

A
90789

COLECCIÓN Documentos SSPD

LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN SERVICIOS PÚBLICOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

HUGO PALACIOS MEJÍA



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS
PÚBLICOS DOMICILIARIOS
2007

95308

La Protección de la competencia en Servicios Públicos

Fundamentos Constitucionales

DL1594.

Hugo Palacios Mejía

Acto Legal ☒ No. 1594

Compra ☐ Donación ☐

Compra ☐

Procedencia 9/03/08

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Cra. 18 No. 84-35 PBX: 691 3005

www.superservicios.gov.co

Correo electrónico: sspd@superservicios.gov.co

Diseño, diagramación e impresión

Imprenta Nacional de Colombia

ISBN 978-958-96423-6-8

Bogotá, D. C., Colombia. Junio 2007

A 70-187

PRESENTACIÓN

Un tema de la mayor importancia en una economía de mercado es la protección de la competencia, asunto que en Colombia tiene especial amparo, de manera particular, en el artículo 333 constitucional. En el caso de los servicios públicos esta materia adquirió gran relevancia al consagrar el artículo 365 superior que tales servicios ya no los presta sólo el Estado, sino también los particulares y las comunidades organizadas. A la par con estas reglas de competencia, el Estado se reservó dos importantes funciones: la regulación y el control, función, esta última, que tratándose de los servicios públicos domiciliarios tiene una especificidad que es ajena a otros servicios y consiste en que por disposición del artículo 370 de la Constitución se encomendó a un solo órgano —la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios—, de manera exclusiva, la vigilancia y el control de las entidades que presten tales servicios.

Sin embargo, a pesar de la clara prescripción del artículo 370 citado y de los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional en el sentido de que la ley no puede atribuir a autoridad distinta de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios materia alguna relacionada con la vigilancia y control de las entidades que prestan esos servicios, se han presentado a consideración del Congreso de la República varias iniciativas de reforma legislativa con la pretensión de trasladar funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a otros órganos del Estado.

Uno de esos intentos de reforma legislativa fue el proyecto de ley 108 de 2005 Cámara (ya archivado), mediante el cual se

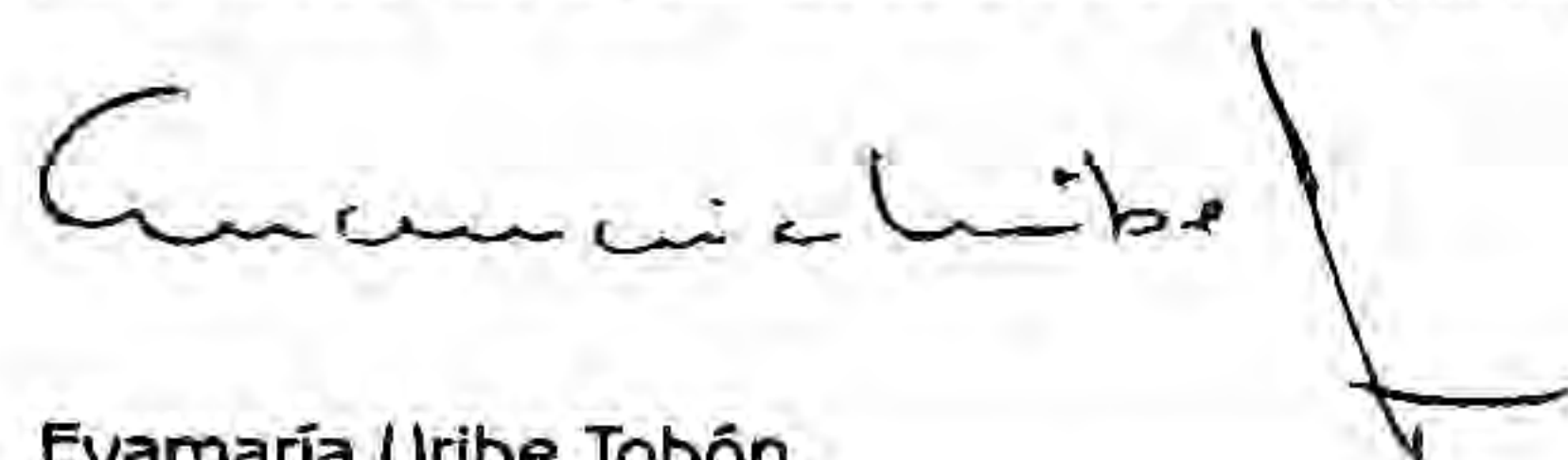
343.09

buscaba transferir a la Superintendencia de Industria y Comercio las facultades que en materia de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia le atribuyen a la Superintendencia de Servicios Públicos el numeral 32 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 en cumplimiento del mandato del artículo 370 de la Constitución.

Pues bien, a raíz del trámite legislativo del proyecto de ley 108 y dadas las fuertes implicaciones negativas que el proyecto de reforma podía tener en el esquema regulación, vigilancia y control diseñado en la Constitución para el sector de los servicios públicos domiciliarios, esta Entidad encargó al Profesor Hugo Palacios Mejía la elaboración del análisis del citado proyecto.

Como resultado del estudio del proyecto de ley 108, el profesor Palacios Mejía elaboró el documento "La Constitución y la Especialización de las funciones de protección a la Competencia en materia de Servicios Públicos Domiciliarios", en el cual expone las razones de orden constitucional y de inconveniencia por las cuales tal iniciativa debía ser archivada.

Teniendo en cuenta el rigor conceptual del referido estudio, esta Superintendencia ha decidido difundir el documento del profesor Palacios Mejía, el cual, no dudamos, será de gran interés para todos los estudiosos de estos importantes temas.



Evamaría Uribe Tobón

Superintendente de Servicios Públicos

LA CONSTITUCIÓN Y LA ESPECIALIZACIÓN DE LAS FUNCIONES DE PROTECCIÓN A LA COMPETENCIA EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

HUGO PALACIOS MEJÍA¹
ENERO DE 2006.

I. PROPÓSITO

Este documento contiene un estudio jurídico general sobre los aspectos constitucionales y legales de la facultad que tiene la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para la inspección, control y vigilancia de las prácticas de los prestadores de tales servicios en cuanto pueden afectar la competencia en el mercado.

El documento subraya la necesidad de atribuir a la Superintendencia la facultad de actuar en prevención frente a los proyectos de integración de empresas en el sector.

Pero, sobre todo, el documento analiza la propuesta de trasladar a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de vigilar las prácticas competitivas de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. En diversas ocasiones se ha propuesto tal traslado; y, recientemente, apareció en la Cámara de Representantes en el proyecto de ley 108 de 2005, ya archivado.

¹ SOCIO Y REPRESENTANTE LEGAL DE LA FIRMA "ESTUDIOS PALACIOS LLERAS SA."; EX MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; EX GERENTE DEL BANCO DE LA REPÚBLICA; "PROFESOR DISTINGUIDO" DE LA UNIVERSIDAD JAVERIANA.

El documento sostiene que tal traslado violaría la Constitución Política, además de ser inconveniente.

II. PARTICULARIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

1. EL CONCEPTO BÁSICO

He señalado en otras ocasiones² que, de acuerdo con la Constitución, pueden considerarse como "servicios públicos domiciliarios" todas las actividades ordenadas a la generación o captación, transformación, transmisión o transporte, distribución, comercialización y provisión masiva de aquellos bienes de consumo y servicios de naturaleza homogénea, producibles en masa por empresas y mediante un régimen de tarifas que, en cada etapa de desarrollo económico y social, todos los residentes en el país necesitan en forma continua en su lugar de habitación y trabajo para disfrutar en este de libertad e intimidad frente a terceros, vivir en forma digna y saludable y adelantar actividades productivas.

2. CARACTERÍSTICAS CONSTITUCIONALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Con base en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede afirmarse que los "servicios públicos domiciliarios" tienen ciertas características especiales, que los distinguen de bienes y servicios que se transan en otros mercados, donde corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio o a otras entidades aplicar las reglas sobre competencia. Tales características son:

- I) A diferencia de otros bienes y servicios, tienen una estrecha conexión con los derechos fundamentales³.
- II) Los bienes o servicios provistos pueden utilizarse en distintas cantidades, pero el uso o consumo de ciertas cantidades mínimas es indispensable para atender necesidades "básicas" de las personas (artículo 368).
- III) Según el artículo 2 de la Constitución, en relación con dichos servicios, las autoridades tienen ciertos deberes sociales. Por su parte, el artículo 365 señala que: i) son inherentes a la finalidad social del Estado, y ii) que es deber del mismo "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". Deberes que no están presentes en relación con otro tipo de bienes o servicios.
- IV) Al afirmar que todas las personas deberían recibir la posibilidad de usar al menos ciertas cantidades mínimas deseables, ello (artículo 368) implica que los bienes y servicios respectivos tienen una naturaleza "masiva", y dentro de cada especie, homogénea.
- V) Su prestación depende de la existencia de una infraestructura, limitada y expandible. Y como quiera que la carencia de los servicios tiene un enorme impacto negativo en el bienestar de la población, hay razones humanitarias y de eficiencia social que imponen el objetivo de extender la cobertura.
- VI) Los bienes y servicios que se proporcionan son susceptibles de controles objetivos de calidad y de eficiencia (artículos 367 y 370 de la Constitución Política).
- VII) Los servicios públicos domiciliarios pueden ofrecerse a la población por medio de un régimen tarifario (artículo 367 de la Constitución Política).

³ SI BIEN, EN PRINCIPIO, EL DERECHO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS, QUE COMPRENDE I) LA EXISTENCIA DEL SERVICIO MISMO, Y II) LA CALIDAD EN LA PRESTACIÓN, NO ES "FUNDAMENTAL" NI TUTELABLE EN SI MISMO. EN NUMEROSAS OCASIONES LA CORTE HA ENCONTRADO CONEXIÓN ENTRE AQUEL Y CIERTOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Y POR LO TANTO, HA TUTELADO EL DERECHO A RECIBIR CIERTOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. (POR EJEMPLO, LAS SENTENCIAS T-325 DEL 14 DE JULIO DE 1994 Y T-463 DEL 26 DE OCTUBRE DE 1994).

² PALACIOS MEJIA, HUGO. "EL DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS". ED. DERECHO VIGENTE, 1999, PÁGINA 42.

- VIII) La Constitución permite que ese régimen tarifario incluya contribuciones a cargo de ciertos usuarios de especial capacidad económica, con el propósito de financiar subsidios para los usuarios más pobres.
- IX) De acuerdo con el artículo 368 de la Constitución, la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas pueden ayudar a las personas de menores ingresos a pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, en cuanto sea necesario para cubrir sus necesidades básicas, por medio de subsidios en sus respectivos presupuestos.
- X) El artículo 369 de la Constitución otorga a los usuarios, respecto de las empresas estatales que presten el servicio, y solo respecto de ellas, derechos típicos del propietario, como son los de "gestión y fiscalización".

3. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Además de la gran incidencia de los servicios públicos domiciliarios en la calidad de vida de las personas, desde el punto de vista económico, esta industria se caracteriza porque: i) tiene externalidades que justifican la intervención del Estado, y ii) su mercado es propicio para el desarrollo de economías de escala y por tanto tiende hacia la conformación de monopolios⁴.

Este es un sector en donde, tradicionalmente, ha habido grandes "barreras económicas de entrada", y, por lo tanto, conseguir competencia en él es mucho más difícil que en otros sectores, cuyas reglas de competencia debe proteger la Superintendencia de Industria y Comercio. Al mismo tiempo, es más probable en este sector la presencia de abusos de posición dominante.

⁴ RECORDAMOS QUE ALGUNOS CONSTITUYENTES DE 1991 OPINABAN QUE, POR RAZÓN DE LAS INDIVISIBILIDADES Y ECONOMÍAS DE ESCALA EN SU PRESTACIÓN, LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS PODRÍAN SER "MONOPOLIOS NATURALES". GACETA CONSTITUCIONAL, MARTES 9 DE ABRIL DE 1991, NO. 41, P. 26.

De otro lado, para proteger efectivamente a los usuarios, y con ello hacer realidad los mandatos constitucionales sobre

"derecho a la competencia" en los servicios públicos domiciliarios, es preciso que el régimen se extienda no solo a la comercialización, sino también a las etapas de generación y transmisión, cuando ello es posible por la naturaleza del servicio.

No es por eso casual que la Constitución le haya dado al sector un régimen especial y que se haya ocupado directamente en el artículo 370 de señalar, por su nombre, una entidad encargada de asegurar la inspección, control y vigilancia del sector; o de que el Congreso colombiano, obrando para atender una conminación de origen constitucional, haya aprobado las leyes 142 y 143 de 1994.

Cualquier proyecto que ignore la importancia de las diferencias anotadas entre el sector de los servicios públicos domiciliarios y otros sectores de la economía resulta opuesto a la Constitución y, lo que es peor, implica el regreso a una visión premoderna del impacto de tales servicios en el desarrollo económico y social del país.

III. LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

La Constitución de 1991 fue pionera —quizás en el mundo— en incluir normas especiales en materia de servicios públicos domiciliarios.

De acuerdo con la Constitución, la intervención del Estado en los servicios públicos tiene como finalidad principal asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

De acuerdo con la Constitución, i) los servicios públicos están sometidos al ordenamiento jurídico que determine la ley, y ii) pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.

El actual régimen constitucional y legal sobre servicios públicos domiciliarios está construido sobre la premisa de que la mejor manera de atender los fines sociales relativos a los servicios públicos domiciliarios consiste en buscar expansiones de cobertura y eficiencia. Para ello se aprovecha, en lo posible, el interés de los particulares en obtener una rentabilidad, sin perjuicio de que el Estado intervenga para asegurar que ese interés se desarrolle dentro de ciertos límites, y para proveer de subsidios a los usuarios más pobres.

Por eso, debido a la especial naturaleza de los servicios públicos domiciliarios, inherentes a la finalidad social del Estado, a este corresponde:

- I) la garantía de su prestación;
- II) la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios;
- III) el deber de fijar, a través de la ley, las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Para el desarrollo de los objetivos mencionados, el Estado deberá atender: i) los términos generales de la intervención en la economía según lo dispuesto por los artículos 333 y 334, y ii) el articulado especial del Capítulo V del Título XII de la Constitución.

1. REGLAS GENERALES: LA INTERVENCIÓN DEL ARTÍCULO 334

De acuerdo con el artículo 334 de la Constitución, el Estado a través del Congreso intervendrá en los servicios públicos, para racionalizar la economía con el fin de conseguir: i) el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, ii) la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, y iii) la preservación de un ambiente sano. En particular se busca

asegurar que "todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos". (Subrayas fuera de texto).

2. REGLAS ESPECIALES: EL CAPÍTULO V DEL TÍTULO XII DE LA CONSTITUCIÓN

En el artículo 370 de la Constitución se le otorgó al Presidente de la República la atribución de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y de ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los prestan.

Por razón de su alto origen constitucional, dicha atribución y la forma de ejercerla no pueden modificarse con base en el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución, que establece que le corresponde al Congreso determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar superintendencias, y señalar sus objetivos y estructura orgánica.

Sin embargo, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 150 de la Constitución, el Congreso podrá expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia (art. 150.8) y, por supuesto, la inspección y vigilancia en materia de prestación de servicios públicos domiciliarios.

Esta facultad concuerda con el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución, que permite al Congreso regular a través de normas generales los objetivos y criterios que debe aplicar el Gobierno para fijar los límites a la libertad económica. La facultad de inspección, control y vigilancia es indispensable para asegurar la obediencia a tales límites.

Como ya se mencionó, el objetivo principal constitucional, en materia de servicios públicos domiciliarios, es asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. De

manera especial, en consonancia con la Constitución, la Ley 142 de 1994 busca que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas y establecer un régimen de derechos y deberes de los usuarios.

La inspección, control y vigilancia del Estado sobre la prestación de los servicios públicos debe buscar, entonces, en primer término, asegurar que esos propósitos constitucionales tengan cumplimiento. Pero no solo ellos sino, como explicaré en seguida, los propósitos relativos a la protección de la competencia.

IV. LA CONSTITUCIÓN Y LA COMPETENCIA

De acuerdo con la teoría económica, la existencia de competencia perfecta, entre otros requisitos, es indispensable para que una sociedad pueda conseguir que aquellos recursos de que dispone permitan producir la mayor cantidad de bienes y servicios posibles para sus habitantes.

Como señala el tratadista Juan Ignacio Font

... "En el campo de la circulación de bienes y servicios y, en general, en el ejercicio de toda actividad económica organizada dentro de un sistema económico capitalista, la competencia tiene una relevancia fundamental, hasta el punto de que se la ha llegado a considerar el alma del comercio y, más modernamente, el motor del sistema de economía de mercado"⁵.

Uno de los aspectos centrales de la Constitución de 1991 consiste en haber establecido reglas de estímulo y protección a la competencia que obligaron a producir cambios drásticos en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Por regla general, hasta que se promulgó la Constitución Política, y en particular hasta antes de la Ley 142, los prestadores de los ahora llamados

⁵ JUAN IGNACIO FONT GALÁN. "CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA". (EDITORIAL TECNÓN, MADRID, 1987).

servicios públicos domiciliarios eran empresas estatales que actuaban en condiciones monopolísticas.

Entre las normas que impulsaron el cambio vale destacar el inciso segundo del artículo 333 de la Constitución, el cual señala que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La Constitución misma incluyó "la libre competencia económica" dentro de los "derechos colectivos" (Art. 88).

Por ello, si bien los empresarios tienen un "derecho" a competir, desde la óptica constitucional existe un mayor énfasis en el derecho de los consumidores a que los empresarios compitan.

V. EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

En el ordenamiento legal colombiano las normas sobre "prácticas restrictivas de la competencia" tienen como precedente fundamental la Ley 155 de 1959, y las normas que la han complementado o sustituido.

Estas normas, a la luz de la Constitución de 1991, se aplican e interpretan ahora en función de fines constitucionales explícitos, por las razones expuestas arriba.

El artículo 1º de la Ley 155 de 1959, modificado por el decreto 3307 de 1963, señala:

Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

Par. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que, no obstante limitar la libre compe-

tencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

Los artículos 47 y 48 del decreto 2153 de 1992 señalan actos o acuerdos que se consideran contrarios a la libre competencia. Recientemente, además, la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones expidió la decisión 608, que contiene "normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina".

Aunque estas reglas son aplicables a las empresas de servicios públicos domiciliarios, el hecho de que el constituyente hubiese advertido que la prestación de servicios públicos domiciliarios atiende problemas económicos y sociales muy peculiares, y que, por eso, hubiese querido crear normas especiales sobre la materia, exigía que también el legislador abordara el tema de las prácticas restrictivas de la competencia en forma especial para este sector.

De esta manera, el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 dispuso:

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:

(...)

(He subrayado)

Pero, aparte del artículo 34, la Ley 142 contiene en el artículo 133 un amplio catálogo de reglas enderezadas a proteger los derechos del usuario frente al eventual intento de las empresas prestadoras de servicios públicos de abusar de la "posición dominante" que, según la ley, ellas usualmente tienen frente a sus usuarios. Tal "posición dominante" surge, por supuesto, cuando,

por diversas circunstancias, no existe competencia amplia en la prestación de servicios.

Una de las circunstancias que puede poner en peligro la libertad de competencia en una sociedad y conducir a situaciones de "posición dominante" consiste en las integraciones empresariales. Los artículos 4 de la Ley 155/59, 5 del Decreto 1302/64 y 51 del Decreto 2153/92 otorgan a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de objetar las integraciones empresariales en los supuestos allí descritos.

En materia de servicios públicos domiciliarios, por su parte, el legislador no fue ajeno a esa preocupación, aunque reguló el problema desde una perspectiva diferente. Así, el numeral 25 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 atribuye a las Comisiones de Regulación la facultad de 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.

Pero en el asunto específico de la prevención de integraciones empresariales inconvenientes, la Ley 142 se quedó corta, pues, como explicaré adelante, no existe en las normas que rigen el sector una facultad que permita a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios revisar en forma previa, y detener eventualmente, integraciones empresariales que puedan ser contrarias a la competencia. En general, la Ley 142, para facilitar la innovación empresarial, evitar indebida intromisión burocrática en el sector y evitar tentaciones de corrupción, es opuesta a exigir a los empresarios "permisos previos" antes de realizar sus actividades. Sin embargo, es claro que la dificultad de deshacer una integración anticompetitiva, una vez realizada, puede ser muy alta, y muy grandes los perjuicios sociales resultantes de ella, por lo que parece conveniente tomar en el futuro la iniciativa de otorgar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la facultad de revisar, previamente, los proyectos de integración empresarial.

Las múltiples normas sobre protección de la competencia que contiene la Ley 142 de 1994 exigen, como es lógico, que exista una autoridad con facultad para vigilar su cumplimiento. Y, como expliqué arriba, la Constitución determina, en el artículo 370, que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejerza el control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan esos servicios.

VI. LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: FACULTADES EN MATERIA DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

La restricción indebida de la competencia tiene un matiz diferente en el sector de los servicios públicos domiciliarios al del resto de la economía.

La Corte Constitucional, por ejemplo, hizo el siguiente análisis:

El demandante agrega que el régimen de libertad de los servicios públicos es incompatible con el bienestar general y con los demás fines que la Carta persigue por medio de su prestación. No comparte la Corte este argumento. En efecto, como ya se anotó en el apartado referente a los fines de la función estatal de regulación, el Estado interviene en la economía con el propósito, entre otros, de asegurar el adecuado funcionamiento del mercado y corregir las llamadas "fallas de mercado".

En ese sentido, es del caso recordar que el artículo 333 de la Constitución prescribe que "la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades". De ahí que las normas acusadas prevean que las empresas tendrán libertad para establecer sus tarifas siempre y cuando haya condiciones de competencia y que esta redunde en beneficio "de todos".

El legislador, en ejercicio del margen de configuración del que dispone, ha considerado que la competencia económica entre empresas prestadoras de servicios públicos, cuando ella sea posible en los términos que el propio legislador determina, es un

medio adecuado para satisfacer las necesidades de la población. Pero también previó que cuando el mercado falle las comisiones de regulación pueden determinar el paso del régimen de libertad tarifaria al régimen de regulación y que dentro de este la autonomía de los oferentes se sujete a las fórmulas fijadas por la comisión respectiva.

De esta manera se busca que los servicios públicos domiciliarios se encuentren sujetos a regímenes regulatorios por medio de los cuales se garantice el cumplimiento de los fines sociales que les son inherentes, de acuerdo con las características cambiantes del escenario económico en el cual se prestan dichos servicios, según se señaló en el apartado sobre el tema.

En atención a la obligación que tiene el Estado de mantener la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, la ley también ha previsto una serie de disposiciones orientadas a evitar que comportamientos contrarios al mercado conlleven a que la libre competencia no sea un derecho en beneficio de todos, que es la razón por la cual la Constitución lo protege, sino un derecho del cual abusarían quienes se encuentran en una situación de predominio para beneficio propio y en perjuicio de los demás, que son la gran mayoría de los usuarios. Así pues, la "prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas" y la de "prácticas tarifarias restrictivas de la competencia", según lo prescrito por los artículos 34 y 98 de la Ley 142 de 1994, respectivamente, obedece al propósito del legislador de proscribir comportamientos que vulneran el derecho a la libre competencia económica, reconocido en el artículo 333 de la Constitución.

En este orden de ideas, la Corte concluye que el numeral 2.6. del artículo 2º, el artículo 34, el numeral 86.1. del artículo 86 y el artículo 98 de la Ley 142 de 1994 establecen un régimen ajustado a lo prescrito en los artículos 333, 334 y 365 de la Constitución. Por lo tanto, la Corte declarará su exequibilidad por el cargo analizado.

El numeral 14.11 del artículo 14 también se ajusta a la Carta en el entendido de que la información debe ser enviada previa-

mente a la comisión de regulación competente y que esta debe garantizar oportunamente a los usuarios el derecho de participación directa y efectiva⁶.

Es claro que en el análisis de las conductas que pueden considerarse como restrictivas de la competencia deben también entrar en juego principios y reglas constitucionales como la de protección de los derechos de los usuarios (art. 369 Const. Pol.) y el régimen especial derivado del artículo 365 de la Constitución.

En un principio las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos en relación con las prácticas comerciales restrictivas y las integraciones empresariales se derivaban del artículo 185 de la Ley 142 en armonía con el numeral 1 del artículo 79 de la misma ley.

Luego, mediante la Ley 689 de 2001 el Congreso reformó varios aspectos de la Ley 142 de 1994. Una de tales modificaciones fue la de subrogar el artículo 79 de la Ley 142 que señala las funciones de la Superintendencia. Se añadió así el numeral 32 que dispuso la facultad de la Superintendencia para:

Adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

Uno de los eventos que puede contribuir a reducir la competencia en cualquier sector de la economía es el de las integraciones empresariales, por lo que las normas generales atribuyen a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de exigir una autorización previa suya antes de que puedan llevarse a cabo.

La Ley 689 del 2001 no añadió una norma que permita a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios adelantar un control previo respecto de las integraciones empresariales en su sector. Entiendo que la posición de la Superintendencia

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, PONENTE MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, "SENTENCIA C-150/03 DEL 25 DE FEBRERO DE 2003", EXP. D-4194.

de Servicios Públicos consiste en que no tiene la facultad de objetarlas. En un concepto expresó lo siguiente:

Dentro de las funciones que le corresponden a la Superintendencia de Servicios Públicos no está prevista la del control previo de las integraciones económicas, lo cual quedó claramente expuesto mediante Concepto SSPD-OJ-2003-527, toda vez que las competencias que asumió la Superintendencia de Servicios Públicos son las que le asignó la Ley 142 de 1994 de manera expresa y no todas las señaladas en el Decreto 2153 de 1992.

Por otra parte, atendiendo el pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a que son incompetentes para ejercer control sobre las integraciones entre empresas de servicios públicos, por ser un sector que goza de un régimen particular y especial, basta concretar lo siguiente:

El numeral 25 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 atribuye a las Comisiones de Regulación la facultad de 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.

En este sentido, las Resoluciones CREG 057 de 1996 y CREG 71 de 1998 señalan algunos aspectos relacionados con la integración de las empresas prestadoras de gas natural, entre los cuales se encuentra el control posterior de este tipo de operaciones por parte de la CREG. Lo propio dictan las Resoluciones CREG 128 de 1996, 65 de 1998 y 42 de 1999 en relación con el sector de energía eléctrica.

En consecuencia, la Superintendencia de Servicios Públicos no tiene atribuciones legales para ejercer un control previo sobre una integración económica entre empresas de servicios públicos, así como tampoco las tiene la Superintendencia de Industria y Comercio, tal como lo hicieran saber a esta Entidad mediante comunicación del 27 de octubre de 2003, puesto que existe una regulación de carácter especial para el sector de gas, según la cual la Comisión de Regulación de Energía y Gas está facul-

tada para ejercer un control posterior sobre la operación económica y, solo en el evento en que la Comisión tenga indicios de haberse violado las normas del régimen de servicios públicos, pedirá a esta Superintendencia que adelante la investigación y si es del caso, imponga la sanción correspondiente⁷.

(Las negrillas pertenecen al texto).

De conformidad con ese concepto y con el concepto número 535 de 2005 (25-Nov-05), la posición de la Superintendencia de Servicios Públicos consiste en que no tiene facultades en materia de control previo sobre integraciones empresariales; algo similar, pero no idéntico, fijar "mecanismos" para evitar la "concentración de propiedad accionaria", corresponde a las Comisiones de Regulación según el numeral 23.5 de la Ley 142. Comparto la apreciación de la Superintendencia de Servicios Públicos.

Destacados doctrinantes consideran que la facultad de objetar la integración de empresas de servicios públicos domiciliarios está hoy en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien, desde su perspectiva, tendría una "facultad residual" para aplicar todas las disposiciones antimonopolios cuya aplicación no hubiese sido atribuida en forma expresa a otras autoridades⁸. Tal tesis es respetable pero, a la luz del artículo 370 de la Constitución, parecería necesario afirmar, más bien, que si la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no tiene esta facultad en cuanto a las empresas del sector, nadie la tiene.

En efecto, el artículo 370 excluye la posibilidad de que otras superintendencias adelanten inspección, control y vigilancia sobre las empresas de servicios públicos, al menos en aquellos

⁷ SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, "CONCEPTO SSPD-OJ-2004-031".

⁸ EL DR. EMILIO JOSÉ ARCHILA, QUIEN HA ESCRITO "EN NUESTRA LECTURA DENTRO DE LAS FUNCIONES QUE LE CORRESPONDEN A LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS NO ESTÁ ESTA. ESTO, EN RAZÓN A QUE EN EL NÚMERO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL DECRETO 2153 DE 1992 CEDIÓ A LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO UNA COMPETENCIA RESIDUAL PARA LA APLICACIÓN DE TODAS LAS DISPOSICIONES DE ANTIMONOPOLIOS CUYA OBSERVANCIA NO LE HUBIERA SIDO ENCOMENDADA A OTRA AUTORIDAD, ...". EMILIO JOSÉ ARCHILA, "RÉGIMEN DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE SERVICIOS", REVISTA CONTEXTO (UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA), (AGOSTO, 2004), NÚMERO 18, PÁGINA 7.

aspectos de la vida de estas que tienen relación directa y específica con la prestación de tales servicios. Sin duda, el tema de la integración empresarial de los prestadores de servicios es uno de estos asuntos que inciden en forma directa en la cali-

dad, el precio y las posibilidades de elección que caracterizan las relaciones de las empresas con los usuarios. Creo, pues, que el artículo 370 de la Constitución impide interpretar la "facultad residual" de la Superintendencia de Industria y Comercio en el sentido de que puede extenderse a los prestadores de servicios públicos.

La Superintendencia de Servicios Públicos tiene, por supuesto, la facultad de investigar la violación de las normas expedidas por las comisiones de regulación en estas materias (Art. 79 Num. 1 Ley 142) y, en particular, las relativas a evitar la concentración de propiedad accionaria en el sector.

VII. CONSTITUCIONALIDAD DE UN CAMBIO DE COMPETENCIAS

Cualquier ley que pretenda modificar las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos debe tener en cuenta el artículo 370 de la Constitución, que señala:

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 vigilancia de las entidades que los presten.

(He subrayado).

Por virtud de esta norma, la ley no podría transferir a otra autoridad ninguna facultad relacionada con la inspección, vigilancia o control de las empresas de servicios públicos. Ya ha tenido la Corte Constitucional la oportunidad de precisar lo siguiente:

Debe señalarse igualmente, que por principio, conforme al Artículo 211 de la Constitución Política, las competencias de inspección y vigilancia, por cuanto aparecen atribuidas al Presidente de la República en el mencionado Artículo 189, son susceptibles de delegación en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes —entre otros funcionarios y agencias—, previo señalamiento que haga la ley.

Precisamente la Ley 489 de 1998 indica las competencias del Presidente de la República que pueden ser objeto de delegación y entre ellas se mencionan todas las relativas a inspección y vigilancia constitucionalmente asignadas a él (Artículo 13 de la Ley 489 de 1998).

En este punto debe la Corte enfatizar que salvo el caso de la inspección y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios, asignada por la Constitución al Presidente de la República, pero cuyo ejercicio debe realizarse a través de la Superintendencia de Servicios Públicos (Artículo 370 de la C. P.), el Presidente goza, por principio, de discrecionalidad para escoger el órgano o autoridad delegataria de sus funciones entre los organismos constitucional y legalmente previstos a menos que medie señalamiento legal expreso⁹. (Las subrayas son mías).

Los conceptos de "control, inspección y vigilancia", aunque antiguos en nuestro derecho constitucional y administrativo, tienen un contenido indeterminado, que debe ser precisado por la ley o la jurisprudencia y la doctrina. Además, están estrechamente ligados con el concepto de "policía administrativa"¹⁰. La Corte Constitucional, al referirse a las facultades de inspección, vigi-

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, PONENTE ÁLVARO TAPIA GALVIS "SENTENCIA C-1190/00 DEL 18 DE SEPTIEMBRE DE 2000", EXP. D-2871.

¹⁰ LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO INDICÓ EN UN CONCEPTO:

"LA SUPERINTENDENCIA EJERCE FACULTADES DE POLICÍA ADMINISTRATIVA, CON EL OBJETO DE CUMPLIR LAS FUNCIONES DE VIGILANCIA EN RELACIÓN CON EL SUMINISTRO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y DEL CONTROL DE LAS PERSONAS PRESTADORAS; PARA ELLO TIENE FACULTADES SANCIONATORIAS Y DE INTERVENCIÓN ESTATAL POR LAS VIOLACIONES CONTRA LA LEY Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS A QUE ESTOS SE DEBEN SUJETAR. SUS MEDIDAS COMPRENDEN LA IMPOSICIÓN DE MULTAS, CONCERTAR PLANES DE GESTIÓN Y LA TOMA DE POSESIÓN DE ENTIDADES O EMPRESAS". CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, PONENTE LUIS CAMILO OSORIO ISAZA, "CONCEPTO DEL 16 DE JUNIO DE 1997", RAD. N° 931.

lancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, indicó:

2.3. A la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad de creación constitucional (art. 370) se le encomendó el ejercicio de las funciones presidenciales de control, inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios.

La adscripción constitucional de dichas funciones autoriza a la Superintendencia para intervenir y revisar, en determinadas circunstancias, las operaciones y decisiones de quienes prestan servicios públicos domiciliarios, cuando estas se juzguen contrarias a las previsiones legales, a las regulaciones generales del Gobierno sobre administración y control de su eficiencia, a las disposiciones que a nivel regional o local se hayan expedido sobre tales servicios, y aun a los propios reglamentos internos del servicio, adoptados por las empresas prestatarias de este, con sujeción a la normatividad superior¹¹.

(He subrayado).

En el mismo sentido, la Sala de consulta del Consejo de Estado conceptuó:

Ahora bien, no obstante corresponder al legislador la determinación de la estructura de la administración nacional con la creación, supresión o fusión de superintendencias y además ser propia la función de señalar sus objetivos y estructura orgánica (art. 150.7), para efectos del cumplimiento de las funciones estatales de inspección, vigilancia y control sobre las entidades que prestan los servicios públicos domiciliarios, el constituyente de 1991 atribuyó directamente al Presidente de la República tales funciones, para ser ejercidas por conducto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cuya regulación está contenida principalmente en las leyes 142 y 143 de 1994

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, PONENTE DR. ANTONIO BARRERA CARBONELL, "SENTENCIA C-263/96 DEL 13 DE JUNIO DE 1996", EXP. N° D-1059.

las cuales se analizan, en los temas puntuales objeto de consulta, en el orden en que fueron planteados¹².

(He subrayado).

Por su parte, la Ley 222 de 1995, al referirse a la Superintendencia de Sociedades hizo una serie de definiciones interesantes:

Artículo 83. INSPECCIÓN. La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades.

Artículo 84. VIGILANCIA. La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar por que las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.

(...)

Artículo 85. CONTROL. El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

(...)

(He subrayado).

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, PONENTE LUIS CAMILO OSORIO ISAZA, "CONCEPTO DEL 16 DE JUNIO DE 1997", RAD. N° 931.

Aunque desde luego esos artículos de la Ley 222 no se refieren a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sí son ilustrativos del alcance que a la expresión "inspección, vigilancia y control" ha dado el legislador.

Del artículo 370 de la Constitución se desprende que la "inspección", el "control" y la "vigilancia" de aquellas entidades que prestan servicios públicos corresponde en forma exclusiva y excluyente a la Superintendencia, por lo menos en aquellos aspectos que se refieren o inciden en forma necesaria y directa en la prestación de los servicios.

De manera que la "inspección", el "control" y la "vigilancia" del cumplimiento que hagan las empresas prestadoras respecto de todas las normas propias de las empresas de servicios públicos no pueden ser atribuidos por el legislador a ninguna entidad diferente de la Superintendencia de Servicios Públicos.

Y el legislador, al dictar las leyes 142 y 143 de 1994, consideró, con muy buen sentido, que las peculiaridades propias de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, a las que me he referido atrás, creaban oportunidades, peculiares también, para disminuir la competencia y para abusar de posición dominante. Por eso la Ley 142 incluye normas especiales en la materia, tales como el artículo 34, arriba citado, y el artículo 133. Existiendo esas normas, que reflejan la conciencia del legislador acerca de las características propias e inconfundibles de la prestación de los servicios públicos, surge como corolario indispensable del artículo 370 que solo la Superintendencia de Servicios Públicos puede ejercer inspección, control y vigilancia sobre la manera en la cual los prestadores cumplen con ellas.

Desde esa perspectiva, la "inspección" de la vigilancia debe consistir en orientar sus búsquedas de información en tal manera que pueda detectar violaciones del régimen de competencia. La facultad de "vigilancia" la obliga a estar atenta a fenómenos de restricción de competencia o abuso de posición dominante que no puedan deducirse de la observación de las informaciones que recibe en forma rutinaria; y la facultad de "control" le exige adoptar medidas preventivas o represivas para asegurar el cum-

plimiento correcto de las normas propias del sector Incluyendo, en cuanto a competencia y abuso de posición dominante se refiere, el artículo 34 de la Ley 142.

Ahora bien, la represión de las conductas que tengan como efecto o propósito restringir indebidamente la competencia debe enmarcarse como una típica facultad de vigilancia de la ley, en este caso del artículo 34 de la Ley 142.

El hecho de que la prohibición de incurrir en prácticas restrictivas de la competencia se encuentre en la Ley 142 parecería hacer más evidente que la facultad de vigilar su cumplimiento no puede trasladarse a otra entidad.

En fin, en la medida en que los conceptos de "inspección, vigilancia y control" apuntan a asegurar la conformidad entre las conductas de los prestadores de servicios públicos y las normas a las cuales deben estar sujetos, parece obvio que el cumplimiento de las normas sobre competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios es parte de la atribución constitucional de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En conclusión, los textos constitucionales y legales, así como la jurisprudencia, permiten afirmar que el traslado de la función de inspección, vigilancia y control que hoy corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre las actividades de los prestadores de tales servicios que puedan resultar contrarias a la competencia, a favor de cualquier otra entidad del Estado, sería contrario al artículo 370 de la Constitución.

VIII. INCONVENIENCIA DEL TRASLADO DE FUNCIONES

Hemos visto, pues, desde una perspectiva general la importancia que la Constitución de 1991 atribuye al asunto de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y a la defensa de la competencia dentro de la economía. Hemos visto también las reglas básicas que sobre competencia contiene la Ley 142 y el encargo que hace a la Superintendencia de Servicios Públicos

Domiciliarios –en consonancia con la Constitución– para ejercer control, inspección y vigilancia sobre las actividades de los prestadores de tales servicios.

Cumple ahora referirse, de modo especial, a varios argumentos que se han presentado para justificar que la Superintendencia de Industria y Comercio asuma la competencia sobre los asuntos relacionados con las prácticas restrictivas de la competencia y las integraciones empresariales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

Antes de entrar en el examen de argumentos más específicos, es preciso anotar que el traslado de funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos a otras entidades estatales implicaría, por así decirlo, una "rebaja" en la importancia que la Constitución quiso dar al tema de la prestación de los servicios públicos domiciliarios. El reconocimiento original que hizo la Constitución acerca de la importancia de este asunto se reflejó en el hecho excepcional de crear, ella misma, esa Superintendencia. Por el contrario, el mensaje implícito del traslado de funciones consiste en que el tema ha perdido importancia de alguna manera, hasta el punto de que el ente especial creado por el constituyente para atenderlo deba desprenderse de sus funciones en beneficio de una entidad que no tiene origen constitucional y en la cual el sector de los servicios públicos domiciliarios sería apenas uno entre los muchos merecedores de cuidado.

1. LA ESPECIALIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

El numeral 32 del artículo 79 de la Ley 142 señala que corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos "Adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994".

La razón básica por la cual se dio esta competencia a la Superintendencia consistió en la especialidad de las operaciones de las empresas de servicios públicos, que obran, por lo general, en un ambiente oligopolístico o monopolístico, propicio a la creación de "posiciones dominantes", para prestar servicios que tienen relación íntima con los derechos fundamentales de las personas.

Estas últimas no son características predominantes en los demás sectores de la economía, en donde las conductas que limitan la competencia son, más bien, excepciones en un ambiente general propicio a la libre competencia y a la libertad en la formación de precios y contratos; y en donde las posibilidades de que una empresa adquiera "posición dominante" para la oferta de bienes y servicios vitales para el usuario son infrecuentes.

Por razón de sus funciones generales, la Superintendencia de Servicios Públicos dispone de información amplia sobre las actividades y las circunstancias especialísimas en las que se prestan los servicios públicos domiciliarios en el país. En esas condiciones, el control sobre prácticas de competencia desleal y restrictivas de la competencia que se encargó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se beneficia de toda la estructura de la Superintendencia y de la información especializada que ella maneja. Cualquier otra entidad estatal se encontraría en inferioridad de condiciones frente a los prestadores de servicios públicos para analizar sus conductas porque no dispondría, con costos y en tiempo razonable, de la misma información, estructura y cultura de que ya dispone como cosa natural para este propósito la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Es probable que un traslado de competencias a otra entidad implicaría una duplicación de informaciones y de funcionarios, y un aumento de las erogaciones presupuestales respectivas.

El proyecto de ley mencionado arriba reconocía, en cierta forma, la dificultad anotada, y pretendía superarla de una manera ineficiente, a saber: consiguiendo la presencia del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios en un organismo interinstitu-

cional que decidiera los asuntos de competencia en el sector. Es obvio que esa vinculación ocasional no podría suplir la dirección permanente que el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios da hoy a las actuaciones relacionadas con la protección de la competencia en la entidad a su cargo.

2. LA ESPECIALIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

El Dr. Jairo Rubio Escobar, actual Superintendente de Industria y Comercio, señaló en un reciente artículo:

Razones de especialización también sugieren la conveniencia de una autoridad única. Hoy en día, todos conocemos que la SIC, especializada en la materia, las demás entidades competentes no han concluido investigación alguna o las mismas han sido escasas. Surge, entonces, la inquietud sobre cuál es la causa de la falta de correspondencia entre la magnitud de sectores como el bancario y el de servicios públicos domiciliarios con las escasas, casi nulas, investigaciones por prácticas comerciales restrictivas en estos sectores. La conclusión, pues, no es otra que la falta de especialización de las autoridades encargadas de velar por la observancia de las mismas¹³.

El planteamiento del distinguido funcionario no tiene en cuenta un hecho básico: los asuntos de "competencia" en la economía en general son menos especializados que los asuntos de "competencia en el sector de servicios públicos domiciliarios"; y, como arriba indiqué, en este último se presentan circunstancias especialísimas que, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores de la economía, favorecen en forma particular la aparición de oligopolios, monopolios y "posiciones dominantes" para la provisión de servicios que inciden en forma inmediata en derechos fundamentales de los usuarios.

Así, es cierto que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene una mayor "especialización" que la Superintendencia de

¹³ RUBIO ESCOBAR, JAIRO, "SE NECESITA UNA AUTORIDAD ÚNICA", ÁMBITO JURÍDICO.

Servicios Públicos Domiciliarios respecto del tema de prácticas comerciales restrictivas, pero no tiene la "Información" y el conocimiento especializado e inmediato del sector que tiene la Superintendencia de Servicios Públicos para analizar en forma completa los problemas de competencia que en este sector se presentan, y sus efectos sobre los usuarios.

Es más eficiente y económico desarrollar y aplicar conceptos de competencia en servicios públicos, en una entidad especializada en estos últimos como la Superintendencia, que educar en las complejidades propias de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a los funcionarios que manejan conceptos generales sobre competencia en la economía.

3. NECESIDAD DE CONGRUENCIA

Sin duda, es indispensable asegurar que las decisiones de las entidades públicas sean congruentes.

Dada la alta sensibilidad política de todos los temas relacionados con servicios públicos, parece conveniente, para asegurar la congruencia de las decisiones de las autoridades, limitar el número de actores estatales que participan en las decisiones pertinentes.

El traslado de la función de vigilancia sobre prácticas de competencia a otra entidad distinta de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios añadiría un nuevo actor en el sector de los servicios públicos, lo que multiplicaría las posibilidades de decisiones que el público podría ver como inconsistentes o contradictorias —difíciles de explicar a los usuarios y a los prestadores mismos de los servicios— y contribuiría a diluir las responsabilidades y a dar la sensación de que no hay políticas claras y uniformes del Estado en esta materia.

Las eventuales discrepancias en el análisis de los problemas de competencia propiamente dichos que surgieran entre las dos Superintendencias serían, sin duda, más fáciles de explicar por la especialidad del sector de los servicios públicos, que las que

surgieran en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Estas últimas tendrían la capacidad de afectar en una forma más directa a un núcleo mayor de la población, por lo que evitarlas parece más importante que evitar discrepancias en asuntos más generales de competencia.

4. UNIFORMIDAD: ¿POSIBLE?, ¿DESEABLE?

A lo largo de este documento he explicado las razones por las cuales el sector de los servicios públicos domiciliarios no puede abordarse con los mismos criterios con que se analizan otros sectores de la economía. El mandato del constituyente y la realidad económica del sector así lo imponen.

Las reglas de la Ley 142 sobre prácticas restrictivas de la competencia son especiales —coinciden en muchos aspectos con la Ley 155 de 1959 y con el Decreto 2351 de 1992, pero no son iguales, ni tienen por qué serlo— y no puede esperarse que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios abandone o deje de aplicar tales reglas so pretexto de una uniformidad con la Superintendencia de Industria y Comercio. No se concebiría, tampoco, que esta última dejara de aplicar las reglas sobre competencia, propias de este sector, para aplicar las que fueron diseñadas para sectores de la economía que no tienen el mismo reconocimiento constitucional ni las mismas características económicas.

Esta especialidad de la Superintendencia de Servicios Públicos no es un "riesgo" ni una fuente de "incertidumbre jurídica". Es el reflejo del régimen constitucional y de una realidad económica. En efecto, las empresas del sector saben de antemano que serán vigiladas por la Superintendencia de Servicios Públicos y que estarán sometidas a las reglas propias de la Ley 142. No puede esperarse que quienes invierten en el sector lo hagan con la esperanza de que las empresas estarán sujetas solamente a las reglas generales en materia de prácticas restrictivas de la competencia. Ello sería tanto como afirmar que genera una fuente

de "incertidumbre" el hecho de que el sector financiero tenga unas reglas propias en materia de capital, de inversiones, etc.

5. LA FINANCIACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Al contrario de lo que se dice en algunos documentos que han servido para respaldar la iniciativa del traslado de funciones, la unión de competencias en la Superintendencia de Industria y Comercio no aumentaría los recursos disponibles en el sector para efectos de promover la competencia: en el mejor de los casos implicaría una redistribución de ellos. Y podría llevar, más bien, a generar un déficit de recursos.

Debe tenerse en cuenta que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene una facultad expresa para financiar sus actividades con cargo a las entidades vigiladas (art. 85 de la Ley 142); el traslado de la función de vigilancia sobre temas de competencia en el sector de los servicios públicos a otra entidad del Estado aumentaría los gastos de esta otra entidad que, presumiblemente, a falta de aquella facultad de financiamiento, tendría que acudir para financiarlos a los apoyos del Presupuesto Nacional.

En particular, la Superintendencia de Industria y Comercio no está facultada para recaudar el tipo de contribuciones aludidas. Y sería altamente inconveniente establecerlas con ocasión de un nuevo proyecto de ley, pues se estaría aumentando las cargas a las empresas. En efecto, debe tenerse en cuenta que las empresas de servicios públicos pagan ya hoy contribuciones tanto a las comisiones de regulación como a la Superintendencia de Servicios Públicos. ¿Convendrá una tercera carga tributaria en el mismo sector?

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no está facultada por ley para hacer transferencia de recursos sobrantes al Gobierno Nacional o a otras entidades, de modo que, probablemente, en términos fiscales, el efecto neto del traslado de funciones a otra entidad sería una caída de los ingresos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y un aumento en el gasto de la entidad que reciba sus funciones.

6. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DE LOS USUARIOS

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 142, los principios que contiene el primer capítulo del título preliminar de la ley se aplican para interpretarla y para suplir los vacíos que existan en ella. Esta regla, desde luego, se aplica también al interpretar el alcance y contenido de las facultades de la Superintendencia.

Es útil, por tanto, recordar que el artículo 2 de la ley señala los fines de la intervención estatal en materia de los servicios públicos. Dentro de tales fines cabe destacar los siguientes:

2.1. 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.

2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios.

(...)

2.5. Prestación eficiente.

2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

2.7. Obtención de economías de escala comprobables.

2.8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.

(He subrayado).

El régimen previsto en la Ley 142 tiene como propósito principal favorecer a los usuarios, respetando, claro está, los demás principios constitucionales. Las facultades de la Superintendencia se enmarcan dentro de este principio fundamental de la ley. La Corte Constitucional ha señalado respecto de la intervención de los usuarios en la regulación del sector:

4.4.2.3. La participación directa de los usuarios de servicios públicos en el proceso previo a la adopción de regulaciones tiene un propósito más amplio consistente en desarrollar en ese ám-

bito la democracia participativa, principio rector de la Constitución.

La participación directa de los usuarios en el proceso de toma de decisiones de las comisiones de regulación es un derecho que encuentra fundamento en los principios constitucionales. Así pues, el artículo 1° de la Constitución señala que Colombia es un Estado democrático y participativo; el artículo 2° indica que es un fin esencial del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica y administrativa de la Nación; el artículo 78 dispone que "[e]l Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos"; por último, el artículo 369 de la Carta establece que "[l]a ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio"¹⁴.

Es claro que si la facultad relacionada con el control, inspección y vigilancia de las prácticas restrictivas se trasladara a la Superintendencia de Industria y Comercio, que no tiene en su misión legal la específica tarea de velar por los intereses de los usuarios, esa facultad se ejercería dentro de un ámbito en donde la protección de tales intereses sería, apenas, uno de los tantos objetivos posibles para orientar las tareas de la autoridad de vigilancia.

HUGO PALACIOS MEJÍA
Estudios Palacios Lleras S. A.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, PONENTE MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, "SENTENCIA C-150/03 DEL 25 DE FEBRERO DE 2003", EXP. D-4194.

CONTENIDO

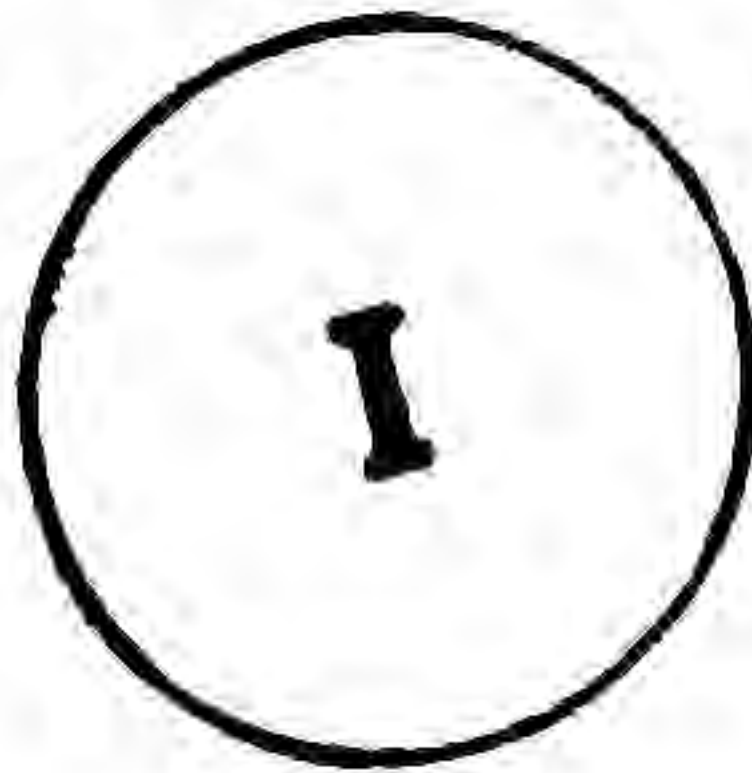
Presentación.....	3
I. Propósito.....	5
II. Particularidad de los Servicios Públicos Domiciliarios.....	6
1. El Concepto Básico.....	6
2. Características Constitucionales de los Servicios Públicos Domiciliarios.....	6
3. Algunas características Económicas de los Servicios Públicos.....	8
III. La intervención Estatal en los servicios Públicos Domiciliarios.....	9
1. Reglas generales: la intervención del Artículo 334.....	10
2. Reglas especiales: El Capítulo V del Título XII de la constitución.....	11
IV. La constitución y la competencia.....	12
V. Evolución de la Normas sobre competencia en el sector de los servicios Públicos domiciliarios.....	13
VI. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: Facultades en materia de prácticas restrictivas de la competencia.....	16
VII. Constitucionalidad de un cambio de competencias.....	21
VIII. Inconveniencia del traslado de funciones.....	26
1. la especialidad de la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios.....	27
2. La especialidad de la Superintendencia de Industria y Comercio.....	29
3. Necesidad de congruencia.....	30
4. La protección del interés de los usuarios.....	31
5. La financiación de la Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios.....	32
6. La protección del interés de los usuarios.....	33

AGUSTO
1950
Y.C.

BIBLIOTECA NACIONAL DE COLOMBIA



BNC0306140



IMPRESA
NACIONAL
DE COLOMBIA

