestación del servicio y definiendo el objeto de las empresas destinadas para tal fin (Artículo 18), enfatizando tempranamente en los factores de libre competencia Económica (Artículo 10, 15 inc. 2) e intervención del estado en la prestación de los servicios públicos (Artículos 2 y 3) y claro está destacando el nivel esencial que ostentan aquellos (artículo 4), estipulándose en igual sentido los derechos de los usuarios (artículo 9).

Pese a lo anterior, el legislador previendo las posibles circunstancias adversas que podrían generarse en el desarrollo de la prestación del servicio, (más cuando tal actividad fuera desplegada por particulares y pudiéndose presentar condiciones monopolistas como manifestación de la competencia imperfecta) y armonizando los conceptos de intervención del Estado en la economía, doto la ley 142 de 1994 con mecanismos de control que minimizaran lo riesgos y las fallas en el mercado, destinando para tal fin el capítulo tercero de la ley a la creación y funcionamiento de las Comisiones de Regulación, al respecto se hace necesario transcribir el artículo 69 de la citada ley para corroborar lo afirmado:

*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:*

*69.1. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico.*

*69.2. Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.*

*69.3. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.*

Sin embargo, la ley omitió determinar la conceptualización de la actividad regulatoria, por ende, en primera medida podríamos decir que la regulación es una forma de intervención del estado en la Economía que restringe, influencia y condiciona la conducta de los agentes económicos, obligando a las empresas reguladas a actuar de manera distinta a como actuarían si no existiera regulación, En palabras de la Honorable Corte Constitucional la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la

---

<sup>21</sup> **Artículo 10. Ámbito de aplicación de la ley.** Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios 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 las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley.

evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo (Colombia. Corte Constitucional, 2003), como otro concepto de regulación puede decirse que es la actividad de la administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a propósitos de interés general objetivamente determinadas según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realizada por la administración. (Pascual, 2014), de lo expresado, podemos extraer que el común denominador del concepto trae inmerso un conjunto de normas de carácter general y específico proferidos en su mayor parte por agentes Estatales que intervienen directamente en las condiciones de mercado de las empresas destinadas a la prestación de servicios, buscando un equilibrio económico e interviniendo en las decisiones de oferta y demanda de dichas Empresas.<sup>22</sup>

Uno de los aspectos fundamentales que agregar al respecto, es que la regulación hace parte de una de las formas como interviene el estado en la Economía, existiendo diferentes tipos de articulaciones de contenido Macro para tal cometido, como bien lo pone de presente la sentencia (Colombia. Corte Constitucional, 2003) al mencionar lo siguiente:

*La intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en la doctrina se habla de intervención estatal global, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa; de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica, o intervención convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo el mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas*

Una vez aclarada la significación de la regulación, procederemos a enunciar las principales características que lo conforman como ámbito de intervención del Estado en la Economía específicamente en el ámbito de los servicios públicos:

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.).

---

<sup>22</sup> Una de las características principales de estos órganos de regulación especializados por áreas de actividad reside en su independencia y autonomía.

## LIMITES A LA REGULACION ADMINISTRATIVA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

Segundo, la distribución de competencias entre el legislativo y el ejecutivo en estas materias no sigue la técnica de las leyes marco, usual cuando se trata de regular sectores económicos (art. 150 núm. 19 de la C.P.). Por eso, el principio de reserva de ley exige que el legislador no se limite a definir un marco general. Como el régimen de los servicios públicos es fijado por una ley ordinaria, el legislador puede ocuparse de aspectos puntuales y específicos respecto de la regulación de los servicios públicos.

Tercero, dado que el constituyente no estableció la técnica de las leyes marco en esta materia, el legislador dispone de un mayor margen de configuración para determinar las estructuras responsables de hacer cumplir las políticas por él trazadas (art. de la 367 C.P.).

Cuarto, a este mayor margen de configuración del legislador corresponden unos límites de orden sustantivo orientados a asegurar que la regulación de los servicios públicos responda a los principios constitucionales fundamentales, en especial a los principios que fundamentan el Estado social de derecho (arts.: 1°, 334, 366 y 367 de la C.P.) y la democracia participativa (arts. 1°, 13, 2°, 40, 78 y 369 de la C.P.).

Quinto, a pesar de estas características, la regulación de los servicios públicos tiene fines sociales semejantes a los de la intervención estatal en la dirección de la economía, como, por ejemplo, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y el acceso de las personas de menores ingresos a los servicios básicos, los cuales son inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365, inc. primero de la C.P.).

Sexto, que los medios de regulación en el caso específico de los servicios públicos se basa en principalmente en el control del régimen tarifario solventándose criterios tales como: **1.** La eficiencia económica, **2.** Neutralidad, **3.** Solidaridad, **4.** Redistribución, **5.** Suficiencia Financiera, **6.** Simplicidad y **7.** Transparencia.

Significa lo anterior que las restricciones a las libertades económicas han de tener origen y fundamento en la ley, aun cuando ello no excluye la intervención de otras autoridades para regular su ejercicio. En este sentido, refiriéndose justamente a la prestación de servicios públicos domiciliarios, la honorable Corte Constitucional ha advertido que (Colombia. Corte Constitucional, 2013) :

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

## **Bibliografía**

- Colombia. Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-369. Bogotá D.C.: M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Colombia. Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-150. Bogotá D.C.: M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-041. Bogotá D.C.: M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-226. Bogotá D.C.: M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional. (2008). Sentencia C-739. Bogotá D.C.: M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Colombia. Corte Constitucional. (2010). Sentencia C-228. Bogotá: M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-197. Bogotá D.C.: M.P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia. Corte Constitucional. (2013). Sentencia C263 . Bogotá: M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia. Corte Constitucional. (2017). Sentencia C-032. Bogotá D.C.: M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Jasma, F. A. (Diciembre de 2014). Derecho de la Libre Competencia . Santiago, Chile: Revista Chilena de Derecho Privado .
- Moreno, L. F. (2010). En *Regulacion de energía y gas: Estudio juriídico y económico* (págs. 28-29). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Pascual, J. J. (Junio de 2014). Obtenido de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/viewFile/3993/4294>
- Sainz de Abajo, B. (Septiembre de 2009). Propuesta de un modelo de regulación ex ante para la mejora de las condiciones de competencia en los nuevos mercados de distribución de contenidos digitales. Montería, Córdoba, Colombia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- Sentencia, C-205 (Corte Constitucional 11 de Mayo de 1995).