



Sentencia 150 de 2003 Corte Constitucional

i=9272;

SENTENCIA C-150/03

Referencia: expediente D-4194

Normas Acusadas:

Los numerales 2.6, 2.7 y 2.9 del artículo 2, el numeral 3.9. (parcial) del artículo 3, los numerales 6.3. (parcial) y 6.4. (parcial) del artículo 6, el parágrafo y el numeral 9.4. del artículo 9, el numeral 11.8 (parcial) del artículo 11, los numeral 14.10 (parcial) y 14.11 del artículo 14, el artículo 16 (parcial), el artículo 18 (parcial), el artículo 20 (parcial), el artículo 21, el artículo 23 (parcial), el artículo 28 (parcial), el artículo 31 (parcial), el inciso segundo y los numerales 34.1 a 34.6. del artículo 34, el artículo 35 (parcial), el numeral 36.6 (parcial) del artículo 36, el artículo 37 (parcial), el numeral 39.4 (parcial) y el parágrafo del artículo 39, los párrafos 1 y 2 del artículo 40, los numerales 44.1. (parcial), 44.2 (parcial) y 44.3 (parcial) del artículo 44, el artículo 45 (parcial), el artículo 48 (parcial), el artículo 52 (parcial), el artículo 66 (parcial), el numeral 67.1 (parcial) del artículo 67, el artículo 68 (parcial), el artículo 70 (parcial), el artículo 73, el artículo 74, el artículo 85 (parcial), el numeral 86.1. (parcial) del artículo 86, el inciso 1º (parcial), los numerales 87.1., 87.2. (parcial), 87.4., 87.7., 87.8. (parcial) y párrafos 1º y 2º del artículo 87, el inciso primero (parcial) y los numerales 88.1., 88.2. y 88.3. del artículo 88, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5 (parcial) del artículo 89, el inciso primero y los numerales 90.1 (parcial), 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 94 (parcial), el inciso tercero del artículo 96, el artículo 98, el artículo 124, el artículo 125, el artículo 126, el artículo 127, el inciso tercero del artículo 128, el inciso tercero del numeral 133.26 del artículo 133, el parágrafo del artículo 146, el artículo 160 (parcial), el numeral 162.2. (parcial) del artículo 162, el artículo 163 y el artículo 164 de la Ley 142 de 1994; el artículo 1º de la Ley 286 de 1996, el artículo 2º y el artículo 3º de la Ley 632 de 2000; y el parágrafo del artículo 18, el artículo 19 y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001.

Demandante: Humberto de Jesús Longas Londoño

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil tres (2003).

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y de los trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente,

Ver las sentencias de la Corte Constitucional [C-066 de 1997](#) , [C-1162 de 2000](#) , [C-389 de 2002](#) , Ver la Ley 142 de 1994

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Humberto de Jesús Longas Londoño demandó los numerales 2.6, 2.7 y 2.9 del artículo 2, el numeral 3.9. (parcial) del artículo 3, los numerales 6.3. (parcial) y 6.4. (parcial) del artículo 6, el parágrafo y el numeral 9.4. del artículo 9, el numeral 11.8 (parcial) del artículo 11, los numeral 14.10 (parcial) y 14.11 del artículo 14, el artículo 16 (parcial), el artículo 18 (parcial), el artículo 20 (parcial), el artículo 21, el artículo 23 (parcial), el artículo 28 (parcial), el artículo 31 (parcial), el inciso segundo y los numerales 34.1 a 34.6. del artículo 34, el artículo 35 (parcial), el numeral 36.6 (parcial) del artículo 36, el artículo 37 (parcial), el numeral 39.4 (parcial) y el parágrafo del artículo 39, los párrafos 1 y 2 del artículo 40, los numerales 44.1. (parcial), 44.2 (parcial) y 44.3 (parcial) del artículo 44, el artículo 45 (parcial), el artículo 48 (parcial), el artículo 52 (parcial), el artículo 66 (parcial), el numeral 67.1 (parcial) del artículo 67, el artículo 68 (parcial), el artículo 70 (parcial), el artículo 73, el artículo 74, el artículo 85 (parcial), el numeral 86.1. (parcial) del artículo 86, el inciso 1º (parcial), los numerales 87.1., 87.2. (parcial), 87.4., 87.7., 87.8. (parcial) y párrafos 1º y 2º del artículo 87, el inciso primero (parcial) y los numerales 88.1., 88.2. y 88.3. del artículo 88, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5 (parcial) del artículo 89, el inciso primero y los numerales 90.1 (parcial), 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 94 (parcial), el inciso tercero del artículo 96, el artículo 98, el artículo 124, el artículo 125, el artículo 126, el artículo 127, el inciso tercero del artículo 128, el inciso tercero del numeral 133.26 del artículo 133, el parágrafo del artículo 146, el artículo 160 (parcial), el numeral 162.2. (parcial) del artículo 162, el artículo 163 y el artículo 164 de la Ley 142 de 1994; el artículo 1º de la Ley 286 de 1996, el artículo 2º y el artículo 3º de la Ley 632 de 2000; y el parágrafo del artículo 18, el artículo 19 y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001.

En el auto advisorio de la demanda de la referencia, se solicitó a la Universidad Nacional de Colombia, a la Pontificia Universidad Javeriana, a la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, a la Universidad Externado de Colombia y a la Universidad de Los Andes que, en su calidad de expertos en la materia, emitieran concepto sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las normas demandadas, así:

Ley 142 de 1994

(julio 11)

por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

Artículo 2º. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

[...]

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

2.7. Obtención de economías de escala comprobables.

[...]

2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

Artículo 3º. Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta Ley, especialmente las relativas a las siguientes materias:

3.9. Respeto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios.

[...]

Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquéllas y ésta.

Artículo 6º. Prestación directa de servicios por parte de los municipios. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos:

[...]

6.3. Cuando, aún habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios.

6.4. Cuando los municipios asuman la prestación directa de un servicio público, la contabilidad general del municipio debe separarse de la que se lleve para la prestación del servicio; y si presta más de un servicio, la de cada uno debe ser independiente de la de los demás. Además, su contabilidad distinguirá entre los ingresos y gastos relacionados con dicha actividad, y las rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades políticas, de tal manera que la prestación de los servicios quede sometida a las mismas reglas que serían aplicables a otras entidades prestadoras de servicios públicos.

En el evento previsto en el inciso anterior, los municipios y sus autoridades quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con La Constitución o con la ley misma, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones y al control, inspección, vigilancia y contribuciones de la Superintendencia de servicios públicos y de las Comisiones. Pero los concejos determinarán si se requiere una junta para que el municipio preste directamente los servicios y, en caso afirmativo, ésta estará compuesta como lo dispone el artículo 27 de esta ley.

Cuando un municipio preste en forma directa uno o más servicios públicos e incumpla las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o suspenda el pago de sus obligaciones, o carezca de contabilidad adecuada después de dos años de entrar en vigencia

esta Ley o, en fin, viole en forma grave las obligaciones que ella contiene, el Superintendente, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, además de sancionar los alcaldes y administradores, podrá invitar, previa consulta al comité respectivo, cuando ellos estén conformados, a una empresa de servicios públicos para que ésta asuma la prestación del servicio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios, para que ésta pueda operar. [Sentencia C-284 de 1997]

Artículo 9º. Derecho de los usuarios. Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor:

Parágrafo. Las Comisiones de Regulación, en el ejercicio de las funciones conferidas por las normas vigentes, no podrá desmejorar los derechos de los usuarios reconocidos por la ley.

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

11.8. Informar el inicio de sus actividades a la respectiva Comisión de Regulación, y a la Superintendencia de Servicios Públicos, para que esas autoridades puedan cumplir sus funciones.

Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.10. Libertad regulada. Régimen de tarifas mediante el cual la comisión de regulación respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor.

14.11. Libertad vigilada. Régimen de tarifas mediante el cual las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar libremente las tarifas de venta a medianos y pequeños consumidores, con la obligación de informar por escrito a las comisiones de regulación, sobre las decisiones tomadas sobre esta materia.

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

Artículo 18. Objeto. [...]

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

Artículo 20. Régimen de las empresas de servicios públicos en municipios menores y zonas rurales. Las empresas de servicios públicos que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según la ley, y de acuerdo a reglamentación previa de la comisión reguladora pertinente, podrán apartarse de lo previsto en el artículo precedente en los siguientes aspectos:

[...]

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

Artículo 23. Ambito territorial de operación.

[...]

La obtención en el exterior de agua, gas combustible, energía o acceso a redes, para beneficio de usuarios en Colombia, no estará sujeta a restricciones ni a contribución alguna arancelaria o de otra naturaleza, ni a permisos administrativos distintos de los que se apliquen a actividades internas de la misma clase, pero si a las normas cambiarias y fiscales comunes. Las comisiones de regulación, sin embargo, podrán prohibir que se facilite a usuarios en el exterior el agua, el gas combustible, la energía, o el acceso a redes, cuando haya usuarios en Colombia a quienes exista la posibilidad física y financiera de atender, pero cuya demanda no hubiese sido satisfecha a las tarifas que resulten de las fórmulas aprobadas por las comisiones.

Artículo 28. Redes.

[...]

Las comisiones de regulación pueden exigir que haya posibilidad de interconexión y de homologación técnica de las redes, cuando sea indispensable para proteger a los usuarios, para garantizar la calidad del servicio o para promover la competencia. Pero en ningún caso exigirán características específicas de redes o sistemas mas allá de las que sean necesarias para garantizar la interconectabilidad de servicios análogos o el uso coordinado de recursos. Las comisiones podrán exigir, igualmente, que la construcción y operación de redes y medios de transporte para prestar los servicios públicos no sea parte del objeto de las mismas empresas que tienen a su cargo la distribución y, además, conocerán en apelación los recursos contra los actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción u operación de redes. La construcción y operación de redes para el transporte y distribución de agua, residuos, electricidad, gas y telefonía pública básica conmutada telefonía local móvil en el sector rural, así como el señalamiento de las tarifas por su uso, se regirán exclusivamente por esta Ley y por las normas ambientales, sanitarias y municipales a las que se alude en sus artículos 25 y 26 de esta Ley.

Artículo 31. Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública.

[...]

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerçiten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. [C 066 97]

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes. [C 066 97]

Artículo 36. Reglas contractuales especiales. Se aplicarán a los contratos de las empresas de servicios públicos las siguientes reglas especiales:

[...]

36.6. Está prohibido a las instituciones financieras celebrar contratos con empresas de servicios públicos oficiales para facilitarles recursos, cuando se encuentren incumpliendo los indicadores de gestión a los que deben estar sujetas, mientras no acuerden un plan de recuperación con la comisión encargada de regularlas.

Artículo 37. Desestimación de la personalidad interpuesta. Para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulación, de la Superintendencia y de las demás personas a las que esta Ley crea incompatibilidades o inhabilidades, debe tenerse en cuenta quiénes son, sustancialmente, los beneficiarios reales de ellos, y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al considerar el beneficiario real, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios, y no para hacer fraude a la ley.

Artículo 39. Contratos especiales. Para los electos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

39.4. Contratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de

remuneración o peaje razonable.

Este contrato puede celebrarse también entre una empresa de servicios públicos y cualquiera de sus grandes proveedores o usuarios.

Si las partes no se convienen, en virtud de esta Ley la comisión de regulación podrá imponer una servidumbre de acceso o de interconexión a quien tenga el uso del bien.

[...]

Parágrafo. Salvo los contratos de que trata el numeral 39.1., todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado. Los que contemplan los numerales 39.1., 39.2. y 39.3., no podrán ser cedidos a ningún título ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte.

Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permita al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría.

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

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

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

Artículo 44. Conflicto de intereses; inhabilidades e incompatibilidades. Para los efectos del funcionamiento de las empresas de servicios públicos y de las autoridades competentes en la materia, se establecen las siguientes inhabilidades e incompatibilidades:

44.1. Salvo excepción legal, no podrán participar en la administración de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos, ni contribuir con su voto o en forma directa o indirecta a la adopción de sus decisiones, las empresas de servicios públicos, sus representantes legales, los miembros de sus juntas directivas, las personas naturales que posean acciones en ellas, y quienes posean más del 10% del capital de sociedades que tengan vinculación económica con empresas de servicios públicos.

44.2. No podrá prestar servicios a las comisiones de regulación ni a la Superintendencia de Servicios Públicos, ninguna persona que haya sido administrador o empleado de una empresa de servicios públicos antes de transcurrir un año de terminada su relación con la empresa ni los cónyuges o compañeros permanentes de tales personas, ni sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Esta misma inhabilidad se predica de los empleados de las comisiones o de la Superintendencia, sus cónyuges o parientes en los mismos grados, respecto de empleos en las empresas.

Sin embargo, las personas aludidas pueden ejercitar ante las comisiones de regulación y ante la Superintendencia su derecho a pedir informaciones, a hacer peticiones, y a formular observaciones o a transmitir informaciones respecto a las decisiones que allí se tomen, o a los proyectos de decisiones que se les consulten.

44.3. No puede adquirir partes del capital de las entidades oficiales que prestan los servicios a los que se refiere esta Ley y que se ofrezcan al sector privado, ni poseer por sí o por interpuesta persona más del 1% de las acciones de una empresa de servicios públicos, ni participar en su administración o ser empleados de ella, ningún funcionario de elección popular, ni los miembros o empleados de las comisiones de regulación, ni quienes presten sus servicios en la Superintendencia de Servicios Públicos, o en los Ministerios de Hacienda, Salud, Minas y Energía, Desarrollo y Comunicaciones, ni en el Departamento Nacional de Planeación, ni quienes tengan con ellos los vínculos conyugales, de unión o de parentesco arriba dichos. Si no cumplieren con las prohibiciones relacionadas con la participación en el capital en el momento de la elección, el nombramiento o la posesión, deberán desprenderse de su interés social dentro de los tres meses siguientes al día en el que entren a desempeñar sus cargos; y se autoriza a las empresas a adquirir tales intereses, si fuere necesario, con recursos comunes, por el valor que tuviere en libros.

Artículo 45. Principios rectores del control.

[...]

Corresponde a las comisiones de regulación, teniendo en cuenta el desarrollo de cada servicio público y los recursos disponibles en cada localidad, promover y regular el balance de los mecanismos de control, y a la Superintendencia supervisar el cumplimiento del balance buscado.

Artículo 48. Facultades para asegurar el control interno. Las empresas de servicios públicos podrán contratar con entidades privadas la definición y diseño de los procedimientos de control interno, así como la evaluación periódica de su cumplimiento, de acuerdo siempre a las reglas que establezcan las Comisiones de Regulación.

Artículo 52. Concepto de control de gestión y resultados.

[...]

Las comisiones de regulación definirán los criterios, características, indicadores y modelos de carácter obligatorio que permitan evaluar la gestión y resultados de las empresas.

Artículo 66. Incompatibilidades e inhabilidades. Las personas que cumplan la función de vocales de los comités de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, sus cónyuges y compañeros permanentes, y sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, así como quienes sean sus socios en sociedades de personas, no podrán ser socios ni participar en la administración de las empresas de servicios públicos que desarrollen sus actividades en el respectivo municipio, ni contratar con ellas, con las comisiones de regulación ni con la Superintendencia de Servicios Públicos.

Artículo 67. Funciones de los Ministerios en relación con los servicios públicos. El Ministerio de Minas y Energía, el de Comunicaciones y el de Desarrollo, tendrán, en relación con los servicios públicos de energía y gas combustible, telecomunicaciones, y agua potable y saneamiento básico, respectivamente, las siguientes funciones:

67.1. Señalar los requisitos técnicos que deben cumplir las obras, equipos y procedimientos que utilicen las empresas de servicios públicos del sector, cuando la comisión respectiva haya resuelto por vía general que ese señalamiento es realmente necesario para garantizar la calidad del servicio, y que no implica restricción indebida a la competencia;

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

Las normas de esta Ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones. [C-272 de 1998]

Artículo 70. Estructura orgánica de las comisiones de regulación. Para el cumplimiento de las funciones que les asigna esta Ley, en el evento de la delegación presidencial, las comisiones de regulación tendrán la siguiente estructura orgánica, que el Presidente de la República modificará, cuando sea preciso, previo concepto de la comisión respectiva dentro de las reglas del artículo 105 de esta Ley.

Artículo 73. Funciones y facultades generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

73.1. Preparar proyectos de ley para someter a la consideración del gobierno, y recomendarle la adopción de los decretos reglamentarios que se necesiten.

73.2. Someter a su regulación, a la vigilancia del Superintendente, y a las normas que esta Ley contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas:

- a) Competir deslealmente con las de servicios públicos;
- b) Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos;
- c) Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen.

73.3. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

73.4. Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio.

73.5. Definir en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalación y operación de equipos de las empresas de servicios públicos se someta a normas técnicas oficiales, para promover la competencia o evitar perjuicios a terceros, y pedirle al ministerio respectivo que las elabore, cuando encuentre que son necesarias.

73.6. Establecer la cuantía y condiciones de las garantías de seriedad que deben prestar quienes deseen celebrar contratos de aporte reembolsable.

73.7. Decidir los recursos que se interpongan contra sus actos, o los de otras entidades, en los casos que disponga la ley en lo que se refiere a materias de su competencia;

73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad;

73.9. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio.

73.10. Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. Las comisiones podrán limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia;

73.11. Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre.

73.12. Determinar para cada bien o servicio público las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo; y definir, con bases estadísticas y de acuerdo con parámetros técnicos medibles y verificables, apropiados para cada servicio, quiénes pueden considerarse "grandes usuarios".

73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que sí la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia.

73.14. Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios.

73.15. Ordenar la liquidación de empresas monopolísticas oficiales en el campo de los servicios públicos y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia a los que se refiere esta Ley.

73.16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.

73.17. Dictar los estatutos de la comisión y su propio reglamento, y someterlos a aprobación del Gobierno Nacional.

73.18. Pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia, cuando tenga indicios de que alguna persona ha violado las normas de esta Ley.

73.19. Resolver consultas sobre el régimen de incompatibilidades e inhabilidades al que se refiere esta Ley.

73.20. Determinar, de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas.

73.21. Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.

73.22. Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta Ley.

73.23. Definir cuáles son, dentro de las tarifas existentes al entrar en vigencia esta Ley, los factores que se están aplicando para dar subsidios a los usuarios de los estratos inferiores, con el propósito de que esos mismos factores se destinen a financiar los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, y cumplir así lo dispuesto en el numeral 87.3 De esta Ley.

73.24. Absolver consultas sobre las materias de su competencia.

73.25. Establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades

complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público

73.26. Todas las demás que le asigne la ley y las facultades previstas en ella que no se hayan atribuido a una autoridad específica.

Salvo cuando esta Ley diga lo contrario en forma explícita, no se requiere autorización previa de las comisiones para adelantar ninguna actividad o contrato relacionado con los servicios públicos; ni el envío rutinario de información. Pero las comisiones, tendrán facultad selectiva de pedir información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos a los que esta Ley se refiere, inclusive si sus tarifas no están sujetas a regulación. Quienes no la proporcionen, estarán sujetos a todas las sanciones que contempla el artículo 81 de la presente Ley. En todo caso, las comisiones podrán imponer por sí mismas las sanciones del caso, cuando no se atiendan en forma adecuada sus solicitudes de información.

Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.

- a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.
- b) Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;
- c) Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible;
- d) Fijar las tarifas de venta de electricidad y gas combustible; o delegar en las empresas distribuidoras, cuando sea conveniente dentro de los propósitos de esta Ley, bajo el régimen que ella disponga, la facultad de fijar estas tarifas.
- e) Definir las metodologías y regular las tarifas por los servicios de despacho y coordinación prestados por los centros regionales y por el centro nacional de despacho.

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

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

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

74.3. De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones:

- a) Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado.
- b) Resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio.
- c) Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta Ley.
- d) Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión. [Sentencia C 444 de 1998]
- e) Definir, de acuerdo con el tráfico cursado, el factor de las tarifas de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, actualmente vigentes, que no corresponde al valor de la prestación del servicio. Parte del producto de ese factor, en los recaudos que se hagan, se asignará en el Presupuesto Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Social, para el "Fondo de Comunicaciones del Ministerio", que tendrá a su cargo hacer inversión por medio del fomento de programas de telefonía social, dirigidos a las zonas rurales y urbanas caracterizadas por la existencia de usuarios con altos índices de necesidades básicas insatisfechas. Se aplicarán a este fondo, en lo pertinente, las demás normas sobre "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" a los que se refiere el artículo 89 de esta Ley. En el

servicio de larga distancia internacional no se aplicará el factor de que trata el artículo 89 y los subsidios que se otorguen serán financiados con recursos de ingresos ordinarios de la Nación y las entidades territoriales;

f) Proponer al mismo consejo la distribución de los ingresos de las tarifas de concesiones de servicio de telefonía móvil celular y de servicios de larga distancia nacional e internacional, para que este determine en el proyecto de presupuesto qué parte se asignará al fondo atrás mencionado y qué parte ingresará como recursos ordinarios de la nación y definir el alcance de los programas de telefonía social que elabore el Fondo de Comunicaciones.

Artículo 85. Contribuciones especiales. Con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, las entidades sometidas a su regulación, control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año conforme a las siguientes reglas:

85.1. Para definir los costos de los servicios que presten las Comisiones y la Superintendencia, se tendrán en cuenta todos los gastos de funcionamiento, y la depreciación, amortización u obsolescencia de sus activos, en el período anual respectivo.

85.2. La superintendencia y las comisiones presupuestarán sus gastos cada año y cobrarán dentro de los límites que en seguida se señalan, solamente la tarifa que arroje el valor necesario para cubrir su presupuesto anual.

La tarifa máxima de cada contribución no podrá ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia y de las Comisiones, cada una de las cuales e independientemente y con base en su estudio fijarán la tarifa correspondiente.

85.3. Si en algún momento las Comisiones o la Superintendencia tuvieran excedentes, deberán reembolsarlos a los contribuyentes, o abonarlos a las contribuciones del siguiente período, o transferirlos a la Nación, si las otras medidas no fueran posibles.

85.4. El cálculo de la suma a cargo de cada contribuyente, en cuanto a los costos de regulación, se hará teniendo en cuenta los costos de la comisión que regula el sector en el cual se desempeña; y el de los costos de vigilancia, atendiendo a los de la Superintendencia.

85.5. La liquidación y recaudo de las contribuciones correspondientes al servicio de regulación se efectuará por las comisiones respectivas y las correspondientes al servicio de inspección, control y vigilancia estarán a cargo de la Superintendencia.

[...]

Parágrafo 1º. Las Comisiones y la Superintendencia se financiaran exclusivamente con las contribuciones a las que se refiere este artículo y con la venta de sus publicaciones. Sin embargo, el gobierno incluirá en el presupuesto de la Nación apropiaciones suficientes para el funcionamiento de las Comisiones y de la Superintendencia durante los dos primeros años.

Parágrafo 2º. Al fijar las contribuciones especiales se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuan do hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos. Estos rubros podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia.

Artículo 86. El régimen tarifario. El régimen tarifario en los servicios públicos a los que esta Ley se refiere, está compuesto por reglas relativas a:

86.1. El régimen de regulación o de libertad.

Artículo 87. Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

87.1. Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste.

87.2. Por neutralidad se entiende que cada consumidor tendrá el derecho a tener el mismo tratamiento tarifario que cualquier otro si las características de los costos que ocasiona a las empresas de servicios públicos son iguales. El ejercicio de este derecho no debe impedir que las empresas de servicios públicos ofrezcan opciones tarifarias y que el consumidor escoja la que convenga a sus necesidades.

[...]

87.4. Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.

[...]

87.7. Los criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrán prioridad en la definición del régimen tarifario. Si llegare a existir contradicción entre el criterio de eficiencia y el de suficiencia financiera, deberá tomarse en cuenta que, para una empresa eficiente, las tarifas económicamente eficientes se definirán tomando en cuenta la suficiencia financiera.

87.8. Toda tarifa tendrá un carácter integral, en el sentido de que supondrá una calidad y grado de cobertura del servicio, cuyas características definirán las comisiones reguladoras. Un cambio en estas características se considerará como un cambio en la tarifa.

[...]

Parágrafo 1º. Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. Tanto éstas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga.

Parágrafo 2. Para circunstancias o regímenes distintos a los establecidos en el parágrafo anterior, podrán existir metodologías tarifarias definidas por las comisiones respectivas. Para tal efecto, se tomarán en cuenta todas las disposiciones relativas a la materia que contiene esta Ley.

Artículo 88. Regulación y libertad de tarifas. Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:

88.1. Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales que se enumeran adelante. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

88.2. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuando se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

Artículo 89. Aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta Ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

[...]

89.1. Se presume que el factor aludido nunca podrá ser superior al equivalente del 20% del valor del servicio y no podrán incluirse factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta Ley, las comisiones sólo permitirán que el factor o factores que se han venido cobrando, se incluyan en las facturas de usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales. Para todos estos, el factor o factores se determinará en la forma atrás dispuesta, se discriminará en las facturas, y los recaudos que con base en ellos se hagan, recibirán el destino señalado en el artículo 89.2 de esta Ley.

89.2. Quienes presten los servicios públicos harán los recaudos de las sumas que resulten al aplicar los factores de que trata este artículo y los aplicarán al pago de subsidios, de acuerdo con las normas pertinentes, de todo lo cual llevarán contabilidad y cuentas detalladas. Al presentarse superávits, por este concepto, en empresas de servicios públicos oficiales de orden distrital, municipal o departamental se destinarán a "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" para empresas de la misma naturaleza y servicio que cumplan sus actividades en la misma entidad territorial al de la empresa aportante. Si los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" después de haber atendido los subsidios de orden distrital, municipal o departamental, según sea el caso, presentaren superávits, estos últimos se destinarán para las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en departamentos, distritos o municipios limítrofes, respectivamente. Los repartos se harán de acuerdo a los mecanismos y criterios que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de agua potable o saneamiento básico y telefonía local tija, se destinarán a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" del municipio o distrito correspondiente y serán transferidos mensualmente, de acuerdo con los mecanismos que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de energía eléctrica y gas combustible irán a los fondos que más adelante se desarrollan en este mismo artículo.

[...]

89.4. Quienes generen su propia energía, y la enajenen a terceros o asociados, y tengan una capacidad instalada superior a 25.000 Kilovatios, recaudarán y aportarán, en nombre de los consumidores de esa energía equivalente, al fondo de "solidaridad y redistribución de ingresos" del municipio o municipios en donde ésta sea enajenada, la suma que resulte de aplicar el factor pertinente del 20% a su generación descontando de ésta lo que vendan a empresas distribuidoras. Esta generación se evaluará al 80% de su capacidad instalada, y valorada con base en el costo promedio equivalente según nivel de tensión que se aplique en el respectivo municipio; o, si no la hay, en aquel municipio o distrito que lo tenga y cuya cabecera esté más próxima a la del municipio o distrito en el que se enajene dicha energía. El generador hará las declaraciones y pagos que correspondan, de acuerdo con los procedimientos que establezca la comisión de regulación de energía y gas domiciliario.

89.5. Quienes suministren o comercialicen gas combustible con terceros en forma independiente, recaudarán, en nombre de los consumidores que abastecen y aportarán, al fondo de "solidaridad y redistribución de ingresos" de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), la suma que resulte de aplicar el factor pertinente del 20%, al costo económico de suministro en puerta de ciudad, según reglamentación que haga la comisión de regulación de energía y gas domiciliario. El suministrador o comercializador hará las declaraciones y pagos que correspondan, de acuerdo con los procedimientos que establezca la misma comisión.

[...]

Artículo 90. Elementos de las fórmulas de tarifas. Sin perjuicio de otras alternativas que puedan definir las comisiones de regulación, podrán incluirse los siguientes cargos:

90.1. Un cargo por unidad de consumo, que refleje siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos que varíen con el nivel de consumo como la demanda por el servicio;

90.2. Un cargo fijo, que refleje los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independientemente del nivel de uso.

Se considerarán como costos necesarios para garantizar la disponibilidad permanente del suministro aquellos denominados costos fijos de clientela, entre los cuales se incluyen los gastos adecuados de administración, facturación, medición y los demás servicios permanentes que, de acuerdo a definiciones que realicen las respectivas comisiones de regulación, son necesarios para garantizar que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad y con eficiencia.

90.3. Un cargo por aportes de conexión el cual podrá cubrir los costos involucrados en la conexión del usuario al servicio. También podrá cobrarse cuando, por razones de suficiencia financiera, sea necesario acelerar la recuperación de las inversiones en infraestructura, siempre y cuando estas correspondan a un plan de expansión de costo mínimo. La fórmula podrá distribuir estos costos en alícuotas partes anuales.

El cobro de estos cargos en ningún caso podrá contradecir el principio de la eficiencia, ni trasladar al usuario los costos de una gestión inefficiente o extraer beneficios de posiciones dominantes o de monopolio.

Las comisiones de regulación siempre podrán diseñar y hacer públicas diversas opciones tarifarias que tomen en cuenta diseños óptimos de tarifas. Cualquier usuario podrá exigir la aplicación de una de estas opciones, si asume los costos de los equipos de medición necesarios.

Artículo 92. Restricciones al criterio de recuperación de costos y gastos de operación. En las fórmulas de tarifas las comisiones de regulación garantizarán a los usuarios a lo largo del tiempo los beneficios de la reducción promedio de costos en las empresas que prestan el servicio; y, al mismo tiempo, darán incentivos a las empresas para ser mas eficientes que el promedio, y para apropiarse los beneficios de la mayor eficiencia.

Con ese propósito, al definir en las fórmulas los costos y gastos típicos de operación de las empresas de servicios públicos, las comisiones utilizarán no solo la información propia de la empresa, sino la de otras empresas que operen en condiciones similares, pero que sean mas eficientes.

También podrán las comisiones, con el mismo propósito, corregir en las fórmulas los índices de precios aplicables a los costos y gastos de la empresa con un factor que mida los aumentos de productividad que se esperan en ella, y permitir que la fórmula distribuya entre la empresa y el usuario los beneficios de tales aumentos.

Artículo 94. Tarifas y recuperación de pérdidas. De acuerdo con los principios de eficiencia y suficiencia financiera, y dada la necesidad de lograr un adecuado equilibrio entre ellos, no se permitirán alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales. La recuperación patrimonial deberá hacerse, exclusivamente, con nuevos aportes de capital de los socios, o con cargo a las reservas de la empresa o a sus nuevas utilidades.

Artículo 96. Otros cobros tarifarios.

[...]

Las comisiones de regulación podrán modificar las fórmulas tarifarias para estimular a las empresas de servicios públicos domiciliarios de energía y acueducto a hacer inversiones tendientes a facilitar a los usuarios la mejora en la eficiencia en el uso de la energía o el agua, si tales inversiones tienen una tasa de retorno económica suficiente para justificar la asignación de los recursos en condiciones de mercado.

Artículo 98. Prácticas tarifarias restrictivas de la competencia. Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos:

98.1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales,

especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.

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

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

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

Artículo 124. Actuación administrativa. Para determinar las fórmulas tarifarias se aplicarán las normas sobre régimen tarifario de las empresas de servicios públicos previstas en esta Ley, las normas del Código Contencioso Administrativo, y las siguientes reglas especiales:

124.1. La Coordinación ejecutiva de la comisión de regulación respectiva impulsará toda la actuación; sin embargo, cuando corresponda a la comisión como autoridad nombrar peritos, el nombramiento corresponderá a la comisión misma.

124.2. Si la actuación se inicia de oficio, la comisión debe disponer de estudios suficientes para definir la fórmula de que se trate; si se inicia por petición de una empresa de servicios públicos, el solicitante debe acompañar tales estudios. Son estudios suficientes, los que tengan la misma clase y cantidad de información que haya empleado cualquier comisión de regulación para determinar una fórmula tarifaria.

Artículo 125. Actualización de las tarifas. Durante el periodo de vigencia de cada fórmula, las empresas podrán actualizar las tarifas que cobran a sus usuarios aplicando las variaciones en los índices de precios que las fórmulas contienen. Las nuevas tarifas se aplicarán a partir del día quince del mes que corresponda, cada vez que se acumule una variación de, por lo menos, un tres por ciento (3%) en alguno de los índices de precios que considera la fórmula.

Cada vez que las empresas de servicios públicos reajusten las tarifas, deberán comunicar los nuevos valores a la Superintendencia de servicios públicos, y a la comisión respectiva. Deberán, además, publicarlos, por una vez, en un periódico que circule en los municipios en donde se presta el servicio, o en uno de circulación nacional.

Artículo 126. Vigencia de las fórmulas de tarifas. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas.

Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas.

Artículo 127. Inicio de la actuación administrativa para fijar nuevas tarifas. Antes de doce meses de la fecha prevista para que termine la vigencia de las fórmulas tarifarias, la comisión deberá poner en conocimiento de las empresas de servicios públicos las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las fórmulas del periodo siguiente. Después, se aplicará lo previsto en el artículo 124.

Artículo 128. Contrato de servicios públicos.

[...]

Los contratos entre quienes presten el servicio de larga distancia nacional e internacional y sus usuarios se someterán a las reglas del contrato de servicios públicos que contiene esta Ley. Las comisiones de regulación podrán señalar, por vía general, los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales, y no será parte del contrato a partir del momento en que acrede ante la empresa, en la forma en que lo determinen las comisiones, que entre él y quienes efectivamente consumen el servicio existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble. En estos casos se facilitará la celebración del contrato con los consumidores. [C 1162 00]

Artículo 133. Abuso de la posición dominante. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

[...]

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta Ley.

La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado.

Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción.

Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada.

Artículo 146. La medición del consumo, y el precio en el contrato.

[...]

Parágrafo. La Comisión de Regulación respectiva, en un plazo no superior a tres años a partir de la vigencia de la presente Ley, reglamentará los aspectos relativos a este artículo con el fin de evitar traumatismos en la prestación de los servicios objeto de esta Ley.

Artículo 160. Prioridades en la aplicación de las normas. Cuando la Comisión de regulación de agua potable y saneamiento, y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios apliquen las normas de su competencia, lo harán dando prioridad al objetivo de mantener y extender la cobertura de esos servicios, particularmente en las zonas rurales, municipios pequeños y áreas urbanas de los estratos 1 y 2; y de tal manera que, sin renunciar a los objetivos de obtener mejoras en la eficiencia, competencia y calidad, éstos se logren sin sacrificio de la cobertura.

Artículo 162. Funciones del Ministerio de Desarrollo, y del Viceministerio de Vivienda, Desarrollo Urbano y Agua Potable. El Ministerio de Desarrollo, a través del Vice-Ministerio de Vivienda, Desarrollo Urbano y Agua Potable, ejercerá las siguientes funciones, además de las competencias definidas para los Ministerios en esta Ley, en relación con los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo urbano, y además todas aquellas que las complementen.

[...]

162.2. Asistir técnica e institucionalmente a los organismos seccionales y locales, para el adecuado cumplimiento de sus funciones y de las decisiones de la comisión de regulación de los servicios de agua potable y saneamiento.

Artículo 163. Fórmulas tarifarias para empresas de acueducto y saneamiento básico. Las fórmulas tarifarias, además de tomar en cuenta los costos de expansión y reposición de los sistemas de agua potable y saneamiento básico, incluirán los costos de administración, operación y mantenimiento asociados con el servicio. Además, tendrán en cuenta indicadores de gestión operacional y administrativa, definidos de acuerdo con indicadores de empresas comparables más eficientes que operen en condiciones similares. Incluirán también un nivel de pérdidas aceptable según la experiencia de otras empresas eficientes.

Artículo 164. Incorporación de costos especiales. Con el fin de garantizar el adecuado ordenamiento y protección de las cuencas y fuentes de agua, las fórmulas tarifarias de los servicios de acueducto y alcantarillado incorporarán elementos que garanticen el cubrimiento de los costos de protección de las fuentes de agua y la recolección, transporte y tratamiento de los residuos líquidos. Igualmente, para el caso del servicio de aseo, las fórmulas tomarán en cuenta, además de los aspectos definidos en el régimen tarifario que establece la presente Ley, los costos de disposición final de basuras y rellenos sanitarios.

Las empresas de servicios del sector de agua potable y saneamiento básico pagarán las tasas a que haya lugar por el uso de agua y por el vertimiento de afluentes líquidos, que fije la autoridad competente de acuerdo con la ley.

Cuando estas empresas produzcan, como autogeneradoras, marginalmente energía para la operación de sus sistemas, la producción de esta energía no estará sujeta al pago de ningún gravamen, tasa o contribución.

Ley 286 de 1996

(julio 3)

por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142 y 143 de 1994

Artículo 1. Tránsito de legislación. Las empresas de servicios públicos deberán alcanzar progresivamente los límites establecidos en las Leyes 142 y 143 de 1994 y la Ley 223 de 1995 en materia de factores de contribución, tarifas y subsidios en el plazo y con la celeridad que establezca antes del 30 de noviembre de 1996 la respectiva Comisión de Regulación. En ningún caso, el período de transición podrá exceder los plazos que se señalan a continuación:

1. Para los servicios de energía eléctrica y de gas combustible hasta el 31 de diciembre del año 2000, y

2. Para los servicios de agua potable, saneamiento básico y telefonía pública básica comutada hasta el 31 de diciembre del 2001.

Ley 632 de 2000

(diciembre 29)

por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142, 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996.

Artículo 2º. Subsidios y contribuciones para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo. Las entidades prestadoras de estos servicios deberán alcanzar los límites establecidos en el artículo 99.6 de la Ley 142 de 1994, en materia de subsidios, en el plazo, condiciones y celeridad que establezca, antes del 28 de febrero de 2001, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. En ningún caso, el período de transición podrá exceder el 31 de diciembre del año 2005 ni el desmonte de los subsidios realizarse en una proporción anual inferior a la quinta parte del desmonte total necesario.

En todo caso, una vez superado el período de transición aquí establecido no se podrán superar los factores máximos de subsidios establecidos en la Ley 142 de 1994.

Para las entidades prestadoras de estos servicios, el factor a que se refiere el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994 se ajustará al porcentaje necesario para asegurar que el monto de las contribuciones sea suficiente para cubrir los subsidios que se apliquen, de acuerdo con los límites establecidos en dicha ley, y se mantenga el equilibrio. Las entidades prestadoras destinarán los recursos provenientes de la aplicación de este factor para subsidios a los usuarios atendidos por la entidad, dentro de su ámbito de operaciones. El Gobierno Nacional establecerá la metodología para la determinación de dicho equilibrio.

Artículo 3º. Régimen de subsidios para el servicio público de energía eléctrica. Se podrá continuar aplicando subsidios dentro de los límites establecidos en las Leyes 142 y 143 de 1994, una vez superado el período de transición aquí establecido.

El período de transición para que las empresas que prestan el servicio público de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional, alcancen los límites establecidos en las Leyes 142 y 143 de 1994 en materia de subsidios, no podrá exceder del 31 de diciembre del año 2001.

El plazo para que los prestadores del servicio público de energía eléctrica en las zonas no interconectadas alcancen los límites establecidos en materia de subsidios, no podrá exceder del 31 del diciembre del año 2003.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas establecerá la gradualidad con la que dichos límites serán alcanzados.

Ley 689 de 2001

(agosto 28)

por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994.

Artículo 18. Modifícase el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así:

"Artículo 130. Partes del contrato. Son partes del contrato la empresa de servicios públicos, el suscriptor y/o usuario.

[...]

Parágrafo. Si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá dos períodos consecutivos de facturación, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio. Si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma".

Artículo 19. Modifícase el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así:

"Artículo 140. Suspensión por incumplimiento. El incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios y en todo caso en los siguientes:

La falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas.

Es causal también de suspensión, la alteración inconsulta y unilateral por parte del usuario o suscriptor de las condiciones contractuales de prestación del servicio.

Durante la suspensión, ninguna de las partes puede tomar medidas que hagan imposible el cumplimiento de las obligaciones recíprocas tan pronto termine la causal de suspensión.

Haya o no suspensión, la entidad prestadora puede ejercer todos los derechos que las leyes y el contrato uniforme le conceden para el evento del incumplimiento.

Artículo 23. Margen de seguridad. Por razones de seguridad dentro del precio de venta del GLP la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) incluirá un rubro denominado "Margen de Seguridad", con destino exclusivo al mantenimiento y reposición de los cilindros y tanques estacionarios utilizados en la comercialización del GLP. El recaudo y administración de dicho rubro será reglamentado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley y será reajustado anualmente de acuerdo con el IPC. En cualquier caso, la CREG deberá otorgar participación a los distribuidores de GLP en la reglamentación que se expida. En dicha reglamentación se buscará en forma concertada un mecanismo que permita que los distribuidores tengan participación en el recaudo y administración de los recursos, estableciendo todos los controles necesarios.

La reposición y mantenimiento de los cilindros serán realizados de acuerdo con la regulación que al efecto expida la Comisión de Regulación de

Energía y Gas (CREG), dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, para garantizar el buen estado de los cilindros en el tiempo y la seguridad para el usuario.

III. LA DEMANDA

El actor fundamenta la demanda con base en tres cargos diferentes, cada uno de los cuales cubre varios artículos, a saber:

1. El demandante solicita que se integre lo que él llama una "proposición jurídica completa para el mismo cargo [...]. Todas las normas demandadas corresponden a funciones de las Comisiones de Regulación"¹.

Afirma que el numeral 3.9. (parcial) del artículo 3, los numerales 6.3. (parcial) y 6.4. (parcial) del artículo 6, el párrafo del artículo 9, el numeral 11.8 (parcial) del artículo 11, el numeral 14.10 (parcial) del artículo 14, el artículo 16 (parcial), el artículo 18 (parcial), el artículo 20 (parcial), el artículo 21, el artículo 23 (parcial), el artículo 28 (parcial), el artículo 31 (parcial), el artículo 35 (parcial), el numeral 36.6 (parcial) del artículo 36, el artículo 37 (parcial), el numeral 39.4 (parcial) del artículo 39, los párrafos 1 y 2 del artículo 40, los numerales 44.1. (parcial), 44.2 (parcial) y 44.3 (parcial) del artículo 44, el artículo 45 (parcial), el artículo 48 (parcial), el artículo 52 (parcial), el artículo 66 (parcial), el numeral 67.1 (parcial) del artículo 67, el artículo 68 (parcial), el artículo 70 (parcial), el artículo 73, el artículo 74, el inciso primero (parcial), los numerales 85.1 (parcial), 85.2 (parcial), 85.3 (parcial), 85.5 (parcial) y los párrafos 1 y 2 del artículo 85 (parcial), el numeral 87.8. (parcial) del artículo 87, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5. (parcial) del artículo 89, el inciso primero y los numerales 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 96 (parcial), el artículo 127, el inciso tercero del artículo 128, el numeral 133.26 (parcial) del artículo 133, el párrafo del artículo 146, el artículo 160 (parcial), y el numeral 162.2. (parcial) del artículo 162 de la Ley 142 de 1994; el artículo 1º de la Ley 286 de 1996; el artículo 2º y el artículo 3º de la Ley 632 de 2000; y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001, vulneran los artículos 6º, 115, 122, 124, 150 numerales 7 y 23, 189 numerales 14, 16, 17 y 22, 209, 211 y 370 de la Constitución porque contemplan una "indebida asignación por la Ley de las funciones del Presidente de la República a las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos, e indebida regulación de las funciones y condiciones de la delegación"².

En efecto, "[I]a Ley 142 de 1994, y sus modificaciones parciales, se preocupó, de entrada, en darle la primacía en el ejercicio de las funciones de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios a las Comisiones de Regulación de Servicios Pùblicos relegando al Presidente de la República, en este aspecto, a un segundo plano"³, lo cual se hace particularmente evidente en el inciso 2º del artículo 68 de esta ley.

No obstante, en virtud de lo prescrito en el artículo 211 de la Constitución, es necesario que primero se señalen en la ley las funciones que el Presidente puede delegar y luego que se fijen las condiciones para que dichas funciones puedan ser delegadas.

Así, la Ley 142 de 1994 "no señaló primeramente las funciones que el Presidente de la República podía delegar [...] ni] fijó, debiendo hacerlo, las condiciones para que el Presidente de la República pudiera delegar en las Comisiones de Regulación"⁴.

De esta forma, hay una inexequibilidad por omisión toda vez que el legislador asignó directamente a la comisiones de regulación la función de señalar las políticas generales de administración y control de los servicios públicos en lugar de establecer las condiciones bajo las cuales dichas funciones podrían ser delegadas a tales comisiones por el Presidente de la República.

Dice también que hay una vulneración directa a la Carta Política por parte de las demás normas acusadas. Ello obedece a que mientras que el artículo 370 de la Constitución radica "la titularidad de la función de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios"⁵ en el Presidente de la República, los artículos acusados lo hacen, de manera directa, en las comisiones de regulación. La vulneración de los numerales 7 y 23 del artículo 150 y de los numerales 14, 16, 17 y 22 del artículo 189 de la Carta obedece a la misma razón.

"En cuanto a los artículos 122 y 124 de la Constitución Política de Colombia -señala el actor-, la ley o el reglamento deben asignar las funciones de todo empleo público, y la responsabilidad de los servidores públicos debe ser determinada por la ley para hacerla efectiva. Pero la asignación de funciones y responsabilidad deben respetar el artículo 6º de la Constitución Política de Colombia en cuanto a que los servidores públicos son responsables por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Siendo privativa del Presidente de la República la función de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, en virtud del artículo 370 de la Constitución Política de Colombia, las Comisiones de Regulación de los Servicios Pùblicos sólo podían recibir por delegación estas funciones y responsabilidad del Presidente de la República, pero no podían recibirlas directamente de la ley como ocurrió con las normas demandadas de la Ley 142 de 1994 y de sus modificaciones parciales. La Ley 142 de 1994 y sus modificaciones se debieron limitar a la creación de las Comisiones de Regulación de los Servicios Pùblicos, facultándolas a recibir por delegación las funciones y responsabilidades que el Presidente de la República, según la ley, trasladara de sus funciones constitucionales. Es decir, que las funciones de las Comisiones de Regulación de Servicios Pùblicos se debían recibir y ejercer por delegación y no por asignación directa de la Ley, como ocurrió con las normas demandadas de la Ley 142 de 1994 y sus modificaciones parciales"⁶.

Por último señala que, "el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia establece como principio de la función administrativa la delegación, pero al no haberse cumplido efectivamente el artículo 211 de la misma, este principio se vio vulnerado por las normas demandadas de la Ley 142 de 1994 y sus modificaciones parciales"⁷.

2. El demandante solicita que se integre una "proposición jurídica completa para el mismo cargo [...]. Las normas demandadas se refieren a las

reglas, fórmulas y régimen tarifario de los servicios públicos"⁸.

Sostiene que los numerales 2.6, 2.7 y 2.9 del artículo 2, el numeral 14.11 del artículo 14, el inciso segundo y los numerales 34.1 a 34.6. del artículo 34, el parágrafo del artículo 39 (parcial), el art. 86, 1 (parcial), el inciso 1º (parcial) y los numerales 87.1., 87.2. (parcial), 87.4., 87.7., 87.8. (parcial) y párrafos 1º y 2º del artículo 87, el inciso primero (parcial) y los numerales 88.1., 88.2. y 88.3. del artículo 88, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5 (parcial) del artículo 89, el inciso primero (parcial) y los numerales 90.1 (parcial), 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 94 (parcial), el artículo 96 (parcial), el artículo 98, el artículo 124, el artículo 125, el artículo 126, el artículo 127, el artículo 163 y el artículo 164 de la Ley 142 de 1994; y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001 contravienen los artículos 1º, 2º, 58, 333, 334, 365, 366 y 367 de la Constitución porque "[e]l Estado debe ejercer la intervención en la regulación de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios por encima de la libertad económica [y porque] las tarifas de los servicios públicos no pueden incrementarse por encima del Índice de Precios al Consumidor IPC. Calidad de vida de los habitantes"⁹.

El actor considera que la intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos (art. 2º de la Ley 142 de 1994), la posibilidad de determinar libremente las tarifas de los servicios aplicables a medianos y pequeños consumidores (art. 14.11. de la Ley 142 de 1994), la protección a la competencia y a la libertad económica (arts. 34 y 39 de la Ley 142 de 1994), la ponderación de las reglas que regulan el régimen tarifario (art. 86 de la Ley 142 de 1994), los principios con base en los cuales se fija dicho régimen (art. 87 de la Ley 142 de 1994) responde a la necesidad de proteger la libertad de empresa y de mercado y no los intereses públicos, lo cual vulnera el artículo 365 de la Constitución pues de esta forma el Estado se deshace de su obligación de intervenir en la prestación de los servicios públicos. Existe también una vulneración del Estado social de derecho porque bajo el régimen de libertad que contemplan las normas acusadas no se puede aplicar el principio de la solidaridad.

En efecto, sostiene que "[l]a regulación de los servicios públicos domiciliarios se hizo en la ley con miras a proteger la libertad económica de las empresas por encima de los derechos de los usuarios. Se protegió con las normas demandadas los derechos de libertad de la actividad económica e iniciativa privada por encima del bien común y por encima de la función social de la empresa. Se protege el mercado, el capital, así sea necesario violentar los derechos colectivos"¹⁰.

Estima que las reglas relativas a la retribución de los accionistas (art. 87 de la Ley 142 de 1994), el régimen de regulación de las tarifas (art. 88 de la Ley 142 de 1994), los elementos que conforman las fórmulas tarifarias (art. 90 de la Ley 142 de 1994), los incentivos que se dan para una mayor productividad de las empresas (art. 92 de la Ley 142), la inclusión en la tarifa de costos tales como los de administración, operación y mantenimiento del servicio de agua potable, de niveles de pérdida aceptables, del costo de protección de las fuentes de agua, así los de recolección, transporte y disposición de desechos (arts. 163 y 164 de la Ley 142 de 1994, respectivamente) y los de reposición de los cilindros en la tarifa del gas licuado petróleo (art. 23 de la Ley 689 de 2001), se rigen por los criterios de eficiencia económica y rentabilidad del capital, y no según los principios del Estado social de derecho.

Así pues, observa que "[l]os servicios públicos domiciliarios son servicios básicos, y no se puede garantizar el acceso efectivo a ellos, a través de tarifas a precios de mercado para proteger la libertad económica y de competencia. [...] No se puede menoscabar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y de la población en aras de proteger la libertad económica, la libertad de empresa y la competencia. La solidaridad de las personas que integran la República de Colombia es un principio fundamental pregonado por el artículo 1º de la Constitución Política de Colombia, y es un principio fundamental en la fijación del régimen tributario, como lo exige el artículo 367 de la misma Constitución. No es un principio fundamental el mercado en el régimen tarifario de los servicios públicos"¹¹. Agrega que, en virtud del artículo 58 de la Constitución, los conflictos entre las necesidades públicas y los derechos de los particulares, deben resolverse a favor de las primeras.

Sin embargo, cuando el Estado no sigue tales criterios, su actuar se aparta de la Constitución. "Tal es el caso de las normas demandadas: el Estado con una indebida intervención económica o con una mal entendida intervención económica estableció el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios protegiendo la libertad económica, la libertad de competencia, el mercado, los precios del mercado, los derechos individuales económicos de los accionistas, y desprotegiendo los derechos colectivos de los usuarios, desmejorando el bienestar general y la calidad de vida de la población [...]. El sacrificio de la intervención económica deben sufrirlo el Estado y los particulares que explotan los servicios públicos domiciliarios y no la población ni los habitantes del territorio nacional"¹².

Afirma que la aplicación de ese régimen tarifario genera que el incremento de los servicios públicos pueda ser superior al aumento del costo de vida, de manera que las tarifas de hacen inalcanzables para muchos usuarios, lo cual conduce a que, en la práctica, se imponga una carga a los usuarios más pobres.

Considera que el procedimiento administrativo que describen los artículos 124 a 127 de la Ley 142 de 1994 "se rige por las reglas establecidas en los artículos 86, 87 y 88 de la Ley 142 de 1994; esto es, la eficiencia económica y la suficiencia financiera como postulados de libertad de mercado y libertad económica"¹³, en perjuicio de las necesidades de la población. En efecto, estima que "[n]o se trata de proteger sólo al inversionista, al mercado: se deben proteger los derechos colectivos de los usuarios de los servicios públicos"¹⁴. Considera así que los artículos 124 a 127 de la Ley 142 de 1994 contemplan un procedimiento para la fijación de las tarifas de los servicios públicos que responde a los intereses de las empresas y no a los derechos y a las necesidades de los usuarios.

3. 1. El demandante solicita que se integre una "proposición jurídica completa por el mismo cargo [...]. Las normas demandadas se refieren a la suspensión del servicio a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios"¹⁵.

Considera que el parágrafo del artículo 18 y el artículo 19 de la Ley 689 de 2001 vulneran los artículos 13, 42, 44, 49, 52, 67, 334 y 365 de

la Constitución porque "[l]a suspensión de los servicios públicos domiciliarios implica el desmejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y de la población, en los términos de los artículos 334 y 366 de la Constitución Política de Colombia. Este deterioro de la calidad de vida implica necesariamente que no se satisfacen las necesidades de salud, educación, recreación, desmejorando los derechos de los menores, perdiéndose la garantía integral de la familia, y violándose el derecho a la igualdad. Es que los servicios públicos domiciliarios corresponden a la responsabilidad del Estado y son inherentes a la finalidad del Estado. La prestación de los servicios públicos domiciliarios no se puede mirar con la lupa de los servicios privados porque el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado"¹⁶.

Considera que la suspensión de los servicios públicos por falta de pago no es una medida que se ajuste a la Constitución "porque el sacrificio que ello conlleva para el usuario proviene de la violación de sus derechos fundamentales. Otras medidas para hacer efectivo el pago se encuentran en el derecho privado, de las cuales puede hacer uso la entidad prestadora de los servicios, pero no transgrediendo los derechos fundamentales de los usuarios, protegidos por la Constitución"¹⁷.

IV. INTERVENCIONES DE AUTORIDADES PÚBLICAS

1. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Este ministerio intervino por medio de apoderada para solicitar que se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

La interveniente señala que si bien el actor acusa una gran cantidad de normas, el argumento principal consiste en que la ley asignó a las comisiones de regulación competencias propias del Presidente de la República, asunto que fue ya analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-272 de 1998, por medio de la cual declaró la exequibilidad del artículo 68 de la Ley 142 de 1994. Luego procede al estudio de los cargos propuestos.

1. Señala que "la regulación en materia de servicios públicos domiciliarios corresponde integralmente al Estado, no sólo al Presidente de la República y su desarrollo debe estar dado por la Ley"¹⁸. Así, el artículo 365 de la Constitución prescribe que "los servicios públicos estarán sujetos al régimen jurídico que fije la ley" y el 367 determina que "[l]a ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios" y que "[l]a ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas".

De acuerdo con el artículo 370, corresponde al Presidente de la República "fijar políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, dejando por fuera distintos aspectos como calidad, cobertura y financiación de los servicios públicos, régimen tarifario y, deberes y derechos de los usuarios"¹⁹.

Así pues, como lo ha puesto de presente la Corte Constitucional "al Legislativo le corresponde la determinación de la parte estática y al Ejecutivo, la dinámica"²⁰.

2. La interveniente sostiene que la intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos se realiza de dos formas: i) por medio de la regulación de los contratos para su prestación (tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-1162 de 2000) con el propósito de garantizar al usuario la adecuada prestación del servicio; y ii) por medio del régimen tarifario.

Hay dos regímenes tarifarios diferentes: 1) "Libertad Regulada: Régimen de tarifas mediante el cual la Comisión de Regulación fija los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas que presten el servicio público domiciliario pueden determinar o modificar los precios máximos que cobrarán a los usuarios finales por el servicio. Tales criterios y metodologías se expresan mediante fórmulas (fórmulas tarifarias)" y 2) "Libertad vigilada: Régimen de tarifas mediante el cual la Comisión de Regulación permite al prestador del servicio la fijación de los criterios y la metodología con arreglo a los cuales la empresa que preste el respectivo servicio público domiciliario pueden determinar o modificar los precios máximos que cobrarán a los usuarios finales del servicio. No obstante, la Comisión vigila el cumplimiento de los principios de libre acceso, competencia y no discriminación, por lo que podría intervenir la libertad otorgada"²¹.

De esta manera, el papel del Estado no consiste en prestar directamente los servicios públicos sino garantizar su eficiente prestación. En efecto, "el Constituyente de 1991 no dejó de lado los criterios de costos, que son los que permiten determinar cuál es el valor del servicio que deben sufragar los usuarios, para, con base en el mismo, aplicar los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. En últimas, esos son los que definen el régimen tarifario. En contraposición a lo expuesto por el actor, el criterio de solidaridad se ve reflejado en el sistema tarifario de los servicios públicos, haciendo que los usuarios de mayores ingresos ayuden a sufragar los costos de la prestación de los servicios a los usuarios de menores ingresos"²².

3. La interveniente afirma que "[l]a noción de servicio público dentro de la concepción de Estado Social de Derecho no significa gratuidad; por el contrario, se tiene que los servicios públicos son onerosos y, en consecuencia, todas las personas tienen la obligación de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del estado a través de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos, dentro de conceptos de justicia y equidad (artículos 95-9 y 368 superiores)"²³, lo cual encuentra respaldo en fallos de la Corte Constitucional tales como las sentencia C-580 de 1992 y C-493 de 1997.

El pago de los servicios públicos, que se origina en las obligaciones contractuales de quien los recibe, es decir, de los usuarios "constituye una garantía de cuya efectividad depende la reposición de los costos, la continuidad en la prestación y el mejoramiento de la calidad de los servicios, entre otros objetivos"²⁴, lo cual justifica la exequibilidad de los artículos 18 y 19 de la Ley 189 de 2001.

2. Intervención del Ministerio de Desarrollo Económico

Este ministerio intervino por medio de apoderado para solicitar que se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

Antes de iniciar el análisis de los cargos, el interveniente sostiene que la pretensión del actor de que se proceda a una integración normativa carece de fundamento pues para que ello sea procedente, es necesario que las normas acusadas guarden entre sí cierta unidad temática, lo cual no ocurre en esta oportunidad.

1. El interveniente señala que "la regulación es una función de intervención del Estado que se puede ejercer en forma legislativa o reglamentaria, dentro de la cual, las agencias especializadas en regulación como las Comisiones de Regulación, no tienen atribuciones de creación normativa asimilada, ni paralela a la ley, ni tienen la facultad de ejercer la potestad reglamentaria del Presidente de la República"²⁵.

Es decir, las funciones de las comisiones de regulación no son asimilables a las que contempla el numeral 23 del artículo 150 de la Carta respecto del Congreso ni a las establecidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución respecto del presidente de la República.

En este orden de ideas, "la propia Carta Política evidencia la necesidad de establecer una clara diferencia entre la potestad reglamentaria y la regulatoria en materia de servicios públicos. Por ello, circumscribe la facultad reglamentaria únicamente a la expedición de ciertas disposiciones que permitan verificar el cumplimiento de la ley, sin que ello conlleve la posibilidad de vaciar la competencia de los organismos especializados de carácter técnico que coadyuvan al Presidente de la República en el desarrollo de los aspectos de regulación económica de los servicios públicos"²⁶. Las funciones de las comisiones de regulación radican en señalar las políticas generales de administración y control de la eficiencia de tales servicios.

En las sentencias C-444 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara) y C-1162 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte Constitucional analizó estas materias.

2. El interveniente indica que por medio de la regulación de los servicios públicos, el Estado busca establecer reglas de juego claras para su prestación eficiente a precios justos. De este modo, la regulación permite que el Estado conserve la responsabilidad última respecto de los servicios públicos, aún cuando en su prestación participen el sector privado o las comunidades organizadas. Por medio de la regulación, el Estado interviene en la economía, tal como lo ordena el artículo 334 de la Constitución para propender por la calidad de los servicios públicos, ampliar la cobertura, atender en forma prioritaria las necesidades básicas, otorgar continuidad al servicio de forma ininterrumpida y eficiente, garantizar la libertad de competencia, evitar la utilización abusiva de la posición dominante, obtener mecanismos garantizadores del acceso al servicio por el usuario y fiscalizar su prestación y establecer un régimen tarifario proporcional para el sector de menores ingresos (art. 2º Ley 142 de 1994).

Los órganos reguladores se hacen cargo de una función propia del Estado por medio de la cual se busca "generar consistencia entre los fines empresariales con los fines sociales"²⁷.

En cumplimiento de esta función, las entidades reguladoras deben garantizar que los usuarios de los servicios disfruten de sistemas adecuados de medición de consumo, que gocen de libertad para elegir la entidad que les proporcione el servicio cuando sea posible, que dispongan de información completa, precisa y oportuna sobre las actividades y operaciones del prestador, excepto la reservas consagradas en las normas, que accedan al servicio mediante contratos de condiciones uniformes, entre otras.

En este orden de ideas, se observa que "las disposiciones acusadas no afectan los derechos colectivos de los usuarios, ni desmejoran su bienestar y calidad de vida, sino por el contrario, pretenden desarrollar los criterios de solidaridad, eficiencia y suficiencia económica precisamente con el fin de preservar los derechos fundamentales que el actor considera vulnerados"²⁸.

3. El interveniente señala que el cargo que formula el actor fue ya desvirtuado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-493 de 1997, en la que se resaltó la naturaleza contractual de la prestación de los servicios públicos y las obligaciones que de esta actividad se derivan para las partes. En el mismo sentido, el artículo 132 de la Ley 142 de 1994 establece que el contrato de servicios públicos se rige por lo allí prescrito, lo cual demuestra que el cargo propuesto no está llamado a prosperar.

3. Intervención del Ministerio de Minas y Energía

Este ministerio intervino por medio de apoderada para defender la exequibilidad de las normas acusadas.

1. La interveniente sostiene que el primer cargo fue ya resuelto por la Corte Constitucional en las sentencias C-444 de 1998 y C-1162 de 2000.

2. Señala que es necesario diferenciar entre costos fijos y variables, pues estos determinan los dos elementos de los que se compone la tarifa, es decir, el cargo fijo (que corresponde al hecho de tener el servicio disponible) y el cargo variable (que corresponde al consumo efectivo).

Así, "determinados los costos totales de prestación de un servicio público (costos) y la forma en que éstos han de ser repartidos entre los diferentes usuarios (tarifas), se entra en la determinación del esquema tarifario con el que regulatoriamente han de manejarse las tarifas"²⁹. El esquema puede ser de libertad regulada o de libertad vigilada.

Por otra parte, los regímenes tarifarios deben obedecer a los principios de sostenibilidad o suficiencia, de eficiencia y de equidad. De esta manera, se observa en razón de tales principios, que el usuario tiene derecho a que se le proporcionen servicios públicos de calidad y el prestador tiene el derecho a ser retribuido por el servicio que presta. Estos principios se ajustan a lo prescrito en el artículo 367 de la Constitución.

Los principios de solidaridad y redistribución son también determinantes para establecer la tarifa de los servicios. En este orden de ideas, "para que tenga aplicación el criterio de solidaridad y redistribución de ingresos, es menester que la estructura de costos del régimen tarifario se encuentre definida porque de lo contrario no es dable afirmar que el legislador otorgó una mayor prevalencia a un criterio sobre el otro para derivar de allí la inexequibilidad de las normas en cuestión"³⁰.

3. Afirma que el derecho de las empresas de servicios públicos de recibir en forma oportuna el pago por la prestación de los mismos, es de carácter constitucional y que así lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-493 de 1997.

4. Intervención del Departamento Nacional de Planeación

Este departamento intervino por medio de apoderado para solicitar que se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

1. El interviniente señala que el actor hace una interpretación indebida de la Ley 142 de 1994 pues en ésta se atribuye la facultad mas no la obligación del Presidente de la República de delegar en las comisiones de regulación las competencias allí descritas. Este tema fue ya analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-272 de 1998, en la que se declaró la exequibilidad del artículo 68 de la Ley 142 de 1994.

2. Señala que "[d]e la lectura completa y sistemática de las normas demandadas, se entiende claramente, que lo que se busca con el régimen tarifario es un régimen equitativo, que favorezca tanto a los usuarios como a los prestadores, en efecto esta tarifa busca por un lado retribuir al prestador por los servicios prestados, así como por la inversión realizada e igualmente por el otro lado lograr eficiencia en el servicio de modo que el valor pagado por el usuario corresponda a criterios de calidad, eficacia y eficiencia, entre otros"³¹.

Por ello actor pasa por alto que los estratos 1, 2 y 3 se benefician de subsidios que son cubiertos por los estratos 5 y 6 en razón del principio de solidaridad.

3. Indica que "[e]l demandante con criterios más propios de una acción de tutela que de una acción de inexequibilidad considera que la posibilidad de suspensión del servicio por falta de pago vulnera los derechos fundamentales de salud, educación, recreación, de menores, la familia y de igualdad"³² y que lo que sería contrario a la Constitución, es que se prohibiera que las empresas cortaran la prestación de los servicios a quienes no los pagan.

5. Intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Esta superintendencia intervino por medio de apoderada para solicitar que se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

1. La interviniente advierte que en la Sentencia C-272 de 1998, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, de manera que existe cosa juzgada sobre dicha norma.

Sin perjuicio de lo anterior, indica que en esa sentencia se analizó la facultad del Presidente de la República de delegar en las comisiones de regulación de los servicios públicos la función de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

Por su parte, en las sentencias C-066 de 1997 y C-444 de 1998 se hizo claridad acerca del alcance del señalamiento de las condiciones jurídicas que rigen la prestación de los servicios públicos. La Sentencia C-1162 de 2000, por su parte, analiza el alcance de las implicaciones jurídicas de la función reguladora.

2. La interviniente considera que es necesario poner de presente que "la competencia es precisamente un derecho que tienen los usuarios de los servicios públicos domiciliarios", pues ello garantiza que su prestación se haga de manera más productiva y menos costosa. Por ello "el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 establece que las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificadas, 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 y señala algunas restricciones indebidas de la competencia"³³.

Así lo puso de presente la Corte Constitucional en la Sentencia C-649 de 2001, a propósito de la constitucionalidad de los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998.

No obstante lo anterior, "no puede afirmarse que hay prelación de la libertad económica e iniciativa privada sobre la intervención del Estado en la economía o al contrario toda vez que la libertad económica establecida en el artículo 333 de la Constitución Política no se contrapone a la intervención del Estado en la economía a que hace referencia el artículo 334 de la Constitución Política"³⁴.

En virtud de lo anterior, se tiene que las comisiones de regulación tienen la facultad de determinar las fórmulas tarifarias. Para tal efecto, se toman en consideración criterios diferentes tales como el incremento en el costo de vida, el aumento de la cobertura y los indicadores de gestión operacional y administrativa.

Por ello, "dentro de la intervención del Estado en la Economía está la facultad de regular las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad"³⁵, lo cual evita que se trasladarse al usuario el costo de la inefficiencia.

3. La interviniente sostiene que los artículos 18 y 19 de la Ley 689 de 2001 responden a la necesidad de garantizar que las partes en los contratos de prestación de servicios cumplan con sus respectivas obligaciones, tema que fue analizado en la Sentencia C- 1162 de 2000.

6. Intervención de la Comisión de Regulación y Agua Potable (CRA)

Esta Comisión intervino por medio de su director ejecutivo para solicitar que se declare la exequibilidad de las normas acusadas. Dado que la intervención tiene el mismo contenido de la presentada por el apoderado del Ministerio de Desarrollo Económico, la Corte se abstendrá de resumirla.

7. Intervención de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)

Esta comisión intervino por medio de apoderado para solicitar que se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

1. El interviniente indica que en opinión del demandante, las normas acusadas con base en el primero de los cargos, son contrarias a los artículos 6, 115, 122, 124, 150, 189, 209, 211, y 370 de la Constitución porque asignaron a las comisiones de regulación funciones propias del Presidente de la República. Así pues, el cargo es inepto en lo que toca con los artículos 3, 6 num. 4, 9, 11, 44, 66, 85 y 162 de la Ley 142 de 1994 dado que éstos no asignan funciones a las Comisiones de Regulación.

Sostiene que en las sentencias C-066 de 1997, C-272 y C-444 de 1998 y C-1162 de 2000, la Corte Constitucional puso de presente que "las funciones de las Comisiones de Regulación pueden provenir, bien de la asignación directa por parte de la ley, esto es, por adscripción, o ya por delegación del Presidente de la República, previa autorización de la ley"³⁶.

Con la expedición de la Constitución de 1991, el Estado dejó de tener el monopolio de los servicios públicos y se convirtió en el garante de su prestación, lo cual abrió la posibilidad de que los particulares pudieran prestarlos. "Es aquí donde la Regulación cobra su mayor dimensión en cuanto al papel que debe cumplir el Estado en relación con los servicios públicos domiciliarios: Mantener la regulación, pero sobre todo regular buscando que su prestación sea eficiente a todos los habitantes del territorio Nacional. Nótese que la norma transcrita atribuye, en forma genérica, al Estado, la función de Regulación, sin asignársela de manera privativa a rama alguna del poder o a entidad estatal específica"³⁷.

En efecto, los artículos 150-23, 365, 367 y 370 de la Constitución señalan las competencias del Congreso acerca de la prestación de los servicios públicos. En particular, el artículo 367 indica de manera expresa que "La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas".

Por su parte, el artículo 370 indica que corresponde al Presidente de la República "[s]eñalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios".

De esta manera, se observa que "el Presidente de la República no es la única autoridad de la administración que está facultada para ejercer funciones relacionadas con la Regulación de los servicios públicos domiciliarios. Pues ya se ha concluido que la ley puede, válidamente, crear otras entidades que integren la administración en el orden nacional, como las Comisiones de Regulación, bien sea para asignarles directamente funciones relacionadas con la regulación de tales servicios, o bien puede la ley asignarlas al Presidente de la República para que éste las delegue en las Comisiones, así como también, autorizar que el Presidente delegue las que la Constitución le asigna"³⁸.

La función de regulación de los mencionados servicios no se agota o se contrae a la definición de políticas generales de administración y de control de eficiencia de los servicios públicos. En ese sentido, es del caso tener en cuenta el artículo 48 Transitorio de la Constitución en el que se pone de presente la amplitud del tema regulatorio: "Dentro de los tres meses siguientes a la instalación del Congreso de la República el Gobierno presentará los proyectos de ley relativos al régimen jurídico de los servicios públicos, a la fijación de competencias y criterios generales que regirán la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como su financiamiento y régimen tarifario, al régimen de participación de los representantes de los municipios atendidos y de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten los servicios, así como los relativos a la protección, deberes y derechos de aquellos y al señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios".

Por su parte, la Corte Constitucional "ha señalado que existen otros aspectos, que si bien no están comprendidos en la función de señalar política generales de administración y de control de los servicios públicos, hacen parte de la regulación de los servicios públicos domiciliarios que corresponde definir al legislador, en relación con los cuales puede atribuir funciones a entidades estatales como las Comisiones de Regulación". Así, por ejemplo, en la Sentencia C-066 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), la Corte reconoció que "[e]n verdad, tal competencia no la dispone expresamente el artículo 370 Superior, pero en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el actor reclamado". Por ello, tal como se indicó en la Sentencia C-272 de 1998, el análisis de la exequibilidad de las competencias asignadas a las comisiones de regulación debe realizarse respecto de cada una de ellas.

En cuanto al artículo 1º de la Ley 286 de 1996 (relativo al plazo en el cual las empresas de servicios públicos deberán alcanzar los objetivos establecidos en las normas respecto de la prestación de tales servicios); a los artículos 2º y 3º de la Ley 632 de 2000 (relativos al régimen de subsidios y contribuciones de los servicios públicos); y al artículo 23 de la Ley 689 de 2001 (relativo al mantenimiento y reposición de los cilindros de gas) se tiene que "el Artículo 367 de la Constitución Política, de manera expresa defirió a la ley la definición del régimen tarifario y la determinación de las entidades competentes para fijar tarifas"³⁹.

Por último, el interviniente anota que "en cuanto se refiere específicamente a la facultad de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, el artículo 370 de la Constitución Política prevé que las debe ejercer el Presidente de la República, con sujeción a la ley. Dado que se trata de una función asignada directamente por la Constitución al Presidente, la ley no tiene discrecionalidad para decidir su desconcentración y por tanto, si desea que tal función sea ejercida por otra autoridad distinta, solamente puede

autorizar que el Presidente las delegue, en los términos del artículo 211 de la Constitución⁴⁰.

2. El interviniente indica que los criterios de eficiencia económica y de suficiencia financiera que el actor considera contrarios a la Carta, son de carácter constitucional. La Ley 142 de 1994 ordena la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios con el fin de garantizar los fines que la Constitución contempla respecto de su prestación. "Una de esas formas de intervención es la fijación de precios para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, a través de la determinación de un régimen tarifario obligatorio para las empresas. Si la ley privilegiara la libre actividad económica, querría ello decir que las empresas podrían fijar libremente sus precios, independientemente de la posición que tuvieran en el Mercado. Sin embargo, la ley no hace eso, sino que prevé que cuando tienen posición dominante, o monopólica, debe sujetarse al régimen de tarifas definido por la Ley, precisamente para que no cobren al usuario costos que reflejen su posición de dominio, sino los costos económicamente eficientes en que incurren en la prestación del servicio. (Ley 142, artículos 73, 86, 87, 88 y siguientes)"⁴¹.

Por ello, se prevé que cuando no haya competencia, las tarifas de los servicios públicos estarán sujetas a las fórmulas que se establezcan para el efecto. En los casos en los que sea posible la competencia entre diversos oferentes, el Estado se limita a prevenir y sancionar las prácticas que restrinjan la competencia.

El criterio de suficiencia financiera desarrolla el principio de la libertad económica y del derecho de propiedad, "pues no tendría sentido y sería contrario a la Constitución que se permita la participación de cualquier persona en la prestación del servicio, con sus recursos, pero que se le impida recuperar la inversión y los gastos en que incurre por el desarrollo de tal actividad"⁴².

La utilización del IPC como único criterio para la definición de las tarifas resultaría inconstitucional. En efecto, la propia Constitución "define que la prestación debe hacerse a todos los habitantes del territorio Colombiano" para lo cual se requiere de recursos que serían imposibles de obtener con la fórmula que el demandante propone.

El principio de solidaridad justifica que se cobren contribuciones a cargo de los usuarios industriales y comerciales y residenciales de estratos 5 y 6 para ofrecer subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, determinados por la ley.

3. El interviniente indica que la relación entre la empresa y el usuario, por la prestación de los servicios públicos domiciliarios, es de naturaleza contractual. Así, "[l]a norma que prevé la posibilidad de suspender el servicio al usuario incumplido, establece un equilibrio contractual entre la empresa y el suscriptor o usuario, tal como lo ha interpretado la H. Corte Suprema de Justicia, tesis que ha acogido la H. Corte Constitucional en varias oportunidades, como en las sentencias T-1016 de 1999, y T-1432 de 2000"⁴³.

8. Intervención de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT)

Esta comisión intervino por medio de apoderada para solicitar que se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

1. La interviniente considera que el actor fundamenta el primer cargo con base en el argumento según el cual las normas acusadas confieren a las comisiones de regulación funciones propias del Presidente de la República. "No obstante, con esta formulación, se desconoce que las funciones que a lo largo de la Ley 142 de 1994 se han asignado a las Comisiones de Regulación pueden provenir de facultades constitucionales diversas, a saber: del ejercicio del poder del legislador de señalar las normas generales que rigen la prestación de los servicios públicos (art. 150.23 C.N.) y, en especial frente a los públicos domiciliarios del señalamiento del régimen jurídico al cual se someten (art. 365 inc. 2); de la determinación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación (art. 367 C.N.); del régimen de protección de usuarios (art. 369 C.N.); y de la regulación como consecuencia de la intervención del Estado en la economía (art. 150.21 C.N.)"⁴⁴.

Indica que en la Sentencia C-272 de 1998, en la que se declaró la exequibilidad del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, acusado también en esta ocasión, la Corte Constitucional se pronunció sobre la naturaleza de las competencias a las comisiones de regulación y sobre la facultad del Presidente de la República de delegar en ellas las competencias relativas a la regulación de los servicios públicos. Solicita que la Corte se esté a la resuelto en esa ocasión respecto del artículo 68 mencionado.

No obstante lo anterior, la interviniente indica que "las comisiones de regulación pueden recibir funciones en virtud de asignación directa por la Ley en los casos en los que el legislador dicta disposiciones y así lo determina en desarrollo de sus facultades Constitucionales derivadas de los artículos 150, 365 y 367 o por decisión del Presidente de la República de delegarles las derivadas de su facultad constitucional prevista en el artículo 370 de la Carta Política"⁴⁵. Por ello, "si el legislador se 'excedió' en su señalamiento del régimen al cual se someten los servicios públicos como consecuencia del ejercicio de la función presidencial, en nuestra opinión, debe evaluarse frente a cada una de las normas demandadas y habría exigido unos cuestionamientos particulares que no han sido efectuados por el actor"⁴⁶.

De esta forma, "[s]i bien extraña el actor que el artículo 68, inciso 1 asigne, en primer término que las Comisiones ejercen el señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos y 'como situación secundaria' se prevea la facultad presidencial de decidir la delegación, el planteamiento del texto legal que puede resultar desafortunado en su redacción no puede considerarse inconstitucional por una apariencia de mayor relevancia de las comisiones frente al Presidente de la República"⁴⁷.

Tampoco es cierto que las funciones de las comisiones de regulación deban tener origen en la delegación presidencial y de ninguna manera en la asignación directa por parte de la ley. En efecto "al presuponer el actor que las funciones de las comisiones de regulación en virtud de la ley 142 de 1994 provienen, en su totalidad y con exclusividad, de la invasión del legislador en la órbita de competencia del Presidente de la República en la determinación de políticas generales de administración y control de los servicios públicos domiciliarios cualquier sometimiento a

éstas resultaría para el accionante inconstitucional y en este sentido se entiende la solicitud planteada mediante esta acción pública"⁴⁸.

Sobre este particular, es del caso tener en cuenta que hay "funciones provenientes de la facultad constitucional del Presidente para fijar políticas para la administración y control de eficiencia de los servicios públicos [las cuales] constituyen el marco dentro del cual el Presidente o las comisiones de regulación, si se determina la delegación, deben ejercer las funciones previstas en el artículo 370 de la Carta Política [y] funciones asignadas directamente por el Legislador, dentro de sus facultades regulatorias de los servicios públicos domiciliarios en materia de régimen jurídico de los servicios, régimen tarifario, régimen de derechos y obligaciones de usuarios y distribución de competencias del Estado para la prestación de servicios públicos [las cuales] corresponden a la participación de las comisiones, en su calidad de organismos técnicos y especializados, como instrumentos de desarrollo de las políticas de los servicios públicos establecidas en la Ley"⁴⁹.

La interveniente presenta un detallado estudio de las competencias que las normas acusadas contemplan para las comisiones de regulación y diferencia las que tienen origen en la asignación de las que lo tienen en la delegación. Luego concluye que "resulta claro que no pueden las comisiones reguladoras invadir la órbita de competencia del legislador, en lo relativo a la definición del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios de que trata el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, ni en lo concerniente a la fijación de políticas generales dentro de las cuales se deben fijar las políticas de administración y control de eficacia de los servicios públicos domiciliarios que corresponde al Presidente de la República, pero sí puede el legislador, sin perjuicio de las competencias anteriormente identificadas, asignar en dichas comisiones funciones especiales de carácter técnico y operativo, por razones de eficiencia y efectividad real de los servicios públicos, por tratarse de organismos que suponen el conocimiento especializado del sector correspondiente. Así mismo, la asignación de funciones a las comisiones por el legislador, de las que competen al Presidente de la República en virtud de sus facultades de administración y control de calidad de los servicios públicos no puede, por sé, ser consideradas inconstitucionales por cuanto, es claro, se encuentra condicionado su ejercicio a la decisión, dentro de los parámetros de la ley como indica el artículo 370 de la C.N., del señor Presidente de delegarlas en las comisiones de regulación. No se trata pues, en este caso, de asignación directa por la Ley"⁵⁰.

2. La interveniente afirma que la Ley 142 de 1994 "tiene como fin regular la prestación de servicios públicos domiciliarios y no exclusiva y prioritariamente el régimen de competencia al que se somete una actividad particular. No obstante, teniendo en cuenta que según lo preceptuado por el artículo 365 de la Carta Política la prestación de los servicios, con anterioridad monopólica y estatal, pueden ser prestados por particulares, no puede ser ajena a la regulación del mercado en aras a garantizar que los fines del servicio público se cumplan en las condiciones de un mercado abierto y competitivo. Sin embargo esta regulación en nada se opone ni es excluyente de la garantía del cumplimiento de los fines sociales de los servicios públicos como lo plantea el demandante. Por el contrario, en su integralidad, la Ley 142 de 1994 desarrolla disposiciones que imponen a los operadores cargas y obligaciones en aras de la naturaleza del servicio que prestan y que, por lo demás, permiten al Estado adoptar medidas y decisiones tendientes a garantizar, como es su obligación constitucional -art. 365 C.N-, la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional"⁵¹.

Por ello, "olvida el actor que el artículo cuestionado señala el marco de la intervención del Estado en el que se destaca, contrario a su deducción, como fines fundamentales de la intervención la garantía de la calidad del servicio, la ampliación permanente de su cobertura, la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas, la prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los servicios, entre otros, con el objetivo final de obtener un mejoramiento en la calidad de vida de los colombianos"⁵².

De esta manera, la Ley 142 de 1994 busca crear condiciones de competencia con el fin de garantizar una eficiente prestación de los servicios públicos, lo cual supone que el destinatario de los mismos se verá favorecido, entre otras, de las tarifas más favorables. "Dentro de éste criterio, ha desarrollado el legislador disposiciones tales como las contenidas en el artículo 34 (prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas y restrictivas) y 98 (prácticas tarifarias restrictivas de la competencia) que, entre otras cosas, a más de regular específicamente el mercado de los servicios públicos en aras de la libre y leal competencia, tiene como fin la garantía del principio de igualdad y el abuso de posiciones dominantes que, sin duda, benefician directamente los intereses de la colectividad y de los usuarios"⁵³.

Lo anterior no supone el desconocimiento de las obligaciones sociales del Estado. Por el contrario, "la ley [142 de 1994] prevé, con fundamento en la Constitución (art. 368 C.N.) que la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas puedan conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, con el fin de que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios (art. 368 de la Constitución). Mediante esta disposición el Estado, obligado a garantizar el acceso y la prestación de los servicios a los habitantes del territorio nacional asume la diferencia entre lo que se les cobra a determinados usuarios por la prestación de un servicio público y su costo real. (art. 99-100 Ley 142 de 1994)"⁵⁴.

En el mismo sentido, el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 dispone que "el régimen tarifario se orienta por los principios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia, todos ellos desarrollados e implementados a lo largo del régimen tarifario. Así las cosas, si bien la composición de la tarifa -en concreto y en particular- incluye los cargos que deben reflejar los costos económicos en aras de la transparencia del mercado y de la igualdad de los usuarios no son éstos los únicos componentes del régimen de tarifas -en general-. Así mismo, si bien el criterio de recuperación de costos es determinante en la tarifa, no es absoluto e ilimitado. Conforme lo señala el artículo 90.3, el cobro de los cargos no puede contradecir el principio de eficiencia ni trasladar a los usuarios los costos de una gestión inefficiente o extraer beneficios de posiciones dominantes o monopolios. Por otra parte, el artículo 92 de la Ley establece la obligación de garantizar a los usuarios los beneficios de la reducción promedio de las empresas que presten el servicio y la distribución entre empresa y usuarios de los beneficios que surjan como consecuencia del aumento de la productividad"⁵⁵.

3. La interveniente afirma que "[s]i bien la prestación de los servicios públicos es una obligación del Estado que la ejerce directamente o a través

de los particulares a los que ha habilitado su prestación, no señala la Constitución una prestación gratuita"⁵⁶.

Por el contrario, el usuario debe cumplir con las obligaciones que le corresponden en razón de la existencia de un contrato de prestación de los servicios públicos.

De esta manera, la suspensión del servicio es un instrumento válido para que los operadores no asuman el costo de la prestación del servicio de los usuarios que se abstienen de hacerlo. "Ahora bien, el no pago dentro de las oportunidades legales y contractuales no sólo incide en la conservación del equilibrio de la relación entre operador y usuario si no que puede afectar, a largo plazo, las condiciones de la prestación del servicio a los demás usuarios lo que iría contra todos los principios constitucionales que protegen su prestación y llegaría a constituirse en un factor de inequidad frente a los que asumen en oportunidad sus obligaciones"⁵⁷.

V. INTERVENCIÓN UNIVERSITARIA

1. Intervención de la Pontificia Universidad Javeriana

El profesor Gustavo Zafra Roldán intervino en el presente proceso en representación de la Pontificia Universidad Javeriana.

1. El interveniente señala que la Constitución no hace referencia a las comisiones de regulación. Con base en ello solicita a la Corte que defina si "la asignación por Ley de competencias a entidades administrativas, sin subordinarlas a las competencias constitucionales expresamente asignadas al Presidente, sería constitucional o no"⁵⁸.

2. Indica que el análisis del segundo de los cargos que presenta el actor implica que se determine si el artículo 370 de la Carta se ve vulnerado de manera directa por las normas acusadas. Solicita que se tenga en cuenta la Gaceta Constitucional del 5 de julio de 1991, que versa sobre la naturaleza social de los servicios públicos y las responsabilidades que debe observar el legislador en su reglamentación.

3. Considera que "la Corte Constitucional debe explorar si la exequibilidad condicionada de ciertas normas permitiría que los Jueces de Tutela y las Superintendencias pudieran definir con claridad cuando las empresas prestadoras de servicios, estarían violando derechos fundamentales por la conexidad con el derecho a una vida digna. El caso es evidente con relación al poder arbitrario de corte de servicios en los estratos económicamente vulnerables (el 0 que existe así se niegue, el 1 y el 2). La lectura del alcance constitucional de la norma no puede limitarse al eficientismo del libre mercado sino también a las normas que consagran el Estado Social de Derecho en Colombia, cuya concreción pasa por la cobertura de los servicios públicos domiciliarios"⁵⁹.

2. Intervención de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

El decano de la Facultad de Jurisprudencia, Juan Manuel Charry Urueña intervino en el presente proceso en representación de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

El interveniente señala que el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 hace referencia de manera expresa a "la responsabilidad que tiene el Presidente de la República de señalar las políticas generales de administración y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, atendiendo de esta forma a la disposición constitucional consignada en el artículo 370 de la Constitución Política"⁶⁰. Por su parte, el artículo 73 de la misma norma, que plasma las funciones y facultades de las comisiones de regulación, debe ser interpretado de acuerdo con lo prescrito en el 68, con lo cual se observa que la titularidad de las mismas recae sobre el Presidente.

Considera que "[s]i bien es cierto que la ley no desarrolló el tema de la forma propuesta por el demandante, es decir, señalando en estricto orden primero las funciones que el Presidente puede delegar y en quien lo puede hacer, para luego fijar las condiciones de dicha delegación, no por ello se puede concluir que es inconstitucional, pues el legislador en su libre configuración de las normas puede optar por otras estructuras siempre y cuando cumpla con los mandatos constitucionales, lo cual ocurre en este caso"⁶¹.

El interveniente indica que la Corte Constitucional analizó este tema en las sentencias C-272 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y C-1162 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

2. Indica que "[e]l Estado debe intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta manera asegurar la calidad de aquéllos y defender los derechos de los usuarios"⁶².

3. Considera que el tercero de los cargos formulados no está llamado a prosperar pues "[e]l Estado al asegurar la prestación del servicio atendiendo a los principios de continuidad, adaptabilidad, neutralidad, igualdad y la obligación de la administración de hacer funcionar correctamente los servicios públicos, está cumpliendo con el deber que la Constitución le ha asignado. A su vez el ciudadano tiene derecho a acceder a los servicios públicos, pero tiene unos deberes para cumplir"⁶³. Así pues, el pago del usuario por el servicio que recibe, es necesario para la sostenibilidad financiera del servicio y, en ese orden de ideas, para garantizar la continuidad del servicio.

3. Intervención de la Universidad Nacional de Colombia

El profesor Carlos Mario Peña Díaz intervino en el presente proceso en representación de la Universidad Nacional de Colombia.

1. El interveniente indica, con base en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 que "las funciones básicamente reguladoras que le atribuye la ley a las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos, deben entenderse bajo la premisa, de haber delegación previa por parte del Presidente de la República y en esa perspectiva se ajustarían a los preceptos constitucionales que se aluden como quebrantados"⁶⁴. La Corte Constitucional

sostuvo esta posición en la Sentencia C-1162 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

2. Señala que, de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución, la prestación de los servicios públicos no es ya de la competencia del Estado. No obstante, él es el responsable de garantizar los propósitos que la Carta prevé respecto de los mismos, para lo cual se sirve de la regulación. Preservar el equilibrio entre la libertad económica y el deber del Estado de garantizar la eficiente prestación de los servicios públicos es, pues, el reto que recae sobre esta función estatal.

3. Considera que la ausencia del pago de los servicios por parte de los usuarios afecta la capacidad de las empresas prestadoras para garantizar un servicio eficiente e ininterrumpido. "Desde luego que lo anterior se predica sin perjuicio sin dejar de lado el deber del Estado de velar por la protección de los más débiles, eventos en los cuales puede acudir a distintas medidas que atenúen el impacto social de las crisis económicas y laborales que inciden en la capacidad de pago de los usuarios, pero sin dejar que en principio la solución sea eliminar el mecanismo de la suspensión del servicio transcurrido determinado lapso sin que el usuario cancele el costo respectivo, en esta tensión dialéctica de derechos amparados por nuestro ordenamiento jurídico prima el interés general paro salvaguardando los derechos de todos sin distinción"⁶⁵.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador señala, de manera previa al análisis de constitucionalidad, que los argumentos que presenta el actor para justificar el primero y el segundo de los cargos que formula, no guardan relación con el contenido de las normas acusadas. En efecto, "[...]a demanda bajo estudio se encuentra fundamentada en lo que el actor indebidamente llamó 'proposición jurídica completa'; pero que en técnica constitucional corresponde a lo que se denomina 'conformación de la unidad normativa', concepto del que se prevalió el actor para demandar casi la totalidad de la Ley 142 de 1994 esgrimiendo sólo dos cargos globales de inconstitucionalidad, ello constituye no sólo un abuso de la acción de inconstitucionalidad sino un indebido entendimiento del concepto de conformación de la unidad normativa"⁶⁶.

En este orden de ideas, considera que debió inadmitirse la demanda respecto de los artículos 2º numerales 7 y 9; 3; 6; 9; 11; 14; 16; 18; 20; 21; 23; 28; 31; 34, 35; 36; 37; 39; 40; 44; 45; 48; 52; 66; 67; 70; 73; 74; 85; 87 numerales 1, 2, 4, 7, 8 y párrafos 1 y 2; 88; 89; 90; 92; 94; 96; 98; 124, 126; 127; 128; 133; 146; 160; 162; 163 y 164 de la Ley 142 de 1994; artículo 1º de la Ley 286 de 1996; y artículos 2º y 3º de la Ley 632 de 2000.

Igual consideración hace sobre la demanda contra el artículo 19 de la ley 689 de 2001, salvo el inciso segundo, puesto que el tercer cargo de inconstitucionalidad recae exclusivamente su contenido.

Señala también que "han debido rechazarse las acusaciones contra los artículos 6, 68, 74.3 literales c) y d), 31, 35, 37, 128, de la Ley 142 de 1994, porque respecto de ellas existe cosa juzgada constitucional; razón por la cual se solicitará a la Corte estarse a lo resuelto en las sentencias C-284 de 1997 respecto del artículo 6 de la Ley 142 de 1994; C-272 de 1998 respecto del artículo 68 ibídem, C-444 de 1998 respecto del artículo 74.3 literales c) y d) ibídem; C-066 de 1997 respecto de los artículos 31, 35 y 37 ibídem; C-1162 [de 2000] respecto del artículo 128 ibídem"⁶⁷.

En este orden de ideas, "el Ministerio Público emitirá su concepto respecto de los artículos 2 numeral 6; 86 numeral 1; 87 inciso primero y 125 de la Ley 142 de 1994 porque en nuestro criterio sólo sobre el contenido de estas disposiciones recae el segundo cargo de inconstitucionalidad consistente en el deber de intervención del Estado para impedir que las tarifas de los servicios públicos domiciliarios se incrementen por encima del índice de precios al consumidor. También nos pronunciaremos respecto de los artículos 18 y 19 inciso segundo de la Ley 689 de 2001 disposiciones sobre las que recae el tercer cargo de inconstitucionalidad, es decir la suspensión de los servicios públicos domiciliarios por falta de pago de las facturas"⁶⁸.

Afirmó que le corresponde determinar "[s]i el Estado debe intervenir en la fijación de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios para impedir que se incrementen por encima del índice de precios al consumidor" y "[s]i la suspensión de los servicios públicos domiciliarios por no pago desconoce los derechos fundamentales de los usuarios"⁶⁹.

1. La Vista Fiscal sostiene que los servicios públicos domiciliarios tienen una finalidad eminentemente social en tanto que mecanismo de satisfacción de las necesidades básicas y de mejoramiento de su calidad de vida, tal como lo ha puesto de presente la Corte Constitucional en fallos tales como las sentencias C-272 de 1998 y T-528 de 1992.

Por ello, la Constitución establece de manera expresa que la ley fijará el régimen tarifario de los servicios públicos con base en los criterios de costo, de solidaridad y de redistribución de ingresos. Así pues, "el régimen tarifario de los servicios públicos no puede fijarse teniendo en cuenta el ánimo de lucro que inspira a toda actividad productiva sino la recuperación de los costos y el aumento de productividad esperados, tal como lo dispone el numeral 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994"⁷⁰.

No obstante lo anterior, "la Ley 142 de 1994 establece como uno de los fines de la intervención del Estado en los servicios públicos, el de garantizar la libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante (artículo 2 numeral 6); y a su vez en materia tarifaria se refiere a la libertad regulada y libertad vigilada (artículo 14 numerales 10 y 11), figuras a través de las cuales se evidencia que la libertad de competencia no es absoluta y por ende la libertad de tarifas tampoco, puesto que el sistema de la libertad regulada consiste en que la comisión de regulación respectiva fija los criterios y la metodología conforme a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o modificar las tarifas, mientras que en el sistema de libertad vigilada las empresas pueden determinar libremente las tarifas con la obligación de informar por escrito a las comisiones de regulación. A su vez, la libertad de tarifas se presenta cuando las empresas no tengan una posición dominante en el mercado y cuando exista competencia entre proveedores (artículo 88 numerales 2 y 3), condiciones éstas que permiten la autorregulación tarifaria en razón del mismo juego y reglas del mercado"⁷¹.

Así pues, el artículo 2º numeral 2.6 de la Ley 142 de 1994, establece que el Estado intervendrá en los servicios públicos con la finalidad de garantizar la libertad de competencia y evitar la utilización abusiva de la posición dominante, lo cual se ajusta al artículo 333 de la Carta Política que obliga al Estado a garantizar la libertad económica.

Por su parte, el numeral 1º del artículo 86 de la Ley 142 de 1994 acusado, establece que el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios está compuesto por reglas relativas al régimen de regulación o de libertad, responde a lo establecido en los artículos 333 y 334 de la Constitución que versan sobre libertad económica e intervención estatal respectivamente.

El artículo 87 de la Ley 142 de 1994 busca que las empresas recuperen los costos de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento y que se remunere el patrimonio de los accionistas, en armonía con lo dispuesto en los artículo 365 y 367 del Ordenamiento Superior.

Los principios consagrados en el artículo 87 (neutralidad, simplicidad y transparencia) coinciden con los principios constitucionales generales de igualdad, equidad, participación, derecho a la información y a los derechos de los consumidores consagrados en el artículo 78 Superior. Tampoco vulnera la Carta el hecho de que se consagre el criterio de la eficiencia. Por el contrario, la provisión de los servicios públicos en condiciones competitivas redundaría en beneficio del consumidor quien podrá obtener servicios públicos de mejor calidad a menor precio.

De esta forma, se observa que "las políticas de privatización en sus diferentes modalidades (desestatización, desregulación, desmonopolización, etc..) buscan precisamente generar condiciones de competencia para disminuir los precios en la producción de bienes y servicios. Evidentemente, tratándose de servicios públicos, estas actividades no se pueden regular totalmente por los criterios del mercado, pues, como ya se explicó, debe distinguirse entre la política del Estado a nivel macro, a través de la asignación de recursos, del establecimiento de derechos de los usuarios, de la consagración de mecanismos que generen solidaridad y redistribución de los ingresos, como ocurre con los 'subsidios cruzados', elementos todos que se encuentran en la Ley 142 de 1994, y la forma como funciona el nivel operativo, en donde prima la visión de la empresa como unidad económica"⁷².

Las normas acusadas no suponen que se permita abusar de la posición dominante ni que la búsqueda de la eficiencia y de la suficiencia financiera implique un perjuicio para los usuarios cuyos derechos, contemplados en el artículo 9º de la Ley 142 de 1994, son concurrentes con el Estatuto Nacional del Usuario.

El artículo 125 de la Ley 142 de 1994 permite que se actualicen las tarifas aplicando para ello, entre otros criterios, el de la variación en los índices de precios que las fórmulas estipulen, de manera que si bien los incrementos no son iguales al índice de precios al consumidor sino a que corresponden a los índices contenidos en las fórmulas de las comisiones de regulación, este hecho no genera la inconstitucionalidad de la norma acusada. "En lo que sí quiere llamar la atención el Ministerio Público, insistiendo en la posición que asumió en el concepto No. 2762 del pasado 12 de diciembre, dentro del expediente D-3765 es que las tarifas de los servicios públicos se deben incrementar en la misma proporción en que se ajusta la remuneración de los trabajadores, es por ello que las fórmulas que establezcan las comisiones de regulación deben tener en cuenta dicha circunstancia, sobretodo porque en buena parte, los trabajadores son los usuarios de los servicios públicos y, por ende, quienes deben pagar el incremento de las tarifas; por lo tanto, si dicho incremento no tiene en cuenta los ingresos reales de los usuarios, éstos podrían llegar a incumplir sus obligaciones con las empresas, incumplimiento que usualmente se da por la incapacidad total de pagar las facturas de los servicios públicos, pues dada la naturaleza básica de estos servicios, es lógico pensar que lo último que desea el usuario de servicios públicos domiciliarios es tener que prescindir de ellos. [...]. De conformidad con estos planteamientos, el Ministerio Público solicitará a la Corte declarar la exequibilidad de la expresión "*durante el período de vigencia de cada fórmula, las empresas podrán actualizar las tarifas que cobran a sus usuarios aplicando las variaciones en los índices de precios que las fórmulas contienen*", inserta en el artículo 125 de la Ley 142 de 1994 bajo el entendido de que esta actualización se hará en la misma proporción y periodicidad en que se reajusta la remuneración de los trabajadores, es decir, anualmente. Y, en consecuencia, solicita declarar la inconstitucionalidad de la expresión "*Las nuevas tarifas se aplicarán a partir del día quince del mes que corresponda cada vez que se acumule una variación de, por lo menos un tres por ciento (3%) en alguno de los índices de precios que considera la fórmula*", contenida en el primer inciso del artículo 125 de la Ley 142 de 1994"⁷³.

2. La Vista Fiscal sostiene que el artículo 369 de la Constitución dispone que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios de los servicios públicos y que el artículo 128 de la Ley 142 de 1994 reglamenta las características del contrato de prestación de los servicios públicos. "Adicionalmente, no se puede perder de vista que el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 689 de 2001 establece la solidaridad en las obligaciones y derechos entre el propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio; por lo tanto, si no se hubiese previsto la suspensión del servicio por el no pago de dos facturas consecutivas no habría manera de proteger al propietario, al poseedor o al suscriptor, quienes en virtud de la solidaridad consagrada en la norma acusada tendrían que pagar sumas exorbitantes por consumos no efectuados por ellos"⁷⁴.

En este orden de ideas, el Procurador solicita a la Corte: 1) Que se inhiba de pronunciarse de fondo sobre la acusación contra los artículos 2º numerales 7 y 9; 3; 6; 9; 11; 14; 16; 18; 20; 21; 23; 28; 31; 34, 35; 36; 37; .39; 40; 44; 45; 48; 52; 66; 67; 70; 73; 74; 85; 87 numerales 1, 2, 4, 7, 8 y párrafos 1 y 2; 88; 89; 90; 92; 94; 96; 98; 124, 126; 127; 128; 133; 146; 160; 162; 163 y 164 de la Ley 142 de 1994; artículo 1 de la Ley 286 de 1996; y artículos 2 y 3 de la Ley 632 de 2000, por ineptitud de la demanda. 2) Que se esté a lo resuelto "en las sentencias C-284 de 1997 respecto del artículo 6º de la Ley 142 de 1994; C-272 de 1998 respecto del artículo 68 ibídem, C-444 de 1998 respecto del artículo 74.3 literales c) y d) ibídem; C-066 de 1997 respecto de los artículos 31, 35 y 37 ibídem; C-1162 respecto del artículo 128 ibídem por haber operado el fenómeno de la COSA JUZGADA MATERIAL". 3) Que declare la exequibilidad "de los artículos 2º numeral 6; 86 numeral 1; 87 inciso primero de la Ley 142 de 1994 y los artículos 18 y 19 inciso segundo de la Ley 689 de 2001, en lo acusado y por los cargos formulados en esta demanda". Y 4) Que declare la exequibilidad "de la expresión "*durante el período de vigencia de cada fórmula, las empresas podrán actualizar las tarifas que*

cobran a sus usuarios aplicando las variaciones en los índices de precios que las fórmulas contienen", contenida en el artículo 125 de la Ley 142 de 1994 bajo el entendido de que esta actualización se hará con la misma proporción y periodicidad en que se ajusta la remuneración de los trabajadores, es decir, anualmente. Y, en consecuencia, solicita declarar la INEXEQUIBILIDAD de la expresión "Las nuevas tarifas se aplicarán a partir del día quince del mes que corresponda cada vez que se acumule una variación de, por lo menos un tres por ciento (3%) en alguno de los índices de precios que considera la fórmula", contenida en el primer inciso del artículo 125 de la Ley 142 de 1994"⁷⁵.

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

2. Cuestiones previas

Antes de proceder con el juicio de constitucionalidad de las normas acusadas, la Corte habrá de analizar si ha operado la cosa juzgada sobre algunas de ellas. Esta Corporación también habrá de establecer si los cargos expresados por el actor, obedecen en su totalidad a los criterios de procedibilidad de la acción pública de constitucionalidad desarrollados en la jurisprudencia constitucional.

2.1. Resumen de los cargos

Advierte la Corte que el actor acusó más de 50 artículos, algunos de manera integral y otros parcialmente. La demanda no eleva cargos puntuales respecto de cada uno de ellos sino que los agrupa en tres temas diferentes. Sin perjuicio de que luego se describan con mayor detenimiento los cargos relativos a cada conjunto de normas, para abordar las cuestiones previas atinentes a la existencia de cosa juzgada y a la aptitud de la demanda, los tres cargos se pueden sintetizar así:

2.1.1. El actor sostiene que el numeral 3.9. (parcial) del artículo 3, los numerales 6.3. (parcial) y 6.4. (parcial) del artículo 6, el párrafo del artículo 9, el numeral 11.8 (parcial) del artículo 11, el numeral 14.10 (parcial) del artículo 14, el artículo 16 (parcial), el artículo 18 (parcial), el artículo 20 (parcial), el artículo 21, el artículo 23 (parcial), el artículo 28 (parcial), el artículo 31 (parcial), el artículo 35 (parcial), el numeral 36.6 (parcial) del artículo 36, el artículo 37 (parcial), el numeral 39.4 (parcial) del artículo 39, los párrafos 1 y 2 del artículo 40, los numerales 44.1. (parcial), 44.2 (parcial) y 44.3 (parcial) del artículo 44, el artículo 45 (parcial), el artículo 48 (parcial), el artículo 52 (parcial), el artículo 66 (parcial), el numeral 67.1 (parcial) del artículo 67, el artículo 68 (parcial), el artículo 70 (parcial), el artículo 73, el artículo 74, el inciso primero (parcial), los numerales 85.1 (parcial), 85.2 (parcial), 85.3 (parcial), 85.5 (parcial) y los párrafos 1 y 2 del artículo 85, el numeral 87.8. (parcial) del artículo 87, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5. (parcial) del artículo 89, el inciso primero y los numerales 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 96 (parcial), el artículo 127, el inciso tercero del artículo 128, el numeral 133.26 (parcial) del artículo 133, el párrafo del artículo 146, el artículo 160 (parcial), y el numeral 162.2. (parcial) del artículo 162 de la Ley 142 de 1994; el artículo 1º de la Ley 286 de 1996; el artículo 2º y el artículo 3º de la Ley 632 de 2000; y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001, vulneran los artículos 6º, 115, 122, 124, 150 numerales 7 y 23, 189 numerales 14, 16, 17 y 22, 209, 211 y 370 de la Constitución porque asignan directamente a las comisiones de regulación funciones propias del Presidente de la República en lugar de establecer, conforme con la Constitución, los requisitos bajo los cuales puede el Presidente delegárselas.

2.1.2. Afirma que los numerales 2.6, 2.7 y 2.9 del artículo 2, el numeral 14.11 del artículo 14, el inciso segundo y los numerales 34.1 a 34.6. del artículo 34, el inciso segundo del párrafo del artículo 39, el inciso 1º (parcial) y los numerales 87.1., 87.2. (parcial), 87.4., 87.7., 87.8. (parcial) y párrafos 1º y 2º del artículo 87, el inciso primero (parcial) y los numerales 88.1., 88.2. y 88.3. del artículo 88, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5 (parcial) del artículo 89, el inciso primero y los numerales 90.1 (parcial), 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 94 (parcial), el inciso tercero del artículo 96, el artículo 98, el artículo 124, el artículo 125, el artículo 126, el artículo 127, el artículo 163 y el artículo 164 de la Ley 142 de 1994; y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001 contravienen los artículos 1º, 2º, 58, 333, 334, 365, 366 y 367 de la Constitución porque favorecen la libertad de empresa y la iniciativa privada en perjuicio de las obligaciones que recaen sobre el Estado respecto de la prestación de los servicios públicos en un Estado social de derecho, en el cual las comisiones de regulación deben intervenir en la fijación del régimen tarifario para propender por la solidaridad y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de bajos ingresos.

2.1.3. Señala que el párrafo del artículo 18 y el artículo 19 de la Ley 689 de 2001 vulneran los artículos 13, 42, 44, 49, 52, 67, 334 y 365 y 366 de la Constitución porque contemplan que las empresas de servicios podrán suspender su prestación a los usuarios que incumplen con la obligación de pagar, lo cual es contrario a la naturaleza de los servicios públicos en tanto que función inherente del Estado y a la función social de dichos servicios.

2.1.4. La Corte no se pronunciará sobre todas las normas acusadas puesto que sobre algunas de ellas ha operado el fenómeno de la cosa juzgada formal, otras han sido derogadas y sobre otras la demanda es inepta.

2.2. Normas sobre las que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada

El Procurador sostiene, al igual que varios de los intervinientes, que la Corte ya se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 6, 68, 74.3 literales c) y d), 31, 35, 37, 128, de la Ley 142 de 1994, de manera que respecto de ellas existe cosa juzgada constitucional. La Corte constata que también los apartes demandados del artículo 88, el numeral 1º del artículo 89, el numeral 2º del artículo 90, el inciso final del artículo 96 y

el artículo 125 todos de la Ley 142 de 1994, así como el artículo 23 de la Ley 689 de 2001, han sido objeto de pronunciamientos previos por parte de esta Corporación. De esta forma, antes de proceder al respectivo estudio de constitucionalidad, la Corte habrá de establecer si ha operado el fenómeno de la cosa juzgada sobre algunas de las normas que se demandan en el proceso de la referencia.

2.2.1. Mediante Sentencia C-066 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), la Corte Constitucional resolvió (i) "[d]eclarar exequibles los artículos [entre otros, los artículos 31 y 37 de la Ley 142 de 1994], demandados en su totalidad por el actor"; y (ii) "[d]eclarar exequible la frase "En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes" del artículo 35 de la Ley 142 de 1994. Así pues, dado que ni en la parte resolutiva ni en la motiva se limita el alcance de la sentencia, sobre estas normas ha operado el fenómeno de la cosa juzgada absoluta, de manera que la Corte se estará a lo resuelto en dicho fallo.

2.2.2. Mediante Sentencia C-252 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte Constitucional conoció de una demanda, entre otras, contra el numeral 1º del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, acusado de violar el artículo 367 de la Constitución por considerar que la metodología establecida en dichas normas para fijar el estrato económico de los diferentes usuarios y determinar de esta manera la escala tarifaria aplicable, no se fundamentada sobre criterios adecuados. La Corte resolvió "[d]eclarar exequible, los artículos [entre otros el 89 numeral 1º] de la Ley 142 de 1994. Los efectos de la exequibilidad se limitan al cargo resuelto en la presente sentencia y a las normas de la Constitución Política que han sido expresamente analizadas". Así pues, sobre esta norma ha operado el fenómeno de la cosa juzgada relativa, de manera que como el cargo que propone el actor en el proceso de la referencia es diferente al analizado en la Sentencia C-252 de 1997 ya citada, esta Corporación es competente para conocer sobre su exequibilidad.

2.2.3. Mediante Sentencia C-284 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la Corte Constitucional conoció de una demanda, entre otras, contra el artículo 6º de la Ley 142 de 1994, acusado de vulnerar la autonomía de las entidades territoriales. La Corte señaló que "[c]omo éste fue el punto central de la acusación del demandante, la cosa juzgada que emana de esta sentencia se limitará a los términos de la pretensión del actor" y resolvió "[d]eclarar exequible, en los términos de esta sentencia, el art. 6 de la Ley 142 de 1994". Así pues, sobre esta norma ha operado el fenómeno de la cosa juzgada relativa, de manera que como el cargo que propone el actor en el proceso de la referencia, el cual consiste en que las normas acusadas protegen la libertad de empresa y los intereses de sus propietarios por encima de los derechos de los usuarios, es diferente al analizado en la Sentencia C-284 de 1997 ya citada, esta Corporación es competente para conocer sobre su exequibilidad.

2.2.4. Mediante Sentencia C-272 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte Constitucional resolvió "declarar exequible el artículo 68 de la Ley 142 de 1994". Así pues, dado que ni en la parte resolutiva ni en la motiva se limita el alcance de la sentencia, sobre estas normas ha operado el fenómeno de la cosa juzgada absoluta, de manera que la Corte se estará a lo resuelto en dicho fallo.

2.2.5. Mediante Sentencia C-444 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), la Corte Constitucional resolvió "[d]eclarar exequibles los literales c) y d) del numeral 74.3 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994, sin perjuicio de la potestad que corresponde ejercer al Presidente de la República de conformidad con los mandatos constitucionales a que se alude en esta providencia", es decir, de "la fijación de políticas generales de administración y control de eficacia de los servicios públicos domiciliarios". Si bien el fallo es condicionado, ni en la parte resolutiva ni en la motiva se limita el alcance de la sentencia. Por lo tanto, sobre estas normas ha operado el fenómeno de la cosa juzgada absoluta, de manera que la Corte se estará a lo resuelto en el mismo.

2.2.6. Mediante Sentencia C-1162 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) la Corte Constitucional resolvió "[d]eclarar exequible, en los términos de esta Sentencia, el artículo 128 de la Ley 142 de 1994". El condicionamiento versa sobre las características y la forma de aplicación de los contratos de adhesión. Si bien el fallo es condicionado, ni en la parte resolutiva ni en la motiva se limita el alcance de la sentencia. Por lo tanto, sobre estas normas ha operado el fenómeno de la cosa juzgada absoluta, de manera que la Corte se estará a lo resuelto en el mismo.

2.2.7. Mediante Sentencia C-087 de 2001 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) la Corte Constitucional resolvió "[d]eclarar exequibles los artículos [entre otros el 24⁷⁶] del Proyecto de ley No. 234/00 Senado; 038/98, 065/98 y 081/98 (acumulados) Cámara -"por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994", y por lo tanto INFUNDADAS las objeciones presidenciales formuladas respecto de ellos". Posteriormente, mediante Sentencia C-706 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) la Corte Constitucional resolvió "[d]eclarar exequible el artículo 23 del proyecto de ley No. 234/00 Senado; acumulados 038/98, 065/98 y 081/98 Cámara -"POR LA CUAL SE MODIFICA PARCIALMENTE LA LEY 142 DE 1994", limitado a los aspectos analizados en la sentencia C-087 de 2001". Las objeciones presidenciales al texto normativo que se convirtió en el artículo 23 de la Ley 689 de 2001, versaban sobre vicios de trámite. Así pues, sobre esta norma ha operado el fenómeno de la cosa juzgada relativa, de manera que como el cargo que propone el actor en el proceso de la referencia es diferente al analizado en las Sentencias C-087 y C-706, ambas de 2001, esta Corporación es competente para conocer sobre su exequibilidad.

2.2.8. Mediante Sentencia C-389 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte Constitucional resolvió (i) "[d]eclarar exequible el inciso [primero] y el numeral primero de artículo 88 de la Ley 142 de 1994. Declarar igualmente exequibles los numerales 2 y 3 del mismo artículo bajo el entendido que la existencia de competencia debe apreciarse teniendo en cuenta la efectiva libertad del usuario de escoger entre varios proveedores del servicio"; (ii) "[d]eclarar exequible el inciso 3º del mismo artículo, [se refiere al artículo 96 de la Ley 142 de 1994] conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia", es decir, en el entendido de que "la facultad otorgada para modificar las formulas tarifarias no puede ser utilizada para capitalizar ni financiar a las empresas de servicios públicos domiciliarios, sino que debe redundar en beneficio del usuario para la obtención de una mayor eficiencia en la prestación del servicio de energía o de agua o en la extensión de la cobertura a mayor número de usuarios"; y (iii) "[d]eclarar exequible el artículo 125 de la Ley 142 de 1994, por los cargos formulados en la demanda y conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia". Los actores en ese proceso sostuvieron que el artículo 125 de la Ley 142 de 1994 era

contrario a los artículos 13, 28, 29, 334, 338, 365 y 370 de la Constitución, porque concedía a las empresas prestadoras de servicios públicos la libertad de fijar y modificar de manera arbitraria las tarifas de los servicios que prestan. La Corte indicó que las empresas pueden hacer uso de la facultad de la que trata el artículo 125 de la Ley 142 de 1994 aunque (a) "deberán ceñirse a las determinaciones que señale la comisión de regulación respectiva" de acuerdo con el régimen tarifario a que estén sometidas y (b) sólo les ha sido permitida su mera actualización, aplicando para tal efecto las variaciones en los índices de precios que las fórmulas contienen y dentro del período de vigencia de cada fórmula.

Así pues, dado que ni en la parte resolutiva ni en la motiva se limita el alcance de la sentencia respecto del artículo 88 (demandado en su totalidad en ese proceso) ni del inciso 3º del artículo 96 de la Ley 142 de 1994, ha operado entonces el fenómeno de la cosa juzgada absoluta, de manera que la Corte se estará a lo resuelto en dicho fallo. Respecto del artículo 125, se tiene que si bien el fallo es relativo, el demandante en ese proceso alegó que la norma acusada concedía a las empresas prestadoras de servicios públicos un ámbito de libertad mayor que el que la Constitución permite. En ese orden de ideas, la Corte estima que el cargo analizado es similar al que eleva el actor en el proceso de la referencia, de manera que se estará a lo resuelto en dicho fallo.

La Corte anota que, debido a que corresponde estarse a lo resuelto en la Sentencia C-389 de 2002 respecto del artículo 125 de la Ley 142 de 1994, no analizará la solicitud del Ministerio Público en el sentido de que se declare "la exequibilidad de la expresión '*durante el período de vigencia de cada fórmula, las empresas podrán actualizar las tarifas que cobran a sus usuarios aplicando las variaciones en los índices de precios que las fórmulas contienen*'", inserta en el artículo 125 de la Ley 142 de 1994 bajo el entendido de que esta actualización se hará en la misma proporción y periodicidad en que se reajusta la remuneración de los trabajadores, es decir, anualmente. Y, en consecuencia, solicita declarar la inconstitucionalidad de la expresión '*Las nuevas tarifas se aplicarán a partir del día quince del mes que corresponda cada vez que se acumule una variación de, por lo menos un tres por ciento (3%) en alguno de los índices de precios que considera la fórmula*', contenida en el primer inciso del artículo 125 de la Ley 142 de 1994⁷⁷.

2.2.9. Mediante Sentencia C-041 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) la Corte Constitucional resolvió "[d]eclarar exequible, pero sólo por los cargos analizados en esta Sentencia, el artículo 90.2 de la Ley 142 de 1994". El actor en ese proceso sostuvo que el cobro a los usuarios de un cargo fijo, tal como lo prescribe el artículo 90.2 de la Ley 142 de 1994, era contrario a los artículos 1º, 2º, 338 y 365 de la Constitución porque conducía a que el costo de garantizar la prestación efectiva de los servicios públicos domiciliarios, corriese por cuenta de los usuarios y no del Estado. Así pues, sobre esta norma ha operado el fenómeno de la cosa juzgada relativa, de manera que como el cargo que propone el actor en el proceso de la referencia es diferente al analizado en la Sentencia C-041 de 2003 citada, esta Corporación es competente para conocer de su exequibilidad.

2.3. Normas derogadas o modificadas

Adicionalmente, el actor en el proceso de la referencia acusa normas que fueron derogadas o modificadas.

2.3.1. El actor acusa la exequibilidad del parágrafo 2º del artículo 40 de la Ley 142 de 1994. No obstante, el artículo 7º de la Ley 286 de 1996 dispuso: "La presente Ley rige a partir de su promulgación y deroga [entre otros] el parágrafo 2º del artículo 40 de la Ley 142 de 1994". En este orden de ideas, la Corte, en principio, carece de competencia para conocer de su exequibilidad y no encuentran que existan en este caso razones para pronunciarse sobre una disposición derogada.

2.3.2. El actor acusa la exequibilidad del inciso 2º del artículo 52 y el inciso 2º (parcial) del artículo 66, ambos de la Ley 142 de 1994. Así pues, si bien se observa que estas dos normas fueron modificadas por los artículos 7º y 11 de la Ley 689 de 2001, la Corte constata que los apartes demandados de las normas modificadas son idénticos a los de las normas modificantes, de manera que ella habrá de establecer si los cargos que se formulan contra tales artículos observan los requisitos de la acción pública de constitucionalidad y, en caso de que así sea, procederá a realizar el respectivo juicio.

2.4. Inhibición por ineptitud de los cargos respecto de varias de las disposiciones acusadas

El Procurador y varios de los intervenientes aseguran que la demanda es inepta respecto de algunos de los cargos que presenta el demandante. En este orden de ideas, la Corte considera del caso establecer si todos los argumentos expuestos por el actor cumplen con los requisitos de procedibilidad de la acción pública de constitucionalidad que han sido desarrollados en la jurisprudencia de esta Corporación con el fin de determinar el alcance de la demanda de la referencia; es decir, corresponde a la Corte indicar las normas respecto de las cuales es procedente realizar el respectivo juicio de constitucionalidad y los argumentos a partir de los cuales ellas serán juzgadas.

2.4.1. Análisis del primer cargo. Consecuencias de la cosa juzgada respecto del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, e inhibición para estudiar las demás normas acusadas por guardar estrecha relación con dicho artículo.

2.4.1.1. La Corte encuentra, sobre el primer cargo que -salvo acerca del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, declarado exequible por la Sentencia C-272 de 1998- la demanda es inepta en lo relativo al argumento según la cual las normas acusadas vulneran los artículos 6º, 122 y 124 de la Constitución. Las disposiciones acusadas son las siguientes: el numeral 3.9. (parcial) del artículo 3, los numerales 6.3. (parcial) y 6.4. (parcial) del artículo 6, el parágrafo del artículo 9, el numeral 11.8 (parcial) del artículo 11, el numeral 14.10 (parcial) del artículo 14, el artículo 16 (parcial), el artículo 18 (parcial), el artículo 20 (parcial), el artículo 21, el artículo 23 (parcial), el artículo 28 (parcial), el artículo 31 (parcial), el artículo 35 (parcial), el numeral 36.6 (parcial) del artículo 36, el artículo 37 (parcial), el numeral 39.4 (parcial) del artículo 39, los párrafo 1º del artículo 40, los numerales 44.1. (parcial), 44.2 (parcial) y 44.3 (parcial) del artículo 44, el artículo 45 (parcial), el artículo 48 (parcial), el artículo 52 (parcial), el artículo 66 (parcial), el numeral 67.1 (parcial) del artículo 67, el artículo 68 (parcial), el artículo 70 (parcial), el artículo 73, el artículo 74, el inciso primero (parcial), los numerales 85.1 (parcial), 85.2 (parcial), 85.3 (parcial), 85.5 (parcial) y los párrafos 1 y 2 del artículo

85 (parcial), el numeral 87.8. (parcial) del artículo 87, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5. (parcial) del artículo 89, el inciso primero y los numerales 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 96 (parcial), el artículo 127, el inciso tercero del artículo 128, el numeral 133.26 (parcial) del artículo 133, el parágrafo del artículo 146, el artículo 160 (parcial), y el numeral 162.2. (parcial) del artículo 162 de la Ley 142 de 1994; el artículo 1º de la Ley 286 de 1996; el artículo 2º y el artículo 3º de la Ley 632 de 2000; y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001.

2.4.1.2. La Corte estima pertinente indicar que respecto del primer cargo, el actor sostiene haber integrado una "proposición jurídica completa". Señala que las normas acusadas bajo este cargo son contrarias a las reglas que prevé la Constitución sobre la delegación de funciones presidenciales, en particular, el artículo 209 de la Carta, que contempla que la delegación y la desconcentración son principios de la función administrativa, y el artículo 211 de la C.P., que indica que la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en las agencias del Estado que la misma ley determine y que fijará las condiciones para el efecto. El artículo 370 de la Carta, por su parte, prescribe que "[c]orresponde 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".

Por lo tanto, considera que para que el Presidente pueda delegar en las comisiones de regulación la función de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, es necesario que previamente la ley defina tales funciones y que fije las condiciones para que las mismas puedan ser delegadas. Sostiene que las normas acusadas no fijaron las condiciones que se debían observar para que el Presidente pudiera delegar en las comisiones de regulación las competencias para señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y para ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten. Por el contrario, las normas acusadas asignaron de manera directa a las comisiones de regulación las funciones referidas.

En este orden de ideas, el demandante concluye que las normas acusadas vulneran los artículos 209 y 211 de la Constitución por no haber fijado "las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades"⁷⁸ y el artículo 370 de la misma por haber despojado al Presidente de su función de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y de ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

Afirma que las normas acusadas bajo este cargo son, además, contrarias a los numerales 7 y 23 del artículo 150 de la Carta porque no se limitan a determinar la estructura de las comisiones de regulación y a fijar los criterios para la prestación de los servicios públicos, sino que asignan funciones propias del Presidente de la República a las comisiones de regulación. En el mismo sentido, considera que dichas normas vulneran los numerales 14, 16, 17 y 22 del artículo 189 de la Constitución porque traspasan a las comisiones de regulación funciones que expresamente corresponden al Presidente.

Asevera que las normas acusadas son también contrarias al artículo 115 de la Constitución porque impiden al Presidente de la República cumplir con su misión institucional en tanto que jefe de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa dado que lo despojaron de parte de las funciones de las que disponía para tal finalidad.

El actor finalmente afirma que "[s]iendo privativa del Presidente de la República la función de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, en virtud del artículo 370 de la Constitución Política de Colombia, las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos sólo podían recibir por delegación estas funciones y responsabilidad del Presidente de la República, pero no podían recibirlas directamente de la ley como ocurrió con las normas demandadas de la Ley 142 de 1994 y de sus modificaciones parciales".

2.4.1.3. La Corte encuentra que el actor no presenta en el cargo resumido un análisis por medio del cual se muestren de manera específica y pertinente y suficiente las razones por las cuales los artículos de la Constitución citados resultan vulnerados por las normas acusadas bajo el primer cargo⁷⁹.

2.4.1.4. El Procurador señala que el primer cargo recae en realidad sobre el artículo 68 de la Ley 142 de 1994; por su parte, "la sentencia de la Corte Constitucional C-272 de 1998 declaró exequible la citada disposición y expresamente resolvió el cargo que ahora le formula el actor a esta norma, porque en dicha sentencia se precisó que el precepto está permitiendo la delegación de unas funciones presidenciales, consistentes en la posibilidad que tiene el ejecutivo de señalar, de conformidad con la ley, las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Y en efecto, al revisar la Ley 142 de 1994 se observa que, contrariamente a lo expresado por el actor, el legislador precisó las funciones que el Presidente de la República podía delegar, y no son otras que las asignadas a las comisiones de regulación en la Ley 142 de 1994"⁸⁰. En este orden de ideas, solicita a la Corte que se esté a lo resuelto en dicho fallo y que se declare inhibida para conocer de la exequibilidad de las demás normas acusadas bajo el primer cargo.

Así pues, la Corte habrá determinar si, como el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 fue declarado exequible por la Sentencia C-272 de 1998, el primer cargo que presenta el demandante y los argumentos que utiliza para sustentarlo, quedan sin base.

2.4.1.5. Como se anotó anteriormente, la cuestión relativa a la delegación de las funciones del Presidente de la República previstas en el artículo 370 de la Constitución en las comisiones de regulación de los servicios públicos fue estudiada por la Corte Constitucional al juzgar el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 que versa precisamente sobre este punto. Respecto de dicho artículo, el cargo resulta específico y pertinente. No obstante, como ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, la Corte encuentra que en este caso es imposible reabrir el debate ya cerrado por la sentencia C-272 de 1998.

Como varias de las demás disposiciones acusadas por el primer cargo constituyen ejemplos de funciones que, a juicio del actor, no podían las comisiones de regulación recibir por delegación, no podría la Corte estarse a lo resuelto sobre el punto -pues ella no se ha pronunciado sobre la exequibilidad de la mayoría de tales disposiciones-. Al mismo tiempo, no puede la Corte reabrir el cargo en cuestión so pretexto de juzgar normas diferente pero que en el contexto de la demanda son acusadas por ser manifestaciones concretas de lo que, en sentir del demandante, el artículo 68 ya juzgado no podía permitir.

Coincide la Corte con varios de los intervenientes en el sentido de que no puede un ciudadano pretender que se eluda el fenómeno de la cosa juzgada demandando no sólo la norma ya juzgada sino, simultáneamente, otras que cita a manera de ejemplo de la concreción de la regla general establecida en la norma que la Corte juzgó. En este caso, el cargo es inepto porque carece del requisito de suficiencia puesto que no esgrime argumentos que despierten una duda razonable acerca de la exequibilidad de lo que la Corte ya declaró ajustado a la Constitución.

2.4.1.6. En el cargo objeto de estudio tampoco se presentan argumentos específicos y pertinentes contra las normas acusadas. En efecto, el actor cuestiona la facultad del Congreso de adscribir directamente funciones a las comisiones de regulación; afirma también que las normas acusadas contienen funciones propias del Presidente, de manera que sólo él podría establecer si las delega en dichas comisiones. Se trata de dos aproximaciones diferentes a un mismo problema, v.gr. si las comisiones pueden o no tener determinada función.

No obstante, el actor no expresa razón alguna por medio de la cual se indique que la Carta prohíbe que el Congreso adscriba funciones a las comisiones de regulación. Tampoco muestra, respecto de cada una de las funciones acusadas, que (i) fueron efectivamente adscritas por el legislador a las comisiones de regulación; (ii) que se trata de competencias propias del Presidente, de acuerdo con la Constitución; y (iii) que, en esa medida, la asignación de tales competencias por el Congreso a las comisiones de regulación, implica la vulneración de las normas constitucionales en las que se prescribe que las funciones en cuestión competen al Presidente y sólo él puede delegarlas.

2.4.1.7. En este orden de ideas, la Corte concluye el actor no define con claridad la manera como cada una de las disposiciones acusada desconoce o vulnera la Carta Política ni funda su cuestionamiento en atención al contenido de una norma Superior en concreto que se exponga y que se enfrente a cada uno de los preceptos demandados.

En la presente demanda, tales normas estrecha y directamente conexas, según el actor, con la disposición que ya fue juzgada, o sea, el artículo 68 citado, son las siguientes: El numeral 3.9. (parcial) el artículo 3, e los numerales 6.3. (parcial) y 6.4. (parcial) del artículo 6, el parágrafo del artículo 9, el numeral 14.10 (parcial) del artículo 14, el artículo 16 (parcial), el artículo 18 (parcial), el artículo 20 (parcial), el artículo 21, el artículo 23 (parcial), el artículo 28 (parcial), el numeral 36.6 (parcial) del artículo 36, el numeral 39.4 (parcial) del artículo 39, el parágrafo 1º del artículo 40, el artículo 45 (parcial), el artículo 48 (parcial), el artículo 52 (parcial), el numeral 67.1 (parcial) del artículo 67, el artículo 73, el artículo 74 salvo los literales c. y d. del numeral 74.3, el inciso primero (parcial), los numerales 85.1 (parcial), 85.2 (parcial), 85.3 (parcial), 85.5 (parcial) y los parágrafos 1 y 2 del artículo 85 (parcial), el numeral 87.8. (parcial) del artículo 87, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5. (parcial) del artículo 89, el inciso primero y los numerales 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 124, el artículo 126 (parcial), el artículo 127, el inciso tercero del artículo 128, el numeral 133.26 (parcial) del artículo 133, el parágrafo del artículo 146, el artículo 160 (parcial), y el numeral 162.2. (parcial) del artículo 162 de la Ley 142 de 1994; el artículo 1º (en lo pertinente) de la Ley 286 de 1996; el artículo 2º (en lo pertinente) y el artículo 3º (en lo pertinente) de la Ley 632 de 2000 y el artículo 23 (en lo pertinente) de la Ley 689 de 2001

Por lo tanto, la Corte se inhibirá de pronunciarse sobre la constitucionalidad de dichas disposiciones.

2.4.1.8. Además, tal como lo solicita el Procurador, la Corte se inhibirá para conocer de fondo sobre la exequibilidad de las siguientes normas de acuerdo con los argumentos que fundamentan el primero de los cargos formulados en la demanda: el numeral 11.8 del artículo 11 de la Ley 142 de 1994 (parcialmente acusado), que trata sobre la obligación de las empresas de servicios públicos de informar a la respectiva comisión de regulación sobre el inicio de sus actividades; el artículo 44 de la Ley 142 de 1994 (parcialmente acusado) que versa sobre el régimen de conflicto de intereses, inhabilidades e incompatibilidades de quienes pertenecen al sector de la prestación de los servicios públicos; el artículo 66 de la Ley 142 de 1994 (parcialmente acusado), que contiene causales de incompatibilidad e inhabilidad aplicables a los vocales de los comités de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios; y el artículo 70 de la Ley 142 de 1994 (parcialmente acusado) que trata sobre la estructura orgánica de las comisiones de regulación.

Las normas recién enunciadas desarrollan temas que no guardan relación directa con el primero de los cargos expresados en la demanda, según el cual dichas normas serían contrarias a los artículos 115, 150 numerales 7 y 23, 189 numerales 14, 16, 17 y 22, 209, 211 y 370 de la Constitución porque asignan a las comisiones de regulación de manera directa, funciones que son del Presidente de la República.

En efecto, el actor no presenta ninguna razón destinada a mostrar que las normas que desarrollan los temas relativos a la obligación de las empresas de servicios públicos de informar a la respectiva comisión de regulación sobre el inicio de sus actividades; al régimen de conflicto de intereses, inhabilidades e incompatibilidades de quienes pertenecen al sector de la prestación de los servicios públicos; a las causales de incompatibilidad e inhabilidad aplicables a los vocales de los comités de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios; y a la estructura orgánica de las comisiones de regulación, presentan una oposición objetiva y verificable con los artículos constitucionales que el actor considera vulnerados. En estas condiciones, los argumentos con base en los cuales el actor acusa la exequibilidad del numeral 11.8 del artículo 11 (parcialmente acusado), del artículo 44 (parcialmente acusado), del artículo 66 (parcialmente acusado) y del artículo 70 (parcialmente acusado), todos de la Ley 142 de 1994, no son específicos, de manera que el juicio de exequibilidad no puede llevarse a cabo.

Igualmente, la Corte encuentra que el artículo 1º de la Ley 286 de 1996, acusado en su totalidad, versa sobre el límite temporal del que

disponen las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para alcanzar los objetivos establecidos en las leyes 142 y 143 de 1994 y en la 223 de 1995 en materia de factores de contribución, tarifas y subsidios. Los artículos 2º y 3º de la Ley 632 de 2001, también acusados en su totalidad, tratan sobre el régimen de subsidios y contribuciones para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, y para el de energía eléctrica, respectivamente. Así pues, las normas señaladas hacen referencia a las comisiones de regulación únicamente en tanto que organismos encargados de fijar los plazos para el cumplimiento de dichos objetivos.

De igual manera, el artículo 23 de la Ley 689 de 2001 que trata sobre el cobro por concepto del mantenimiento de los cilindros de gas, únicamente se refiere a la Comisión de Regulación Energía y Gas en lo concerniente a la facultad de dicha agencia de reglamentar dicho tema.

Dado que los artículos mencionados tratan sobre cuestiones que no guardan relación directa con el primero de los argumentos formulados por el demandante, el cargo es inepto.

2.4.1.9. En conclusión, por las razones expuestas, la Corte no se pronunciará sobre el primer cargo y, por lo tanto, no juzgará las siguientes disposiciones: El numeral 3.9. (parcial) del artículo 3, los numerales 6.3. (parcial) y 6.4. (parcial) del artículo 6, el párrafo del artículo 9, el numeral 11.8 (parcial) del artículo 11, el numeral 14.10 (parcial) del artículo 14, el artículo 16 (parcial), el artículo 18 (parcial), el artículo 20 (parcial), el artículo 21, el artículo 23 (parcial), el artículo 28 (parcial), el artículo 31 (parcial), el artículo 35 (parcial), el numeral 36.6 (parcial) del artículo 36, el artículo 37 (parcial), el numeral 39.4 (parcial) del artículo 39, el párrafo 1º del artículo 40, los numerales 44.1. (parcial), 44.2 (parcial) y 44.3 (parcial) del artículo 44, el artículo 45 (parcial), el artículo 48 (parcial), el artículo 52 (parcial), el artículo 66 (parcial), el numeral 67.1 (parcial) del artículo 67, el artículo 68 (parcial), el artículo 70 (parcial), el artículo 73, el artículo 74, el inciso primero (parcial), los numerales 85.1 (parcial), 85.2 (parcial), 85.3 (parcial), 85.5 (parcial) y los párrafos 1 y 2 del artículo 85 (parcial), el numeral 87.8. (parcial) del artículo 87, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5. (parcial) del artículo 89, el inciso primero y los numerales 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 96 (parcial), el artículo 127, el inciso tercero del artículo 128, el numeral 133.26 (parcial) del artículo 133, el párrafo del artículo 146, el artículo 160 (parcial), y el numeral 162.2. (parcial) del artículo 162 de la Ley 142 de 1994; el artículo 1º de la Ley 286 de 1996; el artículo 2º y el artículo 3º de la Ley 632 de 2000; y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001.

2.4.2. Análisis del segundo cargo

La Corte coincide con el Procurador en el sentido de que la demanda de la referencia no observa los requisitos de la acción pública de inconstitucionalidad respecto de algunas de las normas acusadas bajo el segundo cargo. Como se dijo, dicho cargo consiste en sostener que las normas acusadas favorecen la libertad de empresa y la iniciativa privada en perjuicio de los deberes sociales que recaen sobre el Estado respecto de la prestación de los servicios públicos esenciales, en concordancia del principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho, vulnerando así los artículos 1º, 2º, 58, 333, 334, 365, 366 y 367 de la Constitución.

Así pues, esta Corporación se inhibirá para conocer de fondo sobre la exequibilidad de las siguientes normas de acuerdo con los argumentos que fundamentan el segundo de los cargos formulados: los numerales 2.7 y 2.9 del artículo 2º de la Ley 142 de 1994 que tratan sobre la intervención del Estado para la obtención de economías de escala y establecimiento de un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos es un fin de la intervención del Estado en los servicios públicos; el inciso segundo del párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, que trata sobre requisitos que se deben observar en materia de contratos especiales; el numeral 87.2 del artículo 87 según el cual el principio de neutralidad no impide que se ofrezcan a los usuarios diversas opciones tarifarias; la expresión "cuyas características [las de la tarifa integral] definirán las comisiones reguladoras" del numeral 87.8 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994; el párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 que trata sobre la inclusión de la tarifa que propone quien quiere ser contratista para la prestación de los servicios públicos, como elemento de evaluación, y sobre los factores y criterios que se deberán observar para el efecto; el párrafo 2º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, relativo a la aplicación de los principios generales de la Ley 142 a las situaciones no previstas por el párrafo anterior; el inciso primero del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, que prescribe la obligación a cargo de las empresas prestadoras de servicios públicos de distinguir, respecto de las facturas de los estratos 1 y 2, y 3 cuando sea el caso, entre el valor del servicio y el factor de subsidio, y la expresión "comisiones de regulación" de los numerales 89.1, 89.2, 89.4 y 89.5 del mismo artículo; la expresiones "Sin perjuicio de otras alternativas que puedan definir las comisiones de regulación", "que realicen las respectivas comisiones de regulación" y "como la demanda por el servicio", contenidas en el inciso primero, en el numeral 90.1 y en el numeral 90.2, respectivamente, del artículo 90 de la Ley 142 de 1994; el artículo 163 de la Ley 142 de 1994, relativo a aspectos administrativos y de gestión que se tendrán en cuenta para fijar las fórmulas tarifarias aplicables para al servicio de acueducto y saneamiento básico; el artículo 164 de la Ley 142 de 1994, que indica que las fórmulas sobre el servicio de acueducto y alcantarillado incluirá un factor por concepto de protección de fuentes y cuencas de agua; y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001, que hace referencia al "rubro" que se cobrará por concepto de mantenimiento y reposición de los cilindros de gas.

En efecto, el actor no presenta ninguna razón destinada a mostrar que las acciones del Estado para obtener economías de escala o esquemas tarifarios que contengan subsidios; los requisitos que se deben observar en materia de contratos especiales; la expresión "comisiones de regulación" y similares, acusada varias veces; la posibilidad de que las empresas ofrezcan diversas opciones tarifarias; la inclusión de la tarifa que propone quien quiere ser contratista para la prestación de los servicios públicos, como elemento de evaluación; la obligación a cargo de las empresas prestadoras de servicios públicos de distinguir, respecto de las facturas de los estratos 1 y 2, y 3 cuando sea el caso, entre el valor del servicio y el factor de subsidio; la demanda por el servicio en tanto que factor tarifario; los aspectos particulares para la fijación del régimen tarifario del servicio de acueducto, alcantarillado y saneamiento básico; y el cobro de un rubro para el mantenimiento y reposición de los cilindros de gas, presentan una oposición objetiva y verificable con los artículos constitucionales citadas.

En estas condiciones, los argumentos con base en los cuales el actor acusa el los numerales 2.7 y 2.9 del artículo 2º, el inciso segundo del párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, los numerales 87.2 (parcial) y 87.8 (parcial) del artículo 87, los párrafos 1º y 2º del artículo

87, las expresiones mencionadas del artículo 89; el inciso primero (parcial) del artículo 90, el numeral 90.1 (parcial) y el inciso segundo (parcial) del numeral 90.2 del mismo artículo, el artículo 163 y el artículo 164 todos de la Ley 142 de 1994, y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001, no son específicos ni pertinentes, de manera que no puede llevarse a cabo el juicio de exequibilidad.

2.4.3. Análisis del tercer cargo

El actor considera que el parágrafo del artículo 130 de la Ley 142 adicionado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001 y la totalidad del artículo 40 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001, vulneran los artículos 13, 42, 44, 49, 52, 67, 334 y 365 y 366 de la Constitución. Sostiene que la posibilidad de que las empresas de servicios públicos suspendan su prestación como consecuencia de la falta de pago, atenta contra la naturaleza de dichos servicios en tanto que función inherente del Estado y vulnera la función social de los mismos.

2.4.3.1. La Corte considera que si bien el actor señala que el parágrafo del artículo 18 y el artículo 19 de la Ley 689 de 2001 vulneran los artículos 13, 42, 44, 49, 52, 67, 334, 365 y 366 de la Carta, no presenta argumentos que muestren la contradicción entre las normas acusadas y los textos constitucionales citados.

En efecto, sobre este particular, el actor se limita a afirmar que la suspensión de los servicios conlleva a la afectación de los derechos citados. No obstante, respecto del cargo de igualdad, el actor no hace una comparación entre dos o más grupos ni expresa las razones por las cuales las normas acusadas conllevarían a la discriminación de alguno de ellos.

Tampoco presenta argumentos orientados a mostrar que las normas demandadas conllevan a una afectación de la familia en tanto que núcleo fundamental de la sociedad (art. 42 de la C.P.), de los derechos de los niños (art. 44 de la C.P.), del derecho a la salud y al saneamiento básico (art. 49 de la C.P.), del derecho a la recreación (art. 52 de la C.P.), o del derecho a la educación (art. 67 de la C.P.).

Así pues, la Corte encuentra que los argumentos expuestos por el demandante no se relacionan concretamente con los artículos constitucionales que se consideran vulnerados. En este orden de ideas, se concluye que la demanda no es específica, de manera que no es posible establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre las normas constitucionales citadas y las normas legales acusadas.

2.4.3.2. El parágrafo del artículo 130 de la Ley 142 adicionado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001 señala que las empresas prestadoras de servicios públicos estarán en la obligación de suspender el servicio al usuario o suscriptor que incumpla su obligación de pagar los servicios facturados durante dos períodos consecutivos. El artículo 140 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001 contiene las causales de incumplimiento por parte del suscriptor o usuarios que dan lugar a la suspensión del servicio y las reglas a las que deberán sujetarse las partes en caso de que haya lugar a la suspensión del servicio⁸¹.

Esta Corporación coincide con el Procurador en el sentido de que de la totalidad del artículo 140 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001 demandado, sólo una parte del inciso segundo del mismo aborda el tema relativo a la suspensión del servicio por falta de pago. En efecto, el inciso segundo del artículo 140 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001 señala: "La falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas". Se observa así que únicamente la expresión subrayada de la norma en cuestión coincide con el cargo expuesto por el demandante. En este orden de ideas, la Corte adelantará el juicio de constitucionalidad respectivo sobre la expresión pertinente de dicho inciso así como sobre el parágrafo del artículo 18 de la Ley 689 de 2001, pero se inhibirá de conocer del resto del artículo 19 de la Ley 689 de 2001 dado que el cargo no es específico respecto del resto de toda la disposición acusada.

2.5. Normas legales respecto de las cuales la demanda observa el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad

Para mayor claridad, resulta necesario resumir las conclusiones a las cuales ha llegado la Corte sobre las normas que constituyen el objeto de la presente sentencia así como los cargos por las cuales éstas serán juzgadas.

2.5.1. De acuerdo con el anterior análisis, la Corte encuentra lo siguiente:

2.5.1.1. Corresponde estarse a lo resuelto en los fallos que declararon la exequibilidad del artículo 31, de la expresión acusada en esta oportunidad del artículo 35, del artículo 37, del artículo 68, de los literales c) y d) del numeral 74.3 del artículo 74, del artículo 88, del inciso 3º del artículo 96, del artículo 125 y del artículo 128, todos de la Ley 142 de 1994, pues sobre estas normas ha operado el fenómeno de la cosa juzgada;

2.5.1.2. El parágrafo 2º del artículo 40 fue derogado expresamente por el artículo 7º de la Ley 286 de 1996 y, por lo tanto, no procede pronunciarse sobre su constitucionalidad;

2.5.1.3. En relación con la totalidad de normas acusadas con respecto del primer cargo, la demanda es inepta, de manera que no se pronunciará sobre la exequibilidad de las siguientes disposiciones: El numeral 3.9. (parcial) del artículo 3, los numerales 6.3. (parcial) y 6.4. (parcial) del artículo 6, el parágrafo del artículo 9, el numeral 11.8 (parcial) del artículo 11, el numeral 14.10 (parcial) del artículo 14, el artículo 16 (parcial), el artículo 18 (parcial), el artículo 20 (parcial), el artículo 21, el artículo 23 (parcial), el artículo 28 (parcial), el artículo 31 (parcial), el artículo 35 (parcial), el numeral 36.6 (parcial) del artículo 36, el artículo 37 (parcial), el numeral 39.4 (parcial) del artículo 39, los párrafos 1º del artículo 40, los numerales 44.1. (parcial), 44.2 (parcial) y 44.3 (parcial) del artículo 44, el artículo 45 (parcial), el artículo 48 (parcial), el artículo 52

(parcial), el artículo 66 (parcial), el numeral 67.1 (parcial) del artículo 67, el artículo 68 (parcial), el artículo 70 (parcial), el artículo 73, el artículo 74, el inciso primero (parcial), los numerales 85.1 (parcial), 85.2 (parcial), 85.3 (parcial), 85.5 (parcial) y los párrafos 1 y 2 del artículo 85 (parcial), el numeral 87.8. (parcial) del artículo 87, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5. (parcial) del artículo 89, el inciso primero y los numerales 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 96 (parcial), el artículo 127, el inciso tercero del artículo 128, el numeral 133.26 (parcial) del artículo 133, el parágrafo del artículo 146, el artículo 160 (parcial), y el numeral 162.2. (parcial) del artículo 162 de la Ley 142 de 1994; el artículo 1º de la Ley 286 de 1996; el artículo 2º y el artículo 3º de la Ley 632 de 2000; y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001

2.5.1.4. Respecto del segundo cargo, la demanda es inepta en lo relacionado con los numerales 2.7 y 2.9 del artículo 2º; el inciso segundo del párrafo del artículo 39; los numerales 87.2 y 87.8 (parcial) del artículo 87 y sus párrafos 1º y 2º; las expresiones mencionadas del artículo 89; el inciso primero del artículo 90 al igual que el numeral 90.1 (parcial) y el inciso segundo (parcial) del numeral 90.2 de dicho artículo; el artículo 163 y el artículo 164 todos de la Ley 142 de 1994; y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001.

2.5.1.5. Respecto del tercer cargo, la demanda es inepta en lo relacionado con los apartes indicados del artículo 140 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001. Adicionalmente se observa que el actor no formula argumentos específicos con base en los cuales se muestre que las normas acusadas vulneran los artículos 13, 42, 44, 49, 52 y 67 de la Constitución.

2.5.2. Respecto del segundo cargo, la Corte habrá de establecer si el numeral 2.6 del artículo 2, el numeral 14.11 del artículo 14, el inciso segundo y los numerales 34.1 a 34.6. del artículo 34, el numeral primero (parcial) del artículo 86, el inciso 1º (parcial) y los numerales 87.1., 87.4. y 87.7 del artículo 87; el numeral 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 94 (parcial), el artículo 98, el artículo 124, el artículo 126 y el artículo 127 de la Ley 142 de 1994 vulneran los artículos 1º, 2º, 58, 333, 334, 365, 366 y 367 de la Constitución.

2.5.3. Respecto del tercer cargo, la Corte habrá de establecer si el párrafo del artículo 130 de la Ley 142 de 1994, adicionado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001 y si el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001 (en lo pertinente), vulneran los artículos 334, 365 y 366 de la Carta.

3. Los problemas jurídicos que se plantean

Las anteriores anotaciones permiten a la Corte tener claridad acerca de las normas respecto de las cuales ella es competente para realizar el respectivo juicio de constitucionalidad.

3.1. El actor sostiene que el numeral 2.6 del artículo 2, el numeral 14.11 del artículo 14, el inciso segundo y de los numerales 34.1 a 34.6. del artículo 34, el numeral 86.1 (parcial) del artículo 86, el inciso 1º (parcial), los numerales 87.1., 87.4., 87.7., del artículo 87, el inciso primero del artículo 89, el numeral 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 94 (parcial), el artículo 98, el artículo 124, el artículo 125, el artículo 126 y el artículo 127 de la Ley 142 de 1994, vulneran los artículos 1º, 2º, 58, 333, 334, 365, 366 y 367 de la Constitución.

Indica que el artículo 1º de la Constitución prescribe que la solidaridad es uno de los principios sobre los que se funda el Estado colombiano; que, en virtud de ese principio, el artículo 58 de la Carta prescribe que en caso de conflicto entre los derechos de los particulares y las necesidades públicas, los primeros deberán ceder ante las segundas; que el 333 de la Constitución prevé que la libertad económica se subordina al bien común; que los artículos 334 y 366 constitucionales indican que uno de los propósitos de la intervención del Estado en la economía consiste en mejorar la calidad de vida de la población, el artículo 365 de la C.P. señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y el artículo 367 de la C.P. contempla que además del de costos, la solidaridad misma y la redistribución son criterios que rigen la prestación de los servicios públicos.

Señala que las normas acusadas, relativas a las funciones de las comisiones de regulación en materia tarifaria, fundan la fijación de las tarifas en criterios tales como eficiencia económica, suficiencia financiera, libertad de mercado, garantía de remuneración a los propietarios de las empresas prestadoras de los servicios públicos, en perjuicio de principios inherentes al Estado social de derecho tales como la solidaridad (art. 2º de la C.P.), el derecho a tener acceso a los bienes y servicios básicos (art. 334 de la C.P.), el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes de territorio nacional (art. 365 de la C.P.) y el mandato según el cual el objetivo de tales servicios será el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 de la C.P.).

Considera que a pesar del marco constitucional descrito, las normas acusadas contemplan un régimen de libertad respecto de la prestación de los servicios públicos que desconoce la función que el artículo 365 de la Carta confiere al Estado de mantener la regulación, vigilancia y control de los servicios públicos. De esta manera, el actor considera que las normas demandadas protegen la libertad económica y la iniciativa privada de los propietarios de las empresas prestadoras de los servicios públicos en perjuicio de las normas constitucionales que establecen los parámetros y principios acerca de la prestación de los mismos.

Así pues, estima que, entre otros, "[e]l artículo 2º de la Ley 142 de 1994 menciona la intervención del Estado en los servicios públicos pero subordinada a las reglas de la libre competencia, libertad de la actividad económica y de la iniciativa privada"⁸²; el artículo 14 en su numeral 14.11 permite a las empresas determinar las tarifas "con el solo requisito de informar a las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos"⁸³; los artículos 34 y 98 contienen prescripciones para la protección de la libre competencia. De esta manera, el Estado desconoce las obligaciones que, según el artículo 365 de la Carta, le corresponden en materia de regulación, vigilancia y control de los servicios públicos.

Con base en lo anterior, agrega que "[l]as normas demandadas tratan de combinar de manera inconstitucional en la regulación de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios el reconocimiento del precio de mercado, de la libertad económica, con la satisfacción de necesidades de la

población, pero dándole prelación a la libertad de mercado"⁸⁴.

Señala que el régimen tarifario se fundamenta sobre criterios tales como eficiencia económica, suficiencia financiera, libertad de mercado, garantía de remuneración a los propietarios de las empresas prestadoras de los servicios públicos, en perjuicio de los principios inherentes al Estado social de derecho ya mencionados.

Señala que si bien en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 se hace referencia a principios tales como la solidaridad y la redistribución, lo cierto es que esa misma norma subordina dichos criterios a los de eficiencia económica y suficiencia financiera. De esta manera, el legislador estableció un régimen tarifario que obedece a criterios meramente empresariales, destinado a garantizar beneficios económicos a los dueños de las empresas prestadoras de servicios públicos, en desconocimiento del mandato establecido en el artículo 365 de la Carta según el cual los servicios públicos son inherentes al Estado, quien deberá asegurar mediante su prestación el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 de la C.P.) de acuerdo con los principios del Estado social de derecho.

Con base en ello afirma que el régimen tarifario establecido por el legislador desconoce el mandato establecido en el artículo 365 de la Carta, según el cual los servicios públicos son inherentes al Estado, quien deberá asegurar mediante su prestación el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 de la C.P.) de acuerdo con los principios del Estado social de derecho. Así pues, si bien el artículo 58 de la Constitución estipula que en caso de conflicto entre los intereses de los particulares y las necesidades de la población, el interés privado deberá ceder al interés público o social, el legislador previó un régimen respecto de los servicios en el que el interés público es el que cede ante el privado dado que se garantiza el beneficio de las empresas prestadoras de servicios públicos en perjuicio del derecho de todos los habitantes a disfrutar de los mismos.

Sostiene que el procedimiento para fijar las tarifas públicas, descrito en los artículos 124, 126 y 127 de la Ley 142 de 1994, responde al marco conceptual de la libre competencia y la protección del mercado y no a la obligación constitucional de garantizar los derechos de los usuarios, aunque lo cierto es que, en el marco de la Constitución, dicho procedimiento debería también garantizar los derechos colectivos de los usuarios.

Con base en el anterior resumen, pasa la Corte resolver los problemas jurídicos que se enuncian a continuación: (i) ¿Constituyen las prescripciones que contiene la Ley 142 de 1994 en materia de tarifas de los servicios públicos domiciliarios un impedimento para que el Estado intervenga plenamente en dicho sector con el fin de regularlo en contravención de los artículos 334 y 365 de la Carta? (ii) ¿Se ajusta al régimen constitucional de los servicios públicos que el legislador haya establecido que la eficiencia económica y la suficiencia financiera forman parte de los criterios de fijación de las tarifas de los servicios públicos? ¿Establecer que estos dos criterios tienen prioridad en la definición del régimen tarifario vulnera los principios de solidaridad y de redistribución consagrados en el artículo 367 de la Constitución, en consonancia con los artículos 1 y 365 Superiores?; (iii) ¿Ofrece el procedimiento relativo a la fijación de las fórmulas tarifarias de los servicios públicos domiciliarios, contemplado en los artículos 124, 126 y 127 de la Ley 142 de 1994, garantías suficientes para asegurar la efectividad de los derechos de los usuarios de tales servicios?

3.2. El actor afirma que la suspensión de los servicios públicos por la falta de pago, conforme con lo prescrito en el párrafo del artículo 130 de la Ley 142 adicionado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001 y en el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001, no se aviene a los principios constitucionales que rigen la prestación de los servicios públicos.

En efecto, "la suspensión de los servicios públicos domiciliarios implica el desmejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y de la población, en los términos de los artículos 334 y 366 de la Constitución Política de Colombia. Este deterioro de la calidad de vida implica necesariamente que no se satisfacen las necesidades de salud, educación, recreación, desmejorando los derechos de los menores, perdiéndose la garantía de la protección integral de la familia, y violándose el derecho a la igualdad"⁸⁵. Por ello considera que "suspender los servicios públicos por falta de pago no es la medida adecuada para exigir el pago, porque el sacrificio que ello conlleva para el usuario proviene de la violación de sus derechos fundamentales. Otras medidas para hacer efectivo el pago se encuentran en el derecho privado, de las cuales puede hacer uso la entidad prestadora de los servicios, pero no transgrediendo los derechos fundamentales de los usuarios, protegidos por la Constitución"⁸⁶.

En este orden de ideas, corresponde a la Corte establecer lo siguiente: ¿es la suspensión del servicio público a quien incumple sus pagos, una medida ajustada al principio según el cual la prestación de los servicios públicos es una función social inherente al Estado?

3.3. Pasa la Corte a dar respuesta a los problemas jurídicos que se plantean en la demanda de la referencia. Para tal efecto, esta Corporación estudiará primero el tema relativo a la función estatal de regulación del mercado en un Estado social y democrático de derecho en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios. Luego, de acuerdo con los criterios analizados se procederá a efectuar el juicio de constitucionalidad de las normas sobre tarifas acusadas. Finalmente, la Corte determinará si se ajustan a la Constitución las disposiciones que exigen a las empresas prestadoras la suspensión de servicios públicos domiciliarios como consecuencia de la falta de pago por el suscriptor o usuario de los mismos.

4. La regulación del mercado en un Estado social y democrático de derecho en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios

El actor sostiene que el numeral 2.6 del artículo 2, el numeral 14.11 del artículo 14, el inciso segundo y los numerales 34.1 a 34.6. del artículo 34, el numeral 1º (parcial) del artículo 86, el inciso 1º (parcial), los numerales 87.1., 87.2. (parcial), 87.4., y 87.7., del artículo 87, los numerales 90.1 (parcial) y 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 94 (parcial), el artículo 98, el artículo 124, el artículo 126 y el artículo 127 de la Ley 142 de 1994 vulneran los artículos 1º, 2º, 58, 333, 334, 365, 366 y 367 de la Constitución porque prevén criterios de regulación de los servicios públicos en materia tarifaria que conducen a que los fines sociales del Estado queden subordinados al mercado y a la libre iniciativa privada.

Sostiene que la Ley 142 de 1994 contiene un marco regulatorio para la fijación de las tarifas de los servicios públicos que se funda en principios tales como la libre competencia, la defensa del mercado, la garantía de remuneración a los propietarios de las empresas prestadoras de los servicios públicos, que son propios de un sistema de mercado y de la libre iniciativa privada en materia económica, pero que resultan contrarios a los fines sociales protegidos por la Carta cuando se aplican a la prestación de tales servicios.

Señala que las normas acusadas, relativas a las funciones de las comisiones de regulación en materia tarifaria, fundan la fijación de las tarifas en criterios tales como eficiencia económica, suficiencia financiera, libertad de mercado, garantía de remuneración a los propietarios de las empresas prestadoras de los servicios públicos, en perjuicio de principios inherentes al Estado social de derecho tales como la solidaridad (art. 2º de la C.P.), el derecho a tener acceso a los bienes y servicios básicos (art. 334 de la C.P.), el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes de territorio nacional (art. 365 de la C.P.) y el mandato según el cual el objetivo de tales servicios será el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 de la C.P.).

Considera que una adecuada interpretación de los principios constitucionales que rigen los servicios públicos conduce a la conclusión de que las tarifas correspondientes no pueden ser incrementadas, según las fórmulas que adopten las comisiones de regulación, por encima del IPC, pues ello afecta de manera inmediata la calidad de vida de la población, cuyos ingresos crecen a un menor ritmo.

Indica que el procedimiento para fijar las tarifas públicas, descrito en los artículos 124, 126 y 127 de la Ley 142 de 1994, se encuentra diseñado para favorecer los intereses de las empresas prestadoras de los servicios en perjuicio de los derechos y de los intereses de la población. En este orden de ideas, señala que el procedimiento para fijar las fórmulas tarifarias de los servicios públicos no sólo debe velar por la protección de las empresas dentro del mercado sino también por la protección de los derechos de los usuarios.

Así pues, la Corte encuentra que los argumentos que expone el actor para justificar el segundo cargo, expresan un reproche tanto a las funciones de las comisiones de regulación como a las reglas a las que obedece la fijación de las tarifas de los diferentes servicios públicos. En concreto, el actor estima que el Congreso estableció un modelo de libertad económica en este ámbito cuando ha debido desarrollar, de acuerdo con la Constitución, un sistema intervencionista inspirado en el Estado social. En este orden de ideas, corresponde a la Corte determinar las reglas y principios que prevé la Constitución acerca de la determinación de las tarifas de los servicios públicos en tanto que instrumento de regulación de la economía.

Antes de analizar específicamente el cargo del actor, es necesario delimitar el lugar de la regulación de los servicios públicos dentro de un Estado social y democrático de derecho puesto que el argumento esencial de la demanda en este aspecto gira en torno a uno de los instrumentos de regulación -la fijación de precios llamados en este caso tarifas- mediante el cual órganos específicos creados por la ley para este efecto -las denominadas comisiones de regulación- desarrollan los objetivos trazados por el legislador cuando impartió un mandato de intervención en la economía para lograr los fines sociales del Estado en uno de sus sectores. Por lo tanto, es preciso (i) definir en qué consiste la función de regular (4.1); (ii) subrayar las características de ésta en materia de servicios públicos que, al mismo tiempo que la inscriben dentro del intervencionismo económico, la distinguen de otras formas de intervención del Estado en la economía (4.2); (iii) recordar los parámetros constitucionales respecto de la manera como el Estado regula la prestación de los servicios públicos así como las estructuras orgánicas y los instrumentos de dicha regulación (4.3); (iv) resaltar la trascendencia de los fines no sólo económicos sino también sociales de la regulación en un Estado social y democrático de derecho (4.4); y (v) reiterar la importancia de los mecanismos institucionales orientados a asegurar que la regulación efectivamente desarrolla los fines que la justifican en un Estado social y democrático de derecho (4.5).

Con base en este marco, la Corte habrá de pronunciarse sobre el cargo que formula el accionante, es decir, habrá de determinar si el sistema tarifario contenido en las normas acusadas que rigen el ejercicio de una función específica de las comisiones de regulación, subordina los fines sociales del Estado a la libertad económica y a la sostenibilidad financiera de las empresas prestadoras de servicios públicos y privilegia el mercado, en desmedro del mandato de intervención estatal en la economía para la realización de los fines sociales inherentes a los servicios públicos.

4.1. La función estatal de regulación

4.1.1. Las características definitorias de la función de regulación que la distinguen de las demás formas de intervención estatal en la economía

4.1.1.1. En un Estado social de derecho la intervención estatal en el ámbito socio-económico puede obedecer al cumplimiento de diversas funciones generalmente agrupadas en cuatro grandes categorías: una función de redistribución del ingreso y de la propiedad⁸⁷ expresamente consagrada en varias disposiciones de la Constitución con miras a alcanzar un "orden político, económico y social justo" (Preámbulo); una función de estabilización económica también consagrada en diversas normas superiores (artículos 334 inc. 1º, 339, 347, 371 y 373 de la C.P.); una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados en la Constitución (artículos 49 y 150, numeral 19, por ejemplo); y, todas las anteriores, dentro de un contexto de intervención general encaminado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social, como el derecho de propiedad privada pero entendido como "función social" (artículo 58 C.P.) o la libertad de iniciativa privada y de la actividad económica siempre que se respete también la "función social" de la empresa (artículo 333 C.P.) en aras de la "distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo" (artículo 334 C.P.)⁸⁸.

En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Así, el mercado económico no es un fenómeno natural sino que depende de que el Estado establezca una serie de instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual

y extracontractual cuya efectividad obedece a que exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. En este orden de ideas, el Código Civil, por ejemplo, constituye una modalidad de regulación tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social.

No obstante, en determinadas circunstancias históricas, esta forma básica de regulación socio-económica ha sido considerada inadecuada para alcanzar ciertos objetivos sociales valorados por una comunidad política, como, por ejemplo, la disminución de la pobreza y de las desigualdades sociales⁸⁹ o la protección de un ambiente sano⁹⁰. Además, la dinámica misma del mercado, así regulado, puede llevar a consecuencias indeseables en el plano macroeconómico, como concentración de la propiedad en pocas manos, altas tasas de desempleo, ciclos económicos profundos y prolongados, entre otras. Por ello, desde hace un siglo, el Estado ha intervenido con fines de protección social, de redistribución o de estabilización económica⁹¹.

En el contexto colombiano dicha intervención recibió pleno respaldo constitucional en 1936⁹² al mismo tiempo que se definieron los deberes sociales del Estado y de los particulares⁹³. Además, la transformación política de las relaciones entre el Estado y la economía estuvo acompañada de sucesivas reformas al régimen constitucional para dotar al Estado de los instrumentos adecuados de intervención. Por ejemplo, la figura de las leyes marco desarrolladas por decretos presidenciales no fue obra del constituyente de 1936 sino del de 1968⁹⁴.

Ahora bien, 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 doctrina⁹⁵ se habla de intervención estatal global⁹⁶, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad⁹⁷, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa⁹⁸; 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 públicas⁹⁹.

Por otra parte, de acuerdo con su función, la intervención del Estado en la economía también se puede agrupar en diferentes tipos. Algunos doctrinantes¹⁰⁰ distinguen, entonces, tres clases de intervencionismo económico: conformativa, que establece los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos¹⁰¹; finalística, que señala los objetivos generales o las metas concretas a los cuales han de propender los actores económicos¹⁰²; y condicionante, que propiamente fija las reglas de juego del mercado o de un sector económico¹⁰³.

Adicionalmente, según su contenido, los actos de intervención estatal pueden someter a los actores económicos a un régimen de declaración –un nivel bajo de intervención que sólo exige que los actores económicos presenten a las autoridades determinada información–, un régimen de reglamentación, mediante el cual se fijan condiciones para la realización de una actividad, un régimen de autorización previa, que impide el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita, un régimen de interdicción, que prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables, o un régimen de monopolio¹⁰⁴, mediante el cual el Estado excluye del mercado determinadas actividades económicas, y se reserva para sí su desarrollo sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la ley¹⁰⁵.

4.1.1.2. En efecto, en forma gradual y progresiva la función estatal de regulación socio-económica ha venido adquiriendo un contenido que la diferencia de las demás funciones de intervención estatal en la economía. Así la función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo.

Además, el ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia, lo cual no significa que las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación, carezcan de una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República.

Adicionalmente, la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos 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. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades.

Dadas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reorientar sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el

régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.

A estos elementos de la función estatal de regulación, se puede sumar otro que ha conducido a que el esquema de regulación adoptado por el constituyente o el legislador adquiera rasgos específicos. En efecto, en algunos sectores, se presenta la necesidad de proteger los derechos de las personas. Cuando ello ocurre, la función de regulación se orienta en sus aspectos estructurales, instrumentales y procedimentales al cumplimiento de esa finalidad primordial. Es lo que sucede en el sector de los servicios públicos donde la Constitución ha protegido específicamente los derechos de los usuarios (artículos 78 y 369 C.P.). Ello conduce a que en estos ámbitos la función de regulación estatal esté orientada constitucionalmente al logro de unos fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367 C.P.) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365 C.P.).

4.1.1.3. La especificidad de la función estatal de regulación condujo al Constituyente de 1991 a introducir varias innovaciones institucionales sin trasladar a nuestro contexto ningún modelo en esta materia. Por el contrario, este importante tema fue abordado por el constituyente colombiano con la finalidad de responder a problemas y necesidades propios. Ello explica algunas peculiaridades del sistema colombiano en esta materia, dentro de las cuales se destaca la creación directa, por el mismo constituyente, de órganos de regulación en ámbitos donde por la tendencia constatada en distintos países, tanto de tradición anglosajona como romano-germánica, al igual que por la experiencia colombiana, se estimó necesario que existiera un órgano de regulación especializado, como sucede, por ejemplo, en el ámbito de la política monetaria, cambiaria y crediticia y en el ámbito de la televisión.

Así, se puede decir que la Constitución contempla dos grandes tipos de órganos de regulación: primero, los de rango constitucional, entre los cuales se encuentra, por ejemplo, la Junta Directiva del Banco de la República como "autoridad monetaria, crediticia y cambiaria", y la Comisión Nacional de Televisión cuya junta directiva está encargada de "[I]a dirección de la política que en materia de televisión determine la ley" (art. 77 de la C.P.) entre otras funciones; y, segundo, los de creación legal a los cuales aluden expresiones abiertas como "otras entidades del orden nacional" (artículo 150, numeral 7, C.P.) y "agencias del Estado" (artículo 211 C.P.). Una de las características principales de estos órganos de regulación especializados por áreas de actividad reside en su independencia y, en el caso de los que tienen rango constitucional, la propia Carta les reconoce autonomía, que es diferente y más amplia que la independencia, como se muestra en el apartado 4.5 de este fallo. Recientemente, la Corte en la Sentencia C-827 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) se refirió al tema "de las denominadas autoridades independientes", denominación genérica utilizada por algunos doctrinantes, a propósito de uno de los órganos de regulación de rango constitucional:

"a) La especial autonomía que la Constitución predica del Banco de la República y de su Junta Directiva como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria proyecta en nuestra organización constitucional la presencia de las denominadas autoridades independientes que en la doctrina y en la organización de los estados ha venido enfatizándose bajo la primigenia inspiración de instituciones similares de los Estados Unidos, posteriormente del Reino Unido y más recientemente del constitucionalismo europeo continental (Francia, España, por ejemplo), encargadas de la regulación de actividades sociales -organismos reguladores- con el agregado de las especiales peculiaridades que evidencia el modelo de banca central también paulatinamente acogido en diferentes Estados¹⁰⁶.

b) Ahora bien, en la organización colombiana a partir de 1991 y en consonancia con experiencias institucionales de otros Estados, el organismo encargado de las funciones de banca central no es solamente regulador y titular de funciones de supervisión sino que su acción se proyecta, además, en el ámbito de ejecución directa de las políticas estatales en la materia. Esas especialísimas inspiraciones se proyectan en la necesidad constitucionalmente explícita de que la ley al desarrollar los enunciados constitucionales plasme la sujeción del Banco de la República "a un régimen legal propio".

Como la reforma introducida en 1991 en materia de la función estatal de regulación y de órganos especializados de regulación refleja una tendencia general presente en varias democracias, la cual se llevó a cabo, como lo anotó la Corte en la sentencia citada, "en consonancia con experiencias institucionales de otros países", resulta pertinente hacer una breve referencia al derecho comparado para apreciar los rasgos característicos de esta función estatal y de los órganos que la ejercen en otros sistemas, reiterando que el constituyente de 1991 no adoptó ningún modelo extranjero sino que creó uno propio.

4.1.2. Breve referencia al derecho comparado.

4.1.2.1. Si bien la función de regulación ha sido una constante de las democracias liberales, donde el estado interviene para lograr fines sociales, las características de esta función, la intensidad con la cual es ejercida y las metas específicas a las cuales está encaminada han evolucionado en cada país según las prioridades políticas de la época. Por eso no se puede afirmar que exista un modelo de regulación, puesto que las diferencias entre países, y al interior mismo de cada Estado, son profundas.

4.1.2.2. Sin desatender las influencias recíprocas, cada país ha adoptado instituciones de regulación propias. Una breve referencia al derecho comparado indica que existen claras diferencias en las instituciones regulatorias del continente europeo y de los países anglosajones.

En primer lugar, no existe un modelo anglosajón de regulación puesto que las instituciones estadounidenses son muy diferentes a las británicas. En Estados Unidos, la primera agencia regulatoria independiente nació en 1889, cuando el Congreso le otorgó autonomía a la Comisión Interestatal de Comercio¹⁰⁷, cuyo fin era regular el intercambio comercial entre los estados federados. Desde entonces, con el intervencionismo

de estado durante el New Deal, el legislador norteamericano ha creado en el nivel federal un número elevado de agencias independientes (*independent agencies*¹⁰⁸), superior a cuarenta, de las cuales alrededor de diez disponen de funciones tanto de expedición de normas y de administración, como de sanción de los infractores. Éstas se diferencian de las agencias ejecutivas (*executive agencies*), las cuales cumplen esencialmente funciones ejecutivas delegadas por el Presidente, el cual continúa siendo su superior jerárquico.¹⁰⁹ Las agencias independientes norteamericanas cumplen en su mayoría funciones de regulación de la vida económica y social¹¹⁰. A su vez, tienen ciertas características comunes: son creadas por una ley "especial" que fija sus funciones y son dirigidas normalmente por un consejo cuyos miembros hacen parte de los partidos mayoritario y minoritario y son designados para períodos superiores al del Presidente y el Congreso. Estas agencias independientes tienen un poder amplio de producción de normas regulatorias y están encargadas de su aplicación y de la imposición de sanciones administrativas. Sus decisiones están sujetas a un procedimiento administrativo abierto a la participación ciudadana, el cual es menos formal si se va a expedir una "regla general" y es más riguroso si se va a decidir sobre un caso particular¹¹¹. En cuanto a la independencia de dichas agencias, se observa que éstas usualmente no hacen parte de ningún ministerio, pero están sometidas a controles tales como el jurisdiccional, el de las comisiones especializadas del Congreso, o el de la "oficina de administración y presupuesto" de la Presidencia de los Estados Unidos.¹¹² Igualmente, los directores de dichas agencias son nombrados por el Presidente de los Estados Unidos con el consentimiento previo del Senado. Sin embargo, el presidente sólo puede revocar al director, en caso evidente de "ineficacia o negligencia en el ejercicio de sus funciones, o por actuar en contra de la ley"¹¹³.

Por su parte, 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*)¹¹⁴. Estos se ocupan de "funciones que el gobierno desea desempeñar sin que se comprometa la responsabilidad directa de un ministerio o un departamento ministerial"¹¹⁵. 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 década¹¹⁶. 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.

En segundo lugar, en el continente europeo se constatan diferencias aún más profundas no sólo frente a la experiencia de Gran Bretaña sino entre los mismos estados, cuyos sistemas jurídicos no se inscriben en la tradición anglosajona. Suecia es el país con el régimen más desarrollado en materia de estructuras regulatorias. Este país ha practicado tradicionalmente un sistema de gestión pública en el cual se distingue claramente entre el poder gubernamental político, confiado a ciertos ministerios, y el poder de regulación prácticamente de todos los sectores de la vida económica y social, ejercido a nivel nacional por un sinnúmero de agencias altamente autónomas, sometidas a un débil control político pero expuestas a un control de cuerpos sociales generalmente de trabajadores y usuarios de servicios¹¹⁷. Estas agencias no están sujetas al poder de los ministerios¹¹⁸ y su funcionamiento está regido por "órdenes reales". El conjunto de la administración sueca se caracteriza por una fuerte tradición de independencia con relación a las autoridades gubernamentales, lo cual refuerza la autonomía de las agencias de regulación.

En Alemania, por su parte, se observan unas pocas entidades, llamadas "espacios libres de control gubernamental"¹¹⁹ 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 adelantan. La mayoría de dichos organismos tienen un amplio margen de independencia¹²⁰, entre otras cosas, en el ámbito de la prestación de algunos servicios públicos¹²¹.

En cuanto a Francia, ya desde la década de los años sesenta se observa la creación de varios organismos "de competencias propias", tales como la Comisión de Operaciones de la Bolsa creada en 1967. Estos organismos, instituidos por ley o por reglamentos gubernamentales, no podían ser calificados como entes descentralizados aunque no estaban sujetos a los controles jerárquicos del gobierno central. Sin embargo, sólo a partir de la Ley del 6 de Enero de 1978 se consagró legalmente la noción de autoridad administrativa independiente (*autorité administrative indépendante, AAI*), con la creación de la Comisión Nacional de la Informática y las Libertades. A partir de entonces, este tipo de autoridades encargadas de la regulación sectorial, se han multiplicado hasta alcanzar una cifra superior a 20¹²². Adicionalmente, la jurisprudencia del Consejo Constitucional y la del Consejo de Estado han reafirmado la legitimidad constitucional y administrativa de las autoridades independientes¹²³. Sus funciones son la regulación de las actividades de diversos sectores socio económicos¹²⁴ o de asuntos específicos relevantes para todos los sectores de la economía¹²⁵. Dentro de sus facultades se encuentran principalmente la expedición de reglas, la aplicación de las mismas, la investigación acerca de los asuntos de su competencia y la sanción administrativa de los infractores. Este tipo de autoridades administrativas generalmente gozan de amplia independencia, pero ésta no es absoluta sino limitada. Por ejemplo, su presupuesto depende de la aprobación de la administración central. Generalmente, las decisiones administrativas de estas autoridades están sujetas al control judicial ante el juez contencioso administrativo¹²⁶.

Por su parte, en España, la ley ha creado unas pocas entidades de derecho público "independientes de la administración central del Estado"¹²⁷. 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.

Esta breve descripción de la situación de los países mencionados –necesariamente esquemática– no incluye las cuestiones jurídicas que han sido motivo de grandes controversias y trascendentales decisiones judiciales. En efecto, la inserción de los órganos de regulación no ha sido pacífica en ningún país. Las controversias versan sobre diversas cuestiones, como por ejemplo la relación de los órganos de regulación con el jefe de gobierno o con el Presidente de la República, su independencia, el origen y ámbito de sus funciones, la naturaleza y la jerarquía de los actos que éstos adoptan, los mecanismos de control parlamentario sobre los órganos de regulación y sobre sus actos y el alcance del control judicial sobre sus decisiones en especial cuando éstas revisten un elevado contenido técnico. La resolución de estas cuestiones en cada país obedeció a las especificidades del sistema en ellos imperante y, por lo tanto, no puede ser trasladada automáticamente al contexto colombiano¹²⁸. En algunos países temas que se creían pacíficos, se tornan polémicos cuando se adoptan decisiones o políticas que permiten analizarlos desde una perspectiva diferente a la anteriormente predominante¹²⁹.

4.1.2.3. A pesar de estas marcadas diferencias entre países, se pueden apreciar elementos comunes en cuanto al marco institucional de la función de regulación.

El primer rasgo común estriba en que la función estatal de regulación es ejercida por una autoridad específicamente creada y concebida para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales debe sujetarse una actividad determinada dentro de un sector socio-económico. Segundo, la actividad determinada sujeta a regulación, reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está envuelto el goce efectivo de los derechos de las personas y donde se juzga necesario adoptar medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado. Tercero, la autoridad reguladora dispone de instrumentos de regulación peculiares para el cumplimiento de su misión específica los cuales pueden ser de la más diversa naturaleza según el problema que ésta deba abordar, puesto que tales instrumentos van desde la mera recepción y divulgación de información (medida de comunicación), pasando por la intervención en los precios (medida económica) hasta la adopción de normas y la imposición de sanciones a quienes las infrinjan (medidas jurídicas). Cuarto, la función de regulación es usualmente confiada a órganos con un mayor grado de independencia que el que tienen las entidades administrativas preexistentes en el respectivo país sometidas a controles jerárquicos o de tutela. No obstante, esta mayor independencia no sustrae a las autoridades de regulación de los controles característicos de una Estado democrático de derecho puesto que sus actos pueden ser revisables por los jueces, sus decisiones son objeto de debate político y legislativo en el Congreso o Parlamento correspondiente, el jefe del ejecutivo dispone de medios diversos para incidir, así sea en algunos casos de manera general y mediata, en la orientación de dichas autoridades y sus integrantes y resoluciones están sujetas al escrutinio de los ciudadanos. Quinto, la función de regulación está fundada en la necesidad de encontrar y mantener un equilibrio entre intereses legítimos contrapuestos en contextos socio-económicos de gran dinamismo de tal forma que, a pesar de los cambios frecuentes y acelerados que se presenten, el Estado disponga de instrumentos para orientar sostenidamente las actividades socio-económicas reguladas hacia los fines de interés general señalados por el constituyente y el legislador.

Por eso, se ha dicho que: "[I]a noción jurídica de regulación es, ciertamente, un poco flexible. Sin embargo, incluye necesariamente varios elementos: La regulación supone la imposición de un marco normativo a ciertas actividades, con el fin de que éstas respeten un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los ciudadanos y el interés general. Este marco normativo está compuesto de decisiones con efectos generales, las cuales constituyen las reglas de juego, cuya aplicación puede ser objeto de controles y controversias que den lugar a decisiones con efectos individuales, por ejemplo, a sanciones. Así mismo, diferentes autoridades administrativas independientes pueden detentar las funciones descritas anteriormente, es decir, la creación de la norma, su aplicación y la eventual represión de las infracciones"¹³⁰.

4.2. La regulación de los servicios públicos es un tipo de intervención del Estado en la economía. Elementos característicos de la función de regulación en este ámbito.

4.2.1. El actor estima que el régimen legal relativo a las funciones de las comisiones de regulación en materia tarifaria no es una manifestación de la intervención del Estado sino, por el contrario, constituye una consagración de la primacía de la dinámica del mercado sobre los principios sociales característicos de un Estado social y democrático de derecho. Este planteamiento hace necesario analizar la relación entre regulación de los servicios públicos e intervención del Estado en la economía para determinar si ambas son categorías separadas y distintas o si, en el diseño constitucional vigente, la regulación es un tipo de intervención del Estado en la economía que debe responder a los fines constitucionales a los cuales esta última se encuentra sujeta.

4.2.2. Al margen de las controversias doctrinarias sobre el paso de un "Estado interventor" a un "Estado regulador"¹³¹, es claro que el Constituyente de 1991 concibió la regulación en general y la regulación de los servicios públicos en particular, como un tipo de intervención estatal en la economía al cual le dedicó un capítulo especial de la Constitución, el Capítulo 5 del Título XII "Del régimen económico y de la hacienda pública". Ello se aprecia al interpretar armónicamente los artículos de la Carta al respecto, principalmente los artículos 1º, 2º, 150 num. 22 y 23, 189 num. 22, 333, 334 y 365 a 370. Este tipo de intervención en los servicios públicos se distingue por varios elementos característicos sobre los cuales resulta pertinente recabar.

Primero, la regulación de los servicios públicos corresponde "al Estado", no a un órgano específico o a un conjunto de autoridades **Sentencia 150 de 2003 Corte Constitucional**

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.). 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 como por ejemplo el financiero, el bursátil o el de comercio exterior (art. 150 num. 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. Así, el principio de reserva de ley en esta materia impide que el legislador delegue implícitamente en los órganos de regulación competencias que el constituyente le atribuyó al Congreso de la República, cuestión a la que se aludirá posteriormente (art. 150, num. 23; art. 76, inc. primero; art. 365 inc. segundo; y art. 367 de la C.P.). 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. 367 de la C.P.). En el mismo sentido, se subraya que el constituyente se abstuvo de crear un órgano de regulación de los servicios públicos, como sí lo hizo en materia de televisión (arts. 76 y 77 de la C.P.) o en materia monetaria, cambiaria y crediticia (art. 371 de la C.P.), aunque precisó que las funciones de inspección y vigilancia serían ejercidas por medio de una superintendencia especial (art. 370 de la 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: 1º, 334, 366 y 367 de la C.P.) y la democracia participativa (arts. 1º, 13, 2º, 40, 78 y 369 de la C.P.). Tales límites sustantivos no se concretan exclusivamente en criterios de orden material, como los de solidaridad, eficiencia o redistribución, sino que trascienden bajo la forma de procedimientos decisarios específicos a los órganos competentes de regular tales servicios, de conformidad con la ley. 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.). Para el logro de tales fines los órganos de regulación han de disponer de instrumentos adecuados a la especificidad de este tipo de intervención.

4.2.3. De igual manera, la Constitución contempla directrices sobre la aplicación de dichos parámetros constitucionales al régimen de los servicios públicos domiciliarios. El artículo 334 de la Carta señala: "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 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. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones".

En concordancia con esta norma y con el numeral 23 del artículo 150, el artículo 365 de la Constitución indica que "[I]os servicios públicos estarán sujetos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios"; el artículo 366 de la Constitución señala que "[e]l bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado"; el artículo 367 de la Constitución prevé que "[I]a ley fijará 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" y que "[I]a ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas"; el artículo 368 de la C.P. dispone que "[I]a Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas"; y el artículo 370 de la C.P. establece que "[c]orresponde 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".

El marco constitucional analizado evidencia que el alcance de la intervención del Estado, que es muy amplio, se extiende a todos los sectores de la economía y abarca fines que van desde la distribución equitativa de las oportunidades y la búsqueda de que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, hasta la promoción de la productividad y de la competitividad. La amplitud del ámbito sobre el que se extiende la intervención del Estado en la economía y la variedad de fines que persigue, hace necesario que éste disponga de múltiples instrumentos, aplicables de diferentes maneras en los diversos sectores de la actividad económica.

4.2.4 En respuesta a ello y de acuerdo con el principio según el cual en un Estado social y democrático de derecho, la dirección de la economía se encuentra sujeta a lo estipulado en la ley, la Constitución prevé que el Congreso dispondrá de diferentes mecanismos para el efecto. Así, por ejemplo, el numeral 21 del artículo 150 de la Carta enumera las llamadas leyes marco, por medio de las cuales regula la intervención del Estado en sectores sensibles de la economía, entre los cuales se encuentran el crédito público; el comercio exterior y el régimen de cambio internacional; los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; y las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Por otra parte, el artículo 334 de la Constitución prescribe que la intervención del Estado en la economía se ejercerá por mandato de la ley. Las leyes de intervención económica pueden ser más detalladas que una ley marco y tocar cualquier ámbito de la economía siempre que desarrollen de manera expresa unos parámetros específicos establecidos por el constituyente en el artículo 150 numeral 21, v.gr., "precisar" los "fines" de la intervención, los "alcances" de la misma así como los "límites a la libertad económica"¹³². Además, el Congreso puede regular sectores de la economía por medio de leyes ordinarias, como sucede con el comercio. En materia de servicios públicos, el Congreso puede optar, según la

finalidad que persiga, por una ley ordinaria mediante la cual regule su prestación (art. 150, num. 23 de la C.P.), o una ley específica de intervención estatal en dichos servicios (art. 150, num. 21 y art. 334 de la C.P.), así como puede decidir combinar ambos instrumentos puesto que dispone de un margen de configuración suficiente en estos ámbitos y el Constituyente no exigió una categoría específica de ley -marco, estatutaria u orgánica- en dichos asuntos. Así, la Ley 142 de 1994, la cual contiene la mayoría de las disposiciones demandadas en el presente proceso, "establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios" pero también contiene un mandato de intervención estatal en los servicios públicos y señala los "fines" de dicha intervención (art. 2º de la C.P.) así como "los instrumentos" para el desarrollo de la misma (art. 3º de la C.P.).

No obstante, la sujeción de la intervención estatal en la economía a la ley no implica que el legislador tenga una competencia exclusiva en este campo. Por el contrario, la Constitución dispone que otros órganos podrán, de acuerdo con el mandato de la ley y dentro de los parámetros que ésta señale, intervenir en determinadas actividades. En efecto, las leyes correspondientes pueden determinar el órgano que hará cumplir el régimen de las regulaciones o el mandato de intervención, su ámbito de acción, sus competencias, los fines que han de orientarlo así como los instrumentos para alcanzarlos. Al respecto, en el ámbito de los servicios públicos, el legislador dispone de un amplio margen para configurar el papel institucional del órgano de regulación que decida crear específicamente para el efecto.

Dentro de las diversas alternativas de esquemas de regulación económica, puede ocurrir que la función de regulación, en determinados asuntos señalados por el constituyente, se concrete en un esquema regulatorio en el cual el Ejecutivo, a través de diferentes órganos, no sólo administra sino que también cumple funciones normativas y ejerce, excepcionalmente, funciones judiciales, como sucede en materia de regulación del sector financiero en el cual dentro del marco general legislativo (art. 150, num 19 lit. d. de la C.P.) el Presidente dicta los decretos de desarrollo mediante actos sucesivos que él mismo puede reformar (art. 189, num 24 de la C.P.) y buena parte de las controversias sobre la aplicación del régimen financiero son resueltas por la Superintendencia del ramo, una autoridad administrativa que en materias precisas ejerce funciones jurisdiccionales excepcionales (artículo 116, inciso tercero, C.P.). Cuando concurren en la rama ejecutiva funciones normativas, administrativas y jurisdiccionales y algunas de éstas son ejercidas en determinados asuntos por un mismo órgano, como por ejemplo, las administrativas y las jurisdiccionales por una superintendencia, esta Corte ha condicionado la exequibilidad de este esquema regulatorio a que no coincidan en un mismo funcionario u órgano estas dos funciones y a que en la estructura de la entidad se asegure la independencia del juzgador¹³³.

En el ámbito de los servicios públicos, el diseño constitucional es diferente, puesto que el legislador determinó el régimen de su prestación, adoptó un mandato de intervención y confió a unos órganos específicos, denominados comisiones de regulación, la responsabilidad de hacer cumplir el régimen legal. Por ello, la Corte recordará las características de la reserva de ley en materia de intervención estatal en la economía, en especial cuando ésta comprende la regulación de servicios públicos, puesto que, como se dijo, en estas materias, el legislador no está limitado a fijar un marco general sino que debe adoptar las decisiones necesarias para definir el régimen de la regulación.

4.2.5 Como se anotó, el artículo 365 de la Carta dispone que "[I]os servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios". Y el artículo 150, numeral 23, establece que al Congreso corresponde "expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos".

Por su parte, de acuerdo con el artículo 370 de la Constitución, "[c]orresponde 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".

Con base en los artículos citados, esta Corporación ha puesto de presente que la Constitución atribuye la función de regulación al Estado, sin precisar explícitamente la institución a la cual corresponde. "Por ende [concluye la Corte], la competencia de regulación de los servicios públicos es genéricamente estatal, lo cual obviamente no significa que esa facultad pueda ser atribuida por la ley a cualquier entidad estatal, por cuanto la Constitución delimita, en materia de servicios públicos domiciliarios, algunas órbitas específicas de actuación de las distintas ramas de poder, las cuales deben ser respetadas"¹³⁴.

La definición de los poderes públicos contenida en la Carta proporciona los parámetros que rigen la asignación de competencias en materia de servicios públicos. Así pues, "[I]a competencia para la 'regulación' de las actividades que constituyen servicios públicos se concede por la Constitución a la ley, a la cual se confía la misión de formular las normas básicas relativas a: la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente (arts. 1, 2, 56, 150-23, 365, 367, 368, 369 y 370 C.P.)"¹³⁵. La determinación del ámbito de la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante en materia de los servicios públicos, también se encuentra reservada al legislador.¹³⁶

De tal manera que la Constitución extiende el principio de reserva de ley a la determinación del régimen de regulación de la prestación de los servicios públicos. Ello obedece a la importancia de tales servicios no sólo en el ámbito económico sino social, en especial en cuanto al acceso a ellos es necesario para que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos. La reserva de ley en estos ámbitos, como expresión del principio democrático, busca que el régimen de los servicios públicos sea el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público, abierto a la participación de todos y responsable ante las personas que sean usuarios de dichos servicios.

Así pues, pasa la Corte a analizar los requisitos que deben observar las leyes en las que se fije el régimen de la regulación de los servicios

públicos para que se preserven estos principios democráticos.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que corresponde al legislador adoptar, a lo menos, las decisiones básicas con el fin de definir el régimen de la regulación¹³⁷. En palabras de esta Corporación, dicho régimen se compone de aquellos elementos básicos "que por su naturaleza corresponden a una decisión esencialmente política, es decir, que guardan estrecha relación con la configuración y delimitación del derecho prestacional"¹³⁸ y, agrega la Corte en esta ocasión, de las actividades que la Constitución o las leyes prevén para garantizarlo. Se trata de preservar el origen deliberativo, pluralista y participativo del régimen de los servicios públicos, habida cuenta de su trascendencia para la vida cotidiana de los habitantes del territorio nacional.

Así pues, las leyes que tratan sobre actividades o materias objeto de regulación por parte de los órganos administrativos, deben contener criterios inteligibles que establezcan de manera clara: (i) "las finalidades que han de guiar a la administración y los criterios materiales que orientarán la regulación para alcanzarlas"¹³⁹; (ii) las prestaciones o derechos que se busca asegurar por medio de la actividad objeto de regulación; (iii) las reglas a las cuales se sujetará el órgano de regulación y que regirán la actividad regulada; y (iv) las previsiones que impidan que algunas personas sean objeto de tratamientos arbitrarios o de beneficios ilegítimos, y que especifiquen los parámetros de control por parte del juez contencioso administrativo. Esto es necesario para que el legislador fije el régimen de la regulación de los servicios públicos como lo ordena el principio de reserva de ley, y así se evite que "el Congreso se abstenga de tomar las decisiones que le competen y opte por delegar en las autoridades administrativas su adopción"¹⁴⁰. La Corte también ha dicho que las "regulaciones sólo puedan 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"¹⁴¹.

4.3. Fines de la regulación. Orientación de sus fines económicos a la realización efectiva del Estado Social, en especial en materia de servicios públicos.

Los órganos de regulación han de ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines que justifican su existencia en un mercado inscrito dentro de un Estado social y democrático de derecho. Estos fines se pueden agrupar en dos clases, a pesar de su variedad y especificidad. La primera clase comprende los fines sociales que el mercado por sí mismo no alcanzará, según las prioridades de orden político definidas por el legislador y de conformidad con el rango temporal que éste se ha trazado para alcanzarlos. La segunda clase abarca los fines económicos atinentes a procurar que el mercado funcione adecuadamente en beneficio de todos, no de quienes dentro de él ocupan una posición especial de poder, en razón a su predominio económico o tecnológico o en razón a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas tanto en el órgano legislativo como en los órganos administrativos clásicos.

La regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado. En este orden de ideas, pasa la Corte a analizar los fines que en cada caso se persiguen y los criterios constitucionales que guían la acción del Estado para alcanzarlos.

4.3.1. La función de regulación debe orientarse a garantizar la efectividad de los principios del Estado social de derecho

La Constitución de 1991 diseñó un marco constitucional detallado en materia de servicios públicos a la luz del cual deben ser interpretadas las normas relativas a la regulación de su prestación. Tal marco lo componen algunos principios fundamentales consagrados en el título I de la Constitución, algunos derechos específicos consagrados en el título II de la misma (arts. 48, 49, 64, 67 y 78 de la C.P.), normas del régimen económico y de hacienda pública (arts. 333 y 334 de la C.P.) y, particularmente el título XII, capítulo 5 de la Constitución, "De la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos".

En efecto, Colombia es un Estado Social de derecho (art. 1º de la C.P.), uno de cuyos fines esenciales es "servir a la comunidad, promover la propiedad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución" (art. 2º inc primero de la C.P.). La Corte Constitucional se ha referido en el pasado al alcance de la cláusula de Estado social de derecho en el siguiente sentido que aquí se reitera¹⁴². La fórmula política del Estado social de derecho exige que los órganos del Estado forjen la realidad institucional según los principios fundamentales de una organización social justa de hombres y mujeres igualmente dignos (Preámbulo y arts. 1º, 2º, 13, 42 a 50, 363 y 366 de la C.P.). Ello supone, entre otras cosas, la superación del concepto formal de Estado de derecho, limitado a la provisión de garantías y procedimientos necesarios para asegurar la libertad legal de la persona, y sometido, desde principios del Siglo XX, a la crítica socialista según la cual éste se limitaba a reflejar los intereses de propietarios, empresarios y comerciantes. Tal superación implica, además, la vinculación jurídica de las autoridades a unos principios tendientes a asegurar la efectividad de los derechos y deberes de todos, particularmente, mediante la previsión del mínimo vital, la promoción de la participación de los individuos en la vida política, económica y cultural, la protección especial a personas y grupos excluidos y la intervención en la economía con miras a corregir con medidas redistributivas las situaciones de grave desigualdad e inequidad existentes en la sociedad¹⁴³.

En este orden de ideas, entre las manifestaciones concretas del principio fundamental del Estado social de derecho se encuentran, por ejemplo, los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (art. 13 inc. segundo de la C.P.); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 inc. tercero de la C.P.); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (arts. 43 a 49 de la C.P.); apoyar a los desempleados (art. 54 de la C.P.) y promover el pleno empleo así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (art. 334, inc. segundo de la C.P.); y, en general, dar prioridad sobre cualquier otra asignación al gasto social para la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable en los planes y presupuestos

de la Nación y de las entidades territoriales (art. 366 de la C.P.). La interpretación sistemática del principio fundamental del Estado social de derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas. Por la concepción material de la igualdad, el grado y tipo de protección requerido varía entre situaciones diferentes, cuando se trata de distribuir y asignar recursos escasos en un contexto en el que existen objetivamente necesidades insatisfechas que el Estado debe prioritariamente atender.

De manera más puntual se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado social de derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos. En este sentido ha sostenido la Corte:

"(L)a Constitución hace especial énfasis en la atención de los colombianos que se encuentran en situaciones de miseria o indigencia, cuya carencia de recursos y capacidades productivas los colocan en situaciones de manifiesta marginalidad, debilidad y vulnerabilidad. Por este motivo, los pobres absolutos quedan incluidos dentro del ámbito normativo de los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Carta, lo cual determina la obligación del Estado de implementar políticas de acción afirmativa que propendan la igualdad real y efectiva de este grupo de la población, que se orienten a resolver problemas acuciantes de su mínimo vital."¹⁴⁴

"El artículo 1 de la Carta define al Estado colombiano como un Estado social de derecho¹⁴⁵, de lo cual se desprende el deber de especial protección a los grupos más débiles y vulnerables de la población (C.P., artículo 13), así como la consagración de un importante catálogo de derechos económicos, sociales y culturales (C.P., artículos 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 65, 66, 67, 70 y 71). Adicionalmente, la Carta le confiere una incuestionable prioridad al gasto social (C.P., artículo 350) y le adjudica tareas sociales a las autoridades públicas (C.P., artículo 366) entre otras."¹⁴⁶

Por otra parte, la efectiva realización del principio de Estado social de derecho presupone la obligación del pago de tributos por parte de los particulares. Tal conclusión se desprende del principio de solidaridad (art. 1º de la C.P.) y del deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (art. 95 inc. num. 9º de la C.P.). Es precisamente en el contexto de toma de decisiones macroeconómicas y sociales que los distintos sectores de la población, en virtud del principio de solidaridad, asumen cargas públicas razonables para permitir que sectores excluidos puedan progresivamente ser incorporados al goce de los beneficios del progreso, lo cual sólo se puede lograr mediante la conciencia creciente de la necesidad de cooperar y actuar mancomunadamente para mejorar la calidad de vida de todos los colombianos y superar gradualmente las desigualdades presentes. La apelación a la solidaridad reforzada en un Estado social de derecho no puede, sin embargo, llegar al extremo de eliminar la libertad individual y social a través de la materialización de un Estado que, so pretexto de ejercer sus funciones de dirección de la economía, se transforma en uno totalitario. El Estado social de derecho tiene el significado, "de crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social"¹⁴⁷. En esta dirección, el principio de Estado Social de Derecho es un mandato dirigido al legislador que lo obliga a atender la justicia y la equidad en la toma de decisiones de conformidad con el marco constitucional pero que respeta un margen amplio a las opciones de política pública de las autoridades popularmente elegidas. El Estado social de derecho no impone un modelo económico o social, pero tampoco es indiferente a la realización de valores como el orden social justo y la dignidad humana. Tal interpretación deja a salvo la potestad de configuración legislativa radicada en cabeza del Congreso y de diseño de programas de gobierno atribuida al Ejecutivo, y busca conciliarla con los contenidos materiales que la propia Constitución consagra y que vinculan a todas las autoridades públicas.

En este contexto, la Carta indica que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 inc. primero de la C.P.), lo cual comprende el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 inc. primero de la C.P.). No podía ser de otra forma dado que, por una parte, la realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos -p.ej. de agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte, etc.- y que, por otra, el Constituyente ha optado por una forma estatal, el Estado social de derecho, destinada a corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos mediante un sistema político que busca la progresiva inclusión de todos en los beneficios del progreso.

Pieza central del marco constitucional de la regulación de los servicios públicos es el artículo 334 de la Constitución, inciso primero, que atribuye al Estado la dirección general de la economía, para lo cual habrá de "intervenir, por mandato de la ley, [...] en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano". Se trata aquí de una *norma objetiva* que impone un mandato constitucional a las autoridades públicas, incluido el Legislador, de intervenir para alcanzar los fines sociales del Estado allí enunciados. Como norma objetiva dirigida al Estado, la intervención en la economía no constituye una mera posibilidad de actuación, sino un *mandato constitucional* cuyo cumplimiento puede ser judicialmente controlado. Este mandato constitucional se refuerza aun más en materia de servicios públicos con el deber de asegurar su prestación eficiente, no a algunos sino a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 de la C.P.), el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (art. 366 de la C.P.), el deber de garantizar la universalidad en la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (arts. 365 y 367 de la C.P.), y los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso que deben caracterizar el régimen tarifario de los servicios públicos (art. 367 de la C.P.). Adicionalmente, la Constitución autoriza a la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas para conceder subsidios a las personas de menores ingresos de forma que éstas puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubren sus necesidades básicas (art. 368 de la C.P.).

Si bien los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, lo cierto es que el Estado

mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios, de forma que se asegure el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado social de derecho (artículo 365 de la C.P.). Esto porque es *objetivo fundamental de la actividad estatal* la solución de las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366 de la C.P.). Tan importante es el mencionado *objetivo constitucional* que el Constituyente ha previsto incluso la posibilidad de establecer, por razones de soberanía o de interés social, por iniciativa del Gobierno y mediante ley, un monopolio estatal en materia de servicios públicos previa la plena indemnización a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365 inc. 2 de la C.P.).

Así pues, la Corte ha puesto de presente que corresponde al legislador establecer el régimen de los servicios públicos de acuerdo con el marco axiológico descrito. En efecto, "[e]n uso de la facultad que la Carta Política le confirió al Congreso de la República para reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios se expidió la Ley 142 del 11 de julio de 1994, que con base en lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 Superiores, desarrolló los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios para alcanzar los siguientes objetivos: 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; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad"¹⁴⁸.

4.3.2. La corrección de las fallas del mercado forma parte de los fines de la regulación

La Constitución contempla que el adecuado funcionamiento del mercado, también es uno de los fines que el Estado persigue por medio de la regulación económica. En efecto, el artículo 333 de la Carta prevé que "[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades", prescripción que debe ser interpretada en conjunto con el mandato del artículo 334, según el cual el Estado intervendrá para racionalizar la economía, fomentar el desarrollo y promover la productividad y la competitividad.

Adicionalmente, el artículo 78 constitucional indica que "[l]a ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización".

La Corte subraya que la Constitución define la libre competencia como un derecho, una de cuyas consecuencias consiste en que, en condiciones de mercado, ninguno de los actores puede fijar de manera arbitraria el precio de los bienes o servicios disponibles para la compra o la venta, sino que su precio es consecuencia de la interacción de la oferta y la demanda. De esta forma, el sistema de precios depende de un equilibrio impersonal, que resulta de esta misma interacción, y no de los intereses o de los caprichos de algunos de los actores económicos¹⁴⁹.

En este orden de ideas, la participación de los oferentes en el mercado y su obtención de ganancias depende de que vendan bienes o servicios en iguales o mejores condiciones que sus competidores. En un mercado competitivo, los resultados de un oferente dependen, en principio¹⁵⁰, de su propia eficiencia y de la eficiencia de sus competidores y no de actuaciones contrarias al mercado.

Pero, en realidad, son los compradores (entre quienes se incluyen, por ejemplo, los usuarios de los servicios públicos) quienes se benefician en mayor medida de un mercado siempre que éste funcione en condiciones competitivas. Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren. Sin embargo, cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho.

La literatura sobre "fallas del mercado" versa sobre este problema.¹⁵¹ Fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras.

Esta Corporación ha analizado situaciones en las que se pone de presente que, en determinadas oportunidades, una falla del mercado puede devenir en un problema constitucionalmente relevante. En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre asuntos relacionados con problemas de información¹⁵², oferta limitada y abuso de posición dominante¹⁵³, bienes o servicios que el mercado no proporciona de manera eficiente¹⁵⁴, barreras de ingreso al mercado¹⁵⁵, externalidades¹⁵⁶, competencia destructiva¹⁵⁷ entre otros, en los que se muestra cómo, en ciertas circunstancias, las fallas del mercado afectan los derechos y valores consagrados en la Constitución, lo cual conlleva a la necesaria intervención estatal para orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional.

Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado". En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones -además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó- se encuentra la de propender por unas condiciones

adecuadas de competitividad. Por eso la Corte ha dicho que "[...]a regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia"¹⁵⁸.

Por último, la Corte resalta que la regulación de la economía es un instrumento del que dispone el Estado para orientar el interés privado -como lo es la realización de una actividad empresarial- al desarrollo de funciones socialmente apreciadas. En efecto, esta Corporación ha subrayado que "la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas. Por ello, el constituyente expresamente dispuso la posibilidad de la libre concurrencia en los servicios públicos, los cuales pueden prestarse por el Estado o por los particulares, cada uno en el ámbito que le es propio, el cual, tratándose de estos últimos, no es otro que el de la libertad de empresa y la libre competencia. Sin embargo la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, la posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares"¹⁵⁹.

Para que el Estado pueda alcanzar los fines constitucionales que se persiguen por medio de la regulación, es necesario que esta función sea ejercida por órganos que tengan características institucionales adecuadas para dar respuesta oportuna a los diversos problemas que se presentan en los sectores regulados, de acuerdo con los parámetros fijados por el legislador.

4.4. Condiciones de efectividad de los principios del Estado social de derecho y de la democracia participativa: la importancia de la independencia del órgano de regulación y del carácter participativo del proceso decisivo relativo a las principales regulaciones en el ámbito de los servicios públicos.

Con el fin de que la función estatal alcance los fines constitucionales por los cuales ha de propender, la Constitución ha revestido a los órganos constitucionales de regulación de un rasgo institucional especial consistente en su autonomía. En el ámbito de la regulación de los servicios públicos, la Constitución no exige esta garantía institucional sino que libra a la potestad de configuración del legislador la determinación del perfil institucional de los órganos de regulación por él creados, de tal manera que el legislador puede dotarlos del grado de independencia que estime necesario dentro del respeto a los límites constitucionales. Sin embargo, en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, la Carta establece específicamente un mecanismo para buscar que las regulaciones logren hacer efectivos los principios del Estado social de derecho. Se trata de la participación de los usuarios en la adopción de las decisiones que les conciernen.

4.4.1 La independencia de los órganos de regulación en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios y el cumplimiento de su misión en un estado social y democrático de derecho. Condiciones para reducir el riesgo de captura.

4.4.1.1. Tal como ya se ha señalado en este fallo, la Constitución establece determinados órganos de regulación, tales como la junta directiva de una comisión de televisión (art. 76 de la C.P.) y la junta directiva del Banco de la República (arts. 371 y ss de la C.P.). Estos órganos gozan de autonomía en la medida en que tanto su existencia misma, como su estructura institucional básica y sus funciones, tienen rango constitucional y por lo tanto no dependen del legislador ni del gobierno.

Además, la Carta autoriza la creación de otros órganos encargados de regular, por ejemplo, los servicios públicos (art. 150, num. 23; art. 76, inc. primero; art. 365 inc. segundo; y art. 367 de la C.P.). Estos órganos no son constitucionalmente autónomos sino que tienen el grado de independencia que el legislador les atribuye al crearlos.

Pasa la Corte a referirse a las condiciones institucionales de los órganos de regulación en tanto que requisitos necesarios para el cumplimiento de su cometido institucional.

Cabe reiterar lo dicho por esta Corte en la Sentencia C-827 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) ya citada, donde se destacó la correspondencia entre la función de regular y la independencia del órgano competente para ejercer dicha función en un sector determinado respecto de un ámbito de actividad social:

"Como es proclamado por la doctrina, dentro del Estado contemporáneo aparece la necesidad de identificar y de desarrollar en torno de ámbitos de la actividad social la existencia de regulaciones "sectoriales" que a partir de los postulados constitucionales y las formulaciones legales se confían a autoridades que dentro del Estado ostentan la condición de "independientes", pues mediante ellas se asegura la necesaria imparcialidad y neutralidad para el cumplimiento de actividades a cuya gestión directa pueden acceder los particulares, en concurrencia, generalmente, con agentes estatales. Por ello se "aísla", se independiza el poder de regulación de los órganos del Estado encargados de la dirección política y de la gestión administrativa. En ese orden de ideas se expresa que en el actual desarrollo de la organización estatal el esquema tradicional de la división de poderes se ve integrado y complementado con el principio conforme al cual 'quien concede el ejercicio de una actividad no debe ser el que la controle'.¹⁶⁰"

4.4.1.2. Como ya se anotó, algunos de los órganos de regulación encuentran consagración expresa en la propia Carta Política. Estos órganos de regulación gozan de un alto nivel de autonomía, la cual, como ya se indicó, se predica tanto respecto del Ejecutivo como del Legislativo en la medida en que la propia Constitución delimita su ámbito de competencias, el cual debe ser respetado por las ramas tradicionales del poder

público. Por ejemplo, en materia de regulación de la televisión el gobierno no puede asignar los espacios ni definir los horarios porque ello se encuentra dentro de la órbita de competencia constitucional de la Comisión Nacional de Televisión (art. 77 de la C.P.). Igualmente, el legislador ordinario no puede atribuir a un ministerio la regulación de la televisión porque el propio constituyente estimó que dicha función debía recaer en una autoridad especializada autónoma (art. 76 de la C.P.). No sólo su perfil, sus funciones y su ubicación institucional han sido precisados por la Constitución, sino que su existencia misma como órganos autónomos no depende de decisiones políticas adoptadas por mayorías coyunturales puesto que sólo mediante una reforma constitucional es posible determinar su desaparición. Tan valiosa es esta autonomía para el constituyente que en el artículo 113 de la Constitución se dice claramente: "Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado".

Un ejemplo claro de ello es el Banco de la República. En efecto, la Constitución define la naturaleza institucional del Banco¹⁶¹, señala sus funciones¹⁶², que se ejercerán en coordinación con la política económica general y determina la estructura y composición de su órgano de dirección, es decir, de su junta directiva¹⁶³. No obstante, la Constitución prescribe que las actuaciones del Banco estarán ceñidas a lo que disponga la ley (inc. 2 del art. 372 de la C.P.) y que igualmente le corresponde rendir informe al Congreso sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten (art. 371 inc. final de la C.P.). Además, el Ministro de Hacienda es uno de los miembros permanentes del órgano regulador y es, además, su presidente (art. 372 de la C.P.).

De tal manera que si bien la autonomía de los órganos constitucionales de regulación es muy amplia y sólida, no es absoluta sino limitada. Sus límites varían en cada caso, según lo dispuesto por el constituyente pero tienen en común, entre otros, que el legislador establece el régimen general dentro del cual habrán de ejercer sus funciones de regulación¹⁶⁴ y que el Congreso puede desarrollar respecto de las decisiones que éstos adopten debates públicos como expresión del control político que el constituyente le ha confiado¹⁶⁵. Además, el Presidente de la República incide, en mayor o menor grado, en la integración de algunos órganos constitucionales de regulación y puede, con mayor o menor peso, expresar su posición respecto de las políticas que habrá de adoptar o que ha tomado el órgano de regulación respectivo. Igualmente, los actos de estos órganos constitucionales de regulación están sujetos a controles judiciales.

4.4.1.3. No sucede lo mismo en el caso de las comisiones de regulación de los servicios públicos. En efecto, estas comisiones de regulación no son órganos de carácter constitucional aunque su creación, como la de otras estructuras administrativas o instituciones, se encuentra autorizada por varias disposiciones constitucionales, a saber, el numeral 7º del artículo 150, según el cual corresponde al Congreso "[d]eterminar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica" (negrillas fuera de texto); y el artículo 211 cuyo texto indica que "[l]a ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine" (negrillas fuera de texto); y, para el caso específico de los servicios públicos, el inciso final del artículo 367, el cual establece que "[l]a ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas" (negrillas fuera de texto).

Estas normas constitucionales facultan al legislador para crear diversas entidades o estructuras administrativas del orden nacional. La decisión de crearlas, de definir su perfil institucional y de determinar el grado de independencia de tales estructuras o entidades y su relación con otros órganos nacionales, se encuentra dentro del margen de configuración del legislador. De tal manera que la Constitución no ordena que existan comisiones de regulación de los servicios públicos, pero sí autoriza al legislador para crearlas cuando estime que este tipo de órgano es el adecuado para hacer cumplir el régimen de la regulación de los servicios públicos. También podría el legislador decidir suprimir tales comisiones o, por el contrario, modificar su perfil institucional y ampliar su grado de independencia. En el presente proceso, la Corte parte de la base legislativa que define las características de las comisiones de regulación de los servicios públicos.

En suma, el legislador dispone de un amplio margen de configuración respecto del tipo de órganos que puede crear para regular la prestación de los servicios, de las funciones que les puede adscribir o de las que puede autorizar que les sean delegadas, de las características institucionales que les otorgará y, por lo tanto, del ámbito de independencia que les deseé conferir. No sucede lo mismo en el caso de los órganos de regulación creados por la propia Carta, respecto de los cuales el legislador está facultado para desarrollar sus funciones o sus estructura orgánica, mas no para suprimirlos o modificarlos salvo que se reforme la Constitución de acuerdo con las reglas que ella misma prescribe para el efecto.

4.4.1.4. Como ya se había anotado al mencionar las características definitorias de la función de regulación, una de las razones que justifica la creación de "agencias del Estado" en tanto que órganos de regulación de determinadas actividades sectoriales -v.gr. la prestación de los servicios públicos- consiste en que esta función sea cumplida por entidades que gozan de independencia respecto del Gobierno, según el perfil institucional que el legislador determine, para propender por la realización de los principios que establece la Constitución respecto de dichas actividades.

En efecto, la independencia de las comisiones de regulación tiene fundamento constitucional y es configurada por el legislador para que las actuaciones de éstas respondan a las necesidades propias del sector regulado, de acuerdo con los fines señalados en la Constitución y los parámetros establecidos en la ley, y no a las presiones políticas, los motivos coyunturales, el acceso privilegiado de algunas fuerzas a los procesos decisoriales, la captura del regulador por el regulado, entre otras contingencias que impiden que el órgano regulador actúe en aras del interés general con miras a proteger los derechos de los usuarios y asegurar la continuidad y calidad del servicio público correspondiente.

Esta condición institucional de las comisiones de regulación para poder desarrollar sus actividades de manera independiente y en procura del interés general se evidencia a partir de la denominación misma que reciben por parte de la ley. En efecto, el artículo 69 de la Ley 142 de 1994 señala que las comisiones de regulación son "unidades administrativas especiales" que tienen "independencia administrativa, técnica y

patrimonial". De acuerdo con la ley, las unidades administrativas especiales "son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquélla les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo" (art. 67 de la Ley 489 de 1998).

Así pues, el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, estableció, con miras a garantizar su imparcialidad y neutralidad, que tales comisiones de regulación (i) son órganos colegiados; (ii) tienen un carácter técnico y especializado; (iii) cuentan con independencia patrimonial; (iv) sus directivos, los comisionados, tienen período fijo; (v) y están sujetos a un régimen de conflicto de intereses, incompatibilidades e inhabilidades.

4.4.1.4.1. El artículo 71 de la Ley 142 de 1994 determina la composición de las comisiones de regulación, así: el ministro del ramo o el viceministro por delegación, quien la presidirá; cuatro expertos comisionados designados por el Presidente de la República; el director del Departamento Nacional de Planeación o el subdirector por delegación. Adicionalmente, el párrafo de dicha norma establece que el ministro de Salud pertenece a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento y el de Hacienda a la de Energía y Gas el de Hacienda. El Superintendente de Servicios Públicos o su delegado asiste a las comisiones únicamente con voz¹⁶⁶.

La composición colegiada de las comisiones de regulación permite que haya un adecuado equilibrio entre las posiciones de los diferentes comisionados, que se contemplen diversos argumentos y se ponderen de acuerdo con varias perspectivas, que haya mayor dificultad para ejercer presiones debido al número plural de personas responsables de la toma de las decisiones, y que las comisiones ejerzan en tanto que corporaciones, el control sobre sus miembros.

4.4.1.4.2. Varias normas de la Ley 142 de 1994 prevén que la regulación de los servicios públicos se desarrollará de acuerdo con criterios técnicos. En efecto, entre ellas, su artículo 3º señala entre los fines de la intervención del Estado respecto de la prestación de los servicios públicos, están su regulación de acuerdo con la "fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario" (num. 3.3), y la "[o]rganización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica" (num. 3.5). Los numerales 73.3 y 73.4 del artículo 73 prescriben que corresponde a estas comisiones "[d]efinir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones" y "[f]ijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio". Por último, el artículo 87 define los criterios para la fijación la tarifa, los cuales serán analizados en extenso por la Corte en el presente fallo.

Al sujetar las decisiones de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios a criterios técnicos, el legislador buscó que éstas estuvieran fundadas sobre parámetros objetivos, adoptados después de procesos cuidadosos de deliberación, con argumentos de orden especializado y orientados a alcanzar los objetivos de interés general trazados en la ley que fijó el régimen de dichos servicios.

4.4.1.4.3. El establecimiento de un período fijo para los comisionados busca preservar su independencia porque hace menos probable que sus decisiones se encuentren condicionadas por presiones de parte del gobierno de turno. En efecto, si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo 71.2 del artículo 71 de la Ley 142 de 1994, varios de los comisionados son nombrados por el Presidente de la República (al igual que cinco de los siete miembros de la junta directiva del Banco de la República), éstos no son de libre remoción sino que tienen períodos fijos de tres años prorrogables por períodos de dos años más¹⁶⁷.

4.4.1.4.4. El artículo 85 de la Ley 142 de 1994, prescribe que "[c]on el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, las entidades sujetas a su regulación, control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año", según las reglas que esa misma norma define¹⁶⁸.

De esta manera, la Ley 142 de 1994 presenta un mecanismo de financiación que conduce a que las comisiones de regulación no se encuentren totalmente sujetas a la política presupuestal de acuerdo con las prioridades de gasto de los sucesivos gobiernos y en atención a coyunturas determinadas, sino que gocen de fuentes que les permitan cubrir gastos necesarios para llevar a cabo su misión institucional. De igual manera, la existencia de fuentes para recuperar costos de recursos reduce el riesgo de que el gobierno influya en las decisiones a cargo de las comisiones.

4.4.1.4.5. El régimen de conflicto de intereses, incompatibilidades e inhabilidades, establecido en el artículo 44 de la Ley 142 de 1994¹⁶⁹, busca preservar su neutralidad e imparcialidad principalmente frente a los sujetos regulados y evitar que se tienda un manto de duda sobre la legitimidad de sus decisiones.

4.4.1.5. No obstante, como se puede apreciar con esta breve descripción del régimen legal, las comisiones de regulación creadas por la ley gozan de independencia, pero ésta es menos amplia y sólida que la autonomía de los órganos constitucionales.

Sin embargo, a pesar de este grado de independencia, la injerencia de los intereses regulados en el órgano de regulación puede impedir que éste cumpla su mandato legal y entrabar que éste propenda por la efectividad de los principios constitucionales que justifican su existencia en un Estado social de derecho. En otros términos, la función de regulación puede fallar cuando, en lugar de corregir las "fallas de mercado" y desarrollar los fines sociales de los servicios públicos, se orienta a otros objetivos o simplemente se paraliza en razón, principalmente, a la captura del órgano de regulación por los sujetos regulados.¹⁷⁰

Dicha captura puede resultar de múltiples factores. Por ejemplo, la dedicación continua del órgano de regulación al seguimiento de la evolución de un sector de actividad socio-económica puede conducir a que éste adquiera gradualmente la visión del regulado y pierda paulatinamente la

perspectiva del interés general. También puede suceder que el poder de los intereses regulados se traduzca en una influencia desproporcionada en los procesos decisarios del órgano de regulación. Ello puede, en algunos sectores, contrastar con la desorganización, dispersión y debilidad de los usuarios de un servicio, lo cual les impide hacer escuchar efectivamente su voz respecto de las decisiones de los órganos de regulación que los afectan.

4.4.2 La trascendencia de la participación de los usuarios de los servicios públicos en el proceso de adopción de las principales regulaciones.

4.4.2.1. La Corte ha puesto de presente que el principio democrático consagrado en la Constitución de 1991 no sólo cubre los procesos electorales sino que se extiende a múltiples ámbitos de la vida en sociedad. El principio democrático supone, sobre todo, una garantía en virtud de la cual se busca que los ciudadanos dispongan de mecanismos concretos que les permiten tomar parte en la adopción de las decisiones que los puedan afectar. Así lo señaló esta Corporación en los términos que se citan a continuación:

"El concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional.

"No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisarios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

"La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho.

"En la democracia participativa el pueblo no sólo elige sus representantes, por medio del voto, sino que tiene la posibilidad de intervenir directamente en la toma de ciertas decisiones, así como la de dejar sin efecto o modificar las que sus representantes en las corporaciones públicas hayan adoptado, ya sea por convocatoria o por su propia iniciativa, y la de revocarle el mandato a quienes ha elegido.

"En síntesis: la participación concebida dentro del sistema democrático a que se ha hecho referencia, inspira el nuevo marco sobre el cual se estructura el sistema constitucional del Estado colombiano. Esta implica la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de participación ciudadana, así como su recomposición cualitativa en forma que, además del aspecto político electoral, su espectro se proyecte a los planos de lo individual, familiar, económico y social."¹⁷¹

4.4.2.2. Uno de los ámbitos diferentes al electoral, en el cual el constituyente previó expresamente la necesidad de un proceso decisivo participativo, fue el de los servicios públicos. La institucionalización de canales de participación de los usuarios de los servicios públicos en los procesos decisarios de los órganos de regulación de creación legal, es uno de los instrumentos fundamentales para impulsar al regulador a tener en cuenta y valorar debidamente los derechos de éstos y para asegurar un equilibrio en la toma de decisiones que tienda a la promoción del interés general.

De esta forma, la participación de los usuarios se constituye en un mecanismo, tanto para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones de regulación, como para disminuir el riesgo de captura del órgano de regulación por los agentes regulados. Al tener el regulador que oír y atender tanto las posiciones de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios como de los usuarios de los mismos, se busca prever que el regulador adopte la visión del regulado cuando se presenta el fenómeno de la captura, anteriormente mencionada.

Así, en diferentes momentos de su vida institucional, en los países donde los órganos de regulación han adquirido un papel importante, se han introducido reformas encaminadas a establecer un procedimiento administrativo participativo previo a la adopción de regulaciones. Por ejemplo, en los Estados Unidos ello ocurrió en 1946, como ya se anotó; en Francia, si bien la llamada encuesta pública en materia de expropiación y regulaciones urbanísticas se remonta a la época de la denominada monarquía de Julio, los procesos administrativos de consulta colectiva de los administrados y usuarios de servicios son un fenómeno más reciente que se ha ido desarrollando a partir de reformas introducidas desde finales de la década de los años setenta¹⁷².

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 ámbito 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 1º de la Constitución señala que Colombia es un Estado democrático y participativo; el artículo 2º 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".

Adicionalmente, esta Corporación constata que si bien la Ley 142 de 1994 refiere a aspectos atinentes a la participación¹⁷³, no contempla ningún mecanismo relativo al derecho de participación directa de las organizaciones de usuarios que sea específicamente aplicable a las decisiones de las comisiones de regulación.

No obstante, la efectividad de este derecho requiere que se observen ciertos requisitos. En ese sentido, la Corte encuentra que el Decreto 2130 de 1992, expedido en desarrollo del artículo 20 transitorio de la Constitución, estipuló en su artículo primero que corresponde a los Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Directores, Presidentes o Gerentes de entidades descentralizadas, Superintendentes y Jefes de entidades u organismos administrativos de la rama ejecutiva nacional, ejercer las siguientes funciones: "1. Señalar los proyectos de decisiones de carácter general que por razón de sus implicaciones sea conveniente colocar en conocimiento de los ciudadanos y grupos interesados para escuchar previamente sus opiniones al respecto"; "2. Disponer que se informe públicamente a los eventuales interesados, por los medios que estime adecuados, sobre el contenido básico, el propósito y los alcances de los proyectos de decisiones administrativas de carácter general a que hace referencia el numeral anterior. En el respectivo informe deberá señalarse el plazo dentro del cual se podrán presentar sus observaciones. En todo caso la autoridad administrativa adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general"; "3. Disponer el registro público de tales observaciones y de las respuestas que la entidad hubiere dado a las presentadas por quienes representen sectores significativos de la comunidad y por organizaciones no gubernamentales promotoras del interés público"; "9. Elaborar un informe anual sobre el cumplimiento de estas funciones el cual deberá ser anexado al informe que presenten al Congreso de la República o al Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente en la oportunidad que éste señale".

Si bien el procedimiento de participación descrito es, por regla general, facultativo en la medida en que la entidad puede optar por seguirlo, en el caso de las organizaciones de usuarios de servicios públicos domiciliarios un procedimiento de participación, por las razones anteriormente expuestas, está ordenado por la propia Constitución ya que ésta dice, en forma imperativa, que el Estado "garantizará" dicha participación (art. 78 de la C.P.).

Los parámetros mínimos de participación anteriormente señalados no impiden que el legislador desarrolle el derecho a la participación ciudadana en la adopción de decisiones por parte de la administración bien en forma general, bien en la expedición de regulaciones o, bien, en un ámbito aún más limitado como lo es la adopción de determinaciones que interesan tanto a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios como a los usuarios de tales servicios. Ello cae dentro de la potestad de configuración del legislador¹⁷⁴. No obstante, mientras no ejerza dicha competencia, el goce efectivo de los derechos de participación de los usuarios de servicios públicos domiciliarios, expresa y específicamente reconocidos en la Constitución, no pueden reducirse a una simple promesa de la democracia participativa. De tal manera que los parámetros constitucionales señalados y las normas legales aplicables a todas las decisiones de alcance general, como lo son las regulaciones relativas a las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, ofrecen un marco dentro del cual han de ser respetados y ejercidos tales derechos de participación.

En este orden de ideas, es necesario que los usuarios dispongan de información adecuada y oportuna sobre las decisiones que habrán de ser adoptadas. La comisión de regulación debe proporcionar dicha información con antelación suficiente, de manera que los participantes puedan conocerla en profundidad. También es necesario que las posiciones que manifiesten los usuarios sean debidamente atendidas por las entidades, es decir, que sean consideradas y respondidas de acuerdo con los planteamientos, las observaciones o los reparos de los participantes dentro de un plazo razonable. Así, para que la participación sea efectiva se requiere, a lo menos, que se garantice a los usuarios que: (i) reciban la información correspondiente sobre el contenido proyectado de la futura regulación de manera oportuna; (ii) que puedan presentar propuestas; (iii) que las propuestas que presenten sean consideradas por la comisión de regulación competente en cada caso; y (iv) que dicha comisión responda motivadamente las propuestas que se le formulen en relación con la regulación que por su especial trascendencia despertó el interés de los usuarios.

4.5. Juicio de constitucionalidad de las normas sobre tarifas acusadas. Exequibilidad condicionada de algunas de ellas.

De conformidad con los parámetros esbozados en las consideraciones generales consignadas en los apartados 4.1, 4.2, 4.3 y 4.4. de esta sentencia, las metas de la función estatal de regulación no son exclusivamente económicas. Por el contrario, la finalidad de la regulación de los servicios públicos domiciliarios consiste en asegurar la compatibilidad de un mercado eficiente con los principios del Estado social de derecho, dentro de una democracia participativa en la cual los derechos de todos los usuarios sean efectivamente protegidos y garantizados. A la luz de esta conclusión general, y de los parámetros que la sustentan, la Corte abordará los cargos elevados por el actor.

El actor afirma que el numeral 2.6 del artículo 2, el numeral 14.11 del artículo 14, el inciso segundo y los numerales 34.1 a 34.6. del artículo 34, el numeral primero (parcial) del artículo 86, el inciso 1º (parcial) y los numerales 87.1., 87.4. y 87.7 del artículo 87, el numeral 90.3 (parcial) del artículo 90, el artículo 92, el artículo 94 (parcial), el artículo 98, el artículo 124, el artículo 126 y el artículo 127 de la Ley 142 de 1994 vulneran los artículos 1º, 2º, 58, 333, 334, 365, 366 y 367 de la Constitución.

Sostiene que la Ley 142 de 1994 contiene un marco regulatorio para la fijación de las tarifas de los servicios públicos que se funda en principios tales como la libre competencia, la defensa del mercado, la garantía de remuneración a los propietarios de las empresas prestadoras de los servicios públicos, que son propios de un sistema de mercado y de la libre iniciativa privada en materia económica, pero que resultan contrarios a los fines sociales protegidos por la Carta cuando se aplican a la prestación de tales servicios. Así pues, estima que, entre otros, "[e]l artículo 2º de la Ley 142 de 1994 menciona la intervención del Estado en los servicios públicos pero subordinada a las reglas de la libre competencia, libertad de la actividad económica y de la iniciativa privada"¹⁷⁵; el artículo 14 en su numeral 14.11 permite a las empresas determinar las tarifas "con el solo requisito de informar a las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos"¹⁷⁶; los artículos 34 y 98 contienen prescripciones para la protección de la libre competencia. De esta manera, el Estado desconoce las obligaciones que, según el artículo 365 de la Carta, le

corresponden en materia de regulación, vigilancia y control de los servicios públicos.

Señala que si bien en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 se hace referencia a principios tales como la solidaridad y la redistribución, lo cierto es que esa misma norma subordina dichos criterios a los de eficiencia económica y suficiencia financiera. De esta manera, el legislador estableció un régimen tarifario que obedece a criterios meramente empresariales, destinado a garantizar beneficios económicos a los dueños de las empresas prestadoras de servicios públicos en desconocimiento del mandato establecido en el artículo 365 de la Carta, según el cual los servicios públicos son inherentes al Estado quien deberá asegurar mediante su prestación el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 de la C.P.) de acuerdo con los principios del Estado social de derecho. Así pues, si bien el artículo 58 de la Constitución estipula que en caso de conflicto entre los intereses de los particulares con las necesidades de la población, el interés privado deberá ceder al interés público o social, respecto del los servicios, el legislador previó un régimen en el que es el interés público el que cede ante el privado en la medida en que su finalidad es garantizar el beneficio de las empresas prestadoras de servicios públicos.

En el mismo sentido, un esquema tarifario de los servicios públicos fundado sobre la prioridad de los criterios de eficiencia y suficiencia financiera, conlleva a que los sectores más pobres de la sociedad encuentren dificultad o incluso se vean en imposibilidad de tener acceso a su prestación, en claro desconocimiento de la obligación del Estado de intervenir en la economía "para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos", según la prescripción del artículo 334 de la Carta.

Indica que el procedimiento para fijar las tarifas públicas, descrito en los artículos 124, 126 y 127 de la Ley 142 de 1994 se encuentra diseñado para favorecer los intereses de las empresas prestatarias de los servicios en perjuicio de los derechos y de los intereses de la población. En este orden de ideas, señala que el procedimiento para fijar las fórmulas tarifarias de los servicios públicos no sólo debe velar por la protección de las empresas dentro del mercado sino también por la protección de los derechos de los usuarios.

Pasa la Corte a resumir el contenido de las normas acusadas antes de establecer los problemas jurídicos sobre los que habrá de recaer el respectivo juicio de constitucionalidad: i) El numeral 2.6 del artículo 2º indica que la libre competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante, son fines de la intervención del Estado en los servicios públicos; ii) el numeral 14.11 del artículo 14 define el régimen de libertad vigilada; iii) el artículo 34 enumera las conductas restrictivas de la libre competencia; iv) el artículo 86 describe los aspectos generales el régimen tarifario de los servicios públicos, respecto de los cuales el actor acusa la existencia del régimen de libertad; v) el artículo 87 desarrolla los criterios con base en los cuales corresponde a las comisiones de regulación respectivas definir el régimen tarifario aplicable, a saber, eficiencia económica, neutralidad (el cual tendrá aplicación sin perjuicio de la posibilidad de que las empresas de servicios públicos puedan ofrecer diversas opciones tarifarias a los usuarios), solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia, y fija la primacía de los de eficiencia económica y suficiencia financiera sobre los demás; vi) el numeral 3 del artículo 90 incluye dentro de las fórmulas tarifarias el elemento según el cual ésta podrá incluir el cobro de la conexión destinado a acelerar la recuperación de las inversiones en infraestructura; vii) el artículo 92 dispone que las fórmulas tarifarias deberán contener un factor de eficiencia en el largo plazo el cual deberá conllevar a una reducción de los costos de prestación del servicio, y que se fomentará la mayor eficiencia de las empresas prestadoras, a quienes se les garantiza la apropiación de los beneficios obtenidos por ello; viii) el artículo 94 prohíbe las alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales; ix) el artículo 98 enumera las prácticas tarifarias restrictivas de la competencia; x) por último, los artículos 124 a 127, que componen el Capítulo V ("Las fórmulas tarifarias) del Título VII ("Organización y procedimientos administrativos) de la Ley 142 de 1994, desarrollan el tema relativo al procedimiento que deberá seguirse para fijar y modificar las fórmulas tarifarias, así como los términos durante los cuales éstas estarán vigentes.

Así pues, esta Corporación encuentra que las normas acusadas se pueden agrupar así: (i) el artículo 2º numeral 2.6, el artículo 14 numeral 14.11, el artículo 34, el artículo 86 y el artículo 98 de la Ley 142 de 1994 disponen que la libre competencia es uno de los fines de la intervención, y que corresponde al Estado impedir las prácticas que le sean contrarias en consonancia con lo cual se definen dos regímenes tarifarios según sean las condiciones del mercado; (ii) el artículo 87, el artículo 90.3 , el artículo 92 y el artículo 94 de la Ley 142 de 1994 exponen los criterios para determinar sus fórmulas tarifarias donde la eficiencia económica y la suficiencia financiera son especialmente valoradas; y (iii) los artículos 124, 126 y 127 de la Ley 142 de 1994 indican el procedimiento respectivo.

Recalca la Corte que los cargos del actor no versan sobre cada uno de los conceptos contenidos en las normas mencionadas sino sobre los aspectos básicos del régimen de regulación de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que sobresalen de una lectura global de las mismas, en especial a la luz de criterios específicos que estima determinantes como, por ejemplo, el de prioridad de la eficiencia económica y la suficiencia financiera sobre otros parámetros para la regulación de las tarifas. Por eso, la Corte abordará el juicio de constitucionalidad de las normas acusadas desde la perspectiva general que orienta la demanda y no juzgará cada uno de los elementos que integran tales disposiciones salvo cuando el actor haya orientado un cargo hacia uno de tales elementos. En este orden de ideas la cosa juzgada será relativa a los cargos y problemas jurídicos estudiados¹⁷⁷.

Con base en el anterior resumen, pasa la Corte resolver los problemas jurídicos que se enuncian a continuación: (i) ¿Constituyen las prescripciones que contiene la Ley 142 de 1994 en materia de tarifas de los servicios públicos domiciliarios un impedimento para que el Estado intervenga plenamente en dicho sector con el fin de regularlo en contravención de los artículos 334 y 365 de la Carta? (ii) ¿Se ajusta al régimen constitucional de los servicios públicos que el legislador haya establecido que la eficiencia económica y la suficiencia financiera forman parte de los criterios de fijación de las tarifas de los servicios públicos? ¿Establecer que estos dos criterios tienen prioridad en la definición del régimen tarifario vulnera los principios de solidaridad y de redistribución consagrados en el artículo 367 de la Constitución, en consonancia con los artículos 1 y 365 Superiores?; (iii) ¿Ofrece el procedimiento relativo a la fijación de las fórmulas tarifarias de los servicios públicos domiciliarios, contemplado en los artículos 124, 126 y 127 de la Ley 142 de 1994, garantías suficientes para asegurar la efectividad de los derechos de los usuarios de tales servicios?

4.5.1. Las normas acusadas no impiden la intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos domiciliarios sino que constituyen el régimen de regulación de los mismos en materia de fijación de tarifas en un contexto donde los particulares pueden competir.

4.5.1.1. El actor considera que el régimen de libertad de empresa y de defensa del mercado que contemplan los artículos acusados respecto de los servicios públicos, impide que el Estado cumpla su obligación de intervención económica y mantenga la regulación de los mismos. Estima, además, que tales prescripciones favorecen de manera exclusiva los intereses de las empresas de servicios públicos en perjuicio del bienestar general y de los fines sociales inherentes a tales servicios.

4.5.1.2. Esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el ámbito de libertad de la que disponen los particulares para prestar los servicios públicos¹⁷⁸, los límites que deben observar en desarrollo de esta actividad y las obligaciones a los que se encuentran sujetos. En efecto, la Corte ha subrayado que, según el artículo 365 de la Constitución, los servicios públicos podrán ser prestados "por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares", aunque, "en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios".

La Corte observa que, a diferencia de lo que alega el actor, el numeral 88.1 del artículo 88 de la Ley 142 de 1994 prevé que, por regla general, las empresas prestadoras de servicios públicos se someterán a "las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales que se enumeran adelante. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada".

Así pues, se observa que el régimen de libertad regulada implica una amplia intervención del Estado que abarca incluso la fijación de las fórmulas con base en las cuales las empresas establecerán las respectivas tarifas. En efecto, sin condiciones eficientes de competencia, las empresas obtienen una posición de ventaja frente a los usuarios debido a la imposibilidad o a las dificultades que experimentan de poder recurrir a otro oferente que les proporcione el servicio en mejores condiciones de calidad o precio. Por ello, el legislador ha previsto que en los casos en los que no haya condiciones eficientes de competencia económica, serán las comisiones de regulación quienes fijen las fórmulas tarifarias a las cuales se sujetará la prestación de los servicios públicos.

4.5.1.3. El artículo 88 citado, prevé una segunda alternativa, según la cual las empresas tendrán libertad para fijar la tarifa "cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley" (num 88.2) o "cuando exista competencia entre proveedores", de acuerdo con la decisión que de manera periódica adopte la correspondiente comisión de regulación con base en los criterios y definiciones que establece la Ley 142 de 1994 (num. 88.3).

De esta forma, se observa también que en los casos en los que la ley les permite fijar libremente las tarifas, las empresas de servicios públicos se encuentran sujetas a un régimen regulatorio, que si bien es menos exigente que el anterior, supone limitaciones. En primer lugar, la posibilidad de que las empresas puedan fijar las tarifas, se encuentra condicionada a la revisión periódica por parte de la comisión de regulación respectiva, la cual puede considerar, con base en los criterios señalados en la ley, que la empresa en cuestión ha adquirido una posición dominante en su mercado o que no hay competencia adecuada entre proveedores, en cuyo caso las tarifas de los servicios que presta quedarán cobijadas por las fórmulas que se establezcan¹⁷⁹. En segundo lugar, las empresas tienen la obligación de informar a la comisión de regulación competente respecto de las decisiones que adopten en materias de tarifas, tal como lo indica el artículo 14.11 de la Ley 142 de 1994 acusado.

Se observa así que el actor carece de razón cuando afirma que las normas acusadas prevén un régimen de libertad respecto de los servicios públicos que conduce a que el Estado pierda la posibilidad de mantener la regulación de su prestación. En efecto, el Estado conserva, en ambas situaciones, la función de intervenir en los servicios públicos, aunque se valga de instrumentos diferentes dependiendo de si hay o no condiciones de mercado.

4.5.1.3.1. No obstante lo anterior, es necesario señalar que la obligación a cargo de las empresas de informar por escrito a la respectiva comisión de regulación acerca de las tarifas de venta de los servicios públicos que prestan, estimula la publicidad sobre las decisiones que adoptan quienes se encargan de la prestación de los servicios públicos y son responsables de ejecutar una misión de profundo contenido social.

Esta información es relevante para el órgano regulador, para las empresas y para los usuarios. En lo que respecta al regulador, recibir esta información permite que se conozcan las políticas tarifarias de las diferentes empresas y se vigilen las condiciones bajo las cuales prestan sus servicios. Las empresas también se benefician de esta información, pues les permite definir sus estrategias comerciales y ofrecer sus servicios según las reglas que fija el mercado. Por último, los usuarios adquieren elementos de juicio con base en los cuales pueden adoptar sus respectivas decisiones sobre consumo y definir sus posiciones en cuanto al régimen tarifario existente con miras a ejercer sus derechos, como se verá más adelante. En este orden de ideas, la publicidad de la información acerca de las condiciones comerciales en las cuales las empresas prestan sus servicios, actúa como un instrumento regulador.

Adicionalmente, el acceso a la información pertinente sobre la tarifa por parte de los usuarios, quienes tienen legítimo interés en ella, presenta un claro significado en una sociedad democrática, pues proporciona a los ciudadanos las herramientas necesarias para poder tomar parte en las decisiones que los afectan (art. 2º de la C.P.).

Por ello, la Corte estima del caso subrayar que los beneficiarios últimos de la obligación a cargo de estas empresas de informar a la respectiva comisión de regulación acerca de las tarifas de venta de los servicios públicos que prestan, son los usuarios en los términos señalados en la Constitución, es decir, de acuerdo con las normas que garantizan su participación en las decisiones que los afecten (arts. 2º, 40, 78 y 369).

El artículo 2º de la Carta consagra un principio fundamental que es aplicable a los servicios públicos, el cual consiste en la garantía de que todos tienen el derecho a participar en las decisiones que los afectan; el artículo 40 de la Constitución, en su inciso primero, define de manera amplia los derechos políticos y la posibilidad de los ciudadanos de participar en "el ejercicio y control del poder político". Dentro de ese contexto, el constituyente adoptó dos disposiciones específicas sobre la participación de los usuarios de los servicios públicos, a saber, el artículo 78 (que consagra el derecho del público a recibir información respecto de la comercialización de los bienes y servicios en el mercado, así como el derecho de participación de las organizaciones de usuarios y consumidores en el estudio de las disposiciones que les conciernen) y el artículo 369 (que consagra el derecho de los usuarios de los servicios públicos de participar de la gestión de las empresas que los prestan respecto de aquellas cuestiones que sean de su legítimo interés).

Como se indica en la sección 4.4.2.3. del presente fallo, la efectividad del derecho las organizaciones de usuarios de los servicios públicos a participar en las decisiones que los afecten respecto de la prestación de los mismos, depende de que dispongan de información adecuada sobre la cuestión a decidir, de canales institucionales que les permitan expresar sus opiniones y de que las mismas sean consideradas por la autoridad competente, lo cual exige que haya mecanismos que aseguren que tales opiniones sean efectivamente consideradas¹⁸⁰.

En este orden de ideas, Esta Corporación encuentra que el numeral 14.11 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 se ajusta a la Constitución en el entendido de que, en aras de garantizar la efectividad del derecho de participación, la información que dicha norma prescribe, debe ser enviada previamente a la comisión de regulación competente, quien deberá garantizar de manera oportuna a las organizaciones de usuarios el derecho de participación directa y efectiva. Las organizaciones de usuarios podrán tener acceso a tal información antes de que la empresa respectiva comience a cobrar la nueva tarifa o de que la comisión de regulación correspondiente adopte alguna decisión al respecto. Además, cada organización podrá expresar sus inquietudes y posiciones por sí misma y las comisiones de regulación deberán responder a las propuestas planteadas por ellas.

Para tal efecto, es necesario (i) que los usuarios tengan acceso efectivo a la información que señala el artículo en cuestión de manera oportuna, es decir, que cuenten con la posibilidad cierta de conocer la definición de la tarifa con la antelación suficiente para que puedan presentar sus opiniones al respecto; (ii) que puedan presentar sus consideraciones y propuestas a las comisiones de regulación antes de que las respectivas empresas cobren las nuevas tarifas; (iii) que las propuestas que presenten las organizaciones de usuarios sean consideradas por la comisión competente en cada caso; y (iv) que esa comisión responda motivadamente las propuestas que los usuarios les formulen.

Cabe anotar que la Corte estudiará en la sección 4.5.3. de la presente sentencia, el tema relativo a la participación de los usuarios en el procedimiento que siguen las comisiones de regulación para la fijación de las fórmulas tarifarias a las que se deben someter las empresas sujetas al régimen de libertad regulada. Allí se analizan otros aspectos del derecho de participación de las organizaciones de usuarios de los servicios públicos domiciliarios.

4.5.1.4. Ahora bien, asiste razón al actor cuando señala que las normas en cuestión contemplan un régimen de libre competencia, el cual se aplica bajo las condiciones descritas. En efecto, el numeral 2.6 del artículo 2º de la Ley 142 de 1994 señala que uno de los fines de la intervención del Estado en los servicios públicos consiste en asegurar la "libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante" y el numeral 86.1 del artículo 86 prevé que el régimen tarifario de los servicios públicos se compone, entre otras, de reglas relativas al "régimen de regulación o de libertad".

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 ésta 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 éste 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 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 2°, 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 previamente a la comisión de regulación competente y que ésta debe garantizar oportunamente a los usuarios el derecho de participación directa y efectiva.

4.5.2. Los criterios que rigen la fijación de las fórmulas tarifarias por las comisiones de regulación son compatibles con los principios constitucionales que orientan la función de regulación dentro de un estado social de derecho. Exequibilidad condicionada del criterio de suficiencia financiera.

4.5.2.1. El actor afirma que "[e]l artículo 87 de la Ley 142 de 1994 al establecer los criterios para definir el régimen tarifario, se detuvo en la eficiencia económica como una aproximación de las tarifas a los precios de mercado, con opciones tarifarias para mejorar el mercado, y en la suficiencia financiera donde las fórmulas de las tarifas no sólo garantizan la recuperación de costos y gastos, sino los de expansión, reposición y mantenimiento, así como la garantía de remunerar el patrimonio propio de los accionistas, en la misma forma en que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector comparable. Y estos criterios de eficiencia económica y suficiencia financiera tienen prioridad en la definición del régimen tarifario. Las reglas son claras: protección del mercado a ultranza y protección de las utilidades de los accionistas a como dé lugar"¹⁸¹.

Señala que si bien en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 se hace referencia a principios tales como la solidaridad y la redistribución, lo cierto es que esa misma norma subordina los criterios mencionados a los de eficiencia económica y suficiencia financiera. De esta manera, el legislador estableció un régimen tarifario que obedece a criterios exclusivamente empresariales, e hizo una mera referencia formal a los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos, en desconocimiento del mandato establecido en el artículo 367 de la Constitución.

Considera que la prestación de los servicios públicos de acuerdo con un esquema de criterios en el cual la prioridad corresponde a los de eficiencia y suficiencia financiera, conlleva a que los sectores más pobres de la sociedad encuentren dificultad o incluso se vean en imposibilidad de tener acceso a su prestación, en desconocimiento del principio de solidaridad y de la prescripción según la cual el Estado asegurará la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional contenidos en los artículos 1° y 365 Superiores, respectivamente.

Con el propósito de abordar el cargo resumido, la Corte habrá de analizar primero las características económicas de los criterios de eficiencia y suficiencia financiera, de acuerdo con las definiciones respectivas consagradas en los numerales 87.1 y 87.4 de la Ley 142 de 1994 con el fin de establecer con base en dicho análisis si los mismos vulneran los artículos de la Carta que el actor señala. Luego, analizará si se ajusta a la Constitución que la eficiencia económica y la suficiencia financiera formen parte de los criterios de fijación de las tarifas de los servicios públicos y si la prioridad de estos dos principios en la definición del régimen tarifario vulnera los principios de solidaridad y de redistribución consagrados en el artículo 367 de la Constitución, en consonancia con los artículos 1 y 365 Superiores.

4.5.2.2. El numeral 87.1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 señala que "por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste".

Se observa así que, de acuerdo con la definición citada, la eficiencia económica consiste en que: (i) las tarifas de los servicios públicos se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; (ii) las fórmulas tarifarias tengan en cuenta los costos y los aumentos de productividad esperados; (iii) los aumentos de productividad esperados se distribuyan entre la empresa y los usuarios tal como ocurriría en un mercado competitivo; (iv) las fórmulas tarifarias no trasladen a los usuarios los costos de una gestión ineficiente; (v) las empresas no se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. La referencia que hace la norma en el sentido de que "[e]n el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste" versa sobre el ámbito de aplicación de los anteriores elementos.

Pasa la Corte a analizar el significado de los elementos que la norma citada contempla en tanto que elementos del criterio de eficiencia.

4.5.2.2.1. En un mercado competitivo el precio de los bienes y servicios resulta de la libre competencia entre oferentes, de acuerdo con las condiciones de la demanda. En estas circunstancias, los oferentes buscan conservar e incrementar su participación en el mercado¹⁸², para lo cual, si tales bienes o servicios son de igual calidad y se ofrecen en condiciones similares, es necesario que tengan precios atractivos en comparación con los de los demás productores pues de lo contrario, sus clientes -actuales y potenciales- prefieren adquirir el bien o servicio al competidor que lo venda en mejores condiciones¹⁸³.

De esta manera, en un mercado competitivo, el sistema de precios incentiva a los productores a alcanzar mayores niveles de eficiencia. Por ello, cuando la norma que se analiza indica que el régimen tarifario de los servicios públicos deberá aproximarse a los precios de un mercado competitivo, hace referencia a los costos que debería tener la prestación del servicio en caso de que las respectivas empresas estuvieran en un régimen de competencia.

4.5.2.2.2. En el mismo sentido, la teoría económica de un mercado competitivo prevé que los costos de prestación de los servicios deben tender a experimentar reducciones, pues ello es necesario para que las empresas pueda conservar o aumentar su participación en el mercado¹⁸⁴. En efecto, la competencia entre los oferentes en condiciones de eficiencia tiende a generar una presión que conlleva a la disminución de los precios.

4.5.2.2.3. La razón que lleva a un productor en un mercado competitivo a disminuir sus costos radica en que por esta vía puede acrecentar sus utilidades. No obstante, la teoría observa que, en condiciones de mercado competitivo, todos los productores suelen guiar por el mismo propósito, es decir, que todos los productores intentarán disminuir sus costos, lo cual permite en el largo plazo que reduzcan sus precios de venta al tiempo que incrementa sus utilidades. Así pues, en condiciones de competencia, en teoría la mayor eficiencia del productor conlleva a un beneficio tanto para él -pues obtiene mayores utilidades por la reducción de sus costos- como para el comprador o usuario -quien puede adquirir el mismo servicio a menor precio.

4.5.2.2.4. En un mercado competitivo el incremento del precio como resultado de la ineficiencia, conlleva un riesgo, a saber, que el productor pierda participación en el mercado debido a que sus precios serán superiores a los de sus competidores. En este orden de ideas, la disposición según la cual "las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente" pretende que los usuarios no paguen el costo de las ineficiencias de las empresas, tal como no lo harían en un mercado competitivo.

4.5.2.2.5. Como ya se indicó, las prácticas restrictivas de la competencia son comportamientos por medio de los cuales, quien las realiza, se vale de las ventajas de las que pueda disponer para afectar las condiciones de equilibrio del mercado, lo cual impide que éste asigne de manera eficiente los bienes y servicios que se producen en una economía. La prohibición de que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de tales prácticas, busca proteger dichas condiciones para garantizar la eficiencia del mercado en beneficio de los usuarios.

4.5.2.2.6. En conclusión, el numeral 87.1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 contiene algunos de los elementos que, de acuerdo con la teoría económica de un mercado competitivo, caracterizan un mercado eficiente y las implicaciones que de éste se derivan. En este orden de ideas, la Corte encuentra que el criterio de eficiencia descrito en la norma en cuestión, desarrolla la prescripción del artículo 365 Superior, según el cual "es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". Si bien el legislador habría podido definir eficiencia en otros términos, se encuentra dentro de su margen de configuración hacerlo siguiendo teorías económicas sobre la eficiencia en un mercado económico competitivo. La Constitución no impone, como ya se anotó, un modelo económico y por lo tanto permite que el legislador tenga en cuenta diferentes teorías sobre qué es la eficiencia y cómo se logra que la autoridad de regulación propenda por ella, siempre que no adopte decisiones manifiestamente irrazonables o contrarias a mandatos o prohibiciones contenidos en la Carta. En cambio, como ya se anotó, habría violado el principio de reserva de ley en la fijación del régimen de la regulación de los servicios públicos domiciliarios el que el legislador hubiera guardado silencio al respecto, delegando implícita y prácticamente en el órgano regulador la definición de este principio de rango constitucional. Además, la definición legislativa está orientada a evitar distorsiones del mercado que lleven a que la libre competencia deje de ser un derecho en beneficio de todos. Por ello, se declarará su exequibilidad.

4.5.2.3. El numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, por su parte, indica que "por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios".

De acuerdo con esta definición, la suficiencia financiera consiste en que las fórmulas tarifarias: (i) garanticen la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; (ii) permitan remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y (iii) permitan utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios. Procede la Corte al análisis de cada uno de estos elementos, no sin antes resaltar que la suficiencia financiera es un criterio orientado no sólo a contemplar esos costos de mantenimiento de la prestación del servicio público domiciliario sino, además, de mejoramiento del mismo en cuanto se busca que se garanticen "la mejor calidad, continuidad y seguridad" para los usuarios.

4.5.2.3.1. Dice la norma que las fórmulas tarifarias han de garantizar a las empresas la recuperación de los costos y gastos de la operación, de la expansión, de la reposición y del mantenimiento, es decir, de los recursos económicos que deben utilizar las empresas para proporcionar el servicio al mayor número posible de usuarios para alcanzar el principio de universalidad consagrado en el artículo 365 de la Carta. La medición de los costos y gastos que se requieren para la prestación del servicio, ha de tener como referencia los costos y gastos que tendría una empresa encargada de prestar el mismo servicio en un mercado competitivo, es decir, bajo condiciones de eficiencia con el mismo nivel de riesgo.

Ello implica que las fórmulas tarifarias deben contener criterios sobre la adecuada administración de los recursos, que no podrán incluir gastos innecesarios o suntuosos y que cada costo o gasto sólo podrá ser contabilizado una vez, independientemente del concepto al que corresponda según los parámetros técnicos aplicables. La recuperación de costos y gastos impide que un mismo costo o gasto sea contabilizado dos o más veces, puesto que en dicho evento, no habría sólo recuperación sino beneficios obtenidos en condiciones inefficientes, lo cual sería contrario al principio de eficiencia que, de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución, ha de orientar la prestación de los servicios públicos. En este orden de ideas, la Corte encuentra que el criterio de recuperación de costos, según la definición contenida en la norma que se analiza, se ajusta, en principio, a la Constitución, sin perjuicio de otras posibles definiciones que el legislador pueda adoptar para el efecto, respetando también la Carta.

4.5.2.3.1.1. No obstante lo anterior, la Corte encuentra necesario analizar con detenimiento el factor de la expansión en tanto que criterio para determinar el ámbito de la recuperación de costos. Mientras que los costos de operación, los de reposición y los de mantenimiento obedecen a la prestación efectiva del servicio a favor de un conjunto determinado de usuarios en un momento dado, los costos de expansión son eventuales y hacen referencia a un resultado futuro, en la medida en que abren la posibilidad de que más adelante haya usuarios adicionales del servicio.

De acuerdo con la Constitución, la suficiencia financiera puede abarcar dichos costos. En efecto, el artículo 365 de la Carta dispone que los servicios públicos son una función inherente al Estado, a quien le corresponde "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". El cobro de un factor por concepto de expansión del servicio es, pues, uno de los medios que permiten alcanzar dicha finalidad.

El cobro de este elemento adicional en la tarifa de los servicios públicos busca que las empresas que los prestan dispongan de una fuente de financiación -sin perjuicio de otras posibilidades, v.gr. las inyecciones de capital por parte de las empresas prestadoras destinadas a la expansión del servicio y las inversiones que realice el Estado con igual propósito¹⁸⁵- que les permita incrementar la cantidad de la población a la cual cubren. Por lo tanto, la autorización a las empresas de servicios públicos para que cobren un factor tarifario por concepto de expansión, implica su consecuente obligación de incrementar el número de personas usuarias del servicio, lo cual ha de ser objeto de seguimiento y vigilancia por parte de la entidad estatal competente. El factor por expansión que contempla la norma en cuestión en tanto que criterio para determinar la fórmula tarifaria, permite distribuir los costos de la prestación de los servicios entre los diferentes usuarios y facilita que se establezcan condiciones financieras para diferir dichos costos en el tiempo.

La introducción de un factor por concepto de expansión conlleva a un cambio de la estructura tarifaria en la medida en que se agrega a la tarifa un elemento adicional a la mera disposición y utilización del respectivo servicio, prestado bajo condiciones de eficiencia. En efecto, el cobro de este factor implica que la tarifa no sólo incorpora el costo del servicio que los usuarios reciben sino que incluye también un rubro adicional destinado a que nuevos usuarios tengan acceso al servicio en el futuro.

De esta manera, el legislador previó, en desarrollo del artículo 367 de la Carta -según el cual corresponde a la ley fijar la cobertura, la forma de financiación y el régimen tarifario de tales servicios-, que la expansión de los servicios públicos sería costeada por medio de diferentes fuentes de financiación, a saber, las inversiones estatales, las inyección de capital por parte de las empresas y el cobro a los usuarios de un factor tarifario por dicho concepto, sin perjuicio de otras posibilidades, o la combinación de éstas.

4.5.2.3.1.2. El artículo 365 de la Constitución estipula que es deber del Estado asegurar la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, pero no establece un mecanismo concreto para la realización y financiación de este cometido ni prevé que deba ser asumido únicamente por el Estado.

Así pues, caben diferentes fuentes de financiación para costear su expansión, como por ejemplo, las inversiones directas a cargo del Estado, las inyecciones de capital por las empresas y la inclusión de un factor tarifario a cargo de los usuarios por ese concepto, o una combinación de estas fuentes, con miras a un mejor aprovechamiento de los recursos económicos de la sociedad en general para el beneficio de sus habitantes.

En este orden de ideas, se tiene que la Constitución no prohíbe que el Estado cubra la totalidad de los costos de la expansión de los servicios públicos con recursos estatales exclusivamente. Sin embargo, esta opción conlleva a que sean los contribuyentes quienes sufraguen, por vía tributaria, este costo, lo cual repercute en la disponibilidad por parte del Estado de recursos para la realización de otras inversiones sociales también prioritarias donde el capital privado está menos dispuesto a invertir o es difícil recuperar costos por vía de las tarifas.

La ley puede también estipular que la expansión de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional sea cubierta únicamente con inyecciones de capital por las empresas prestadoras del servicio. No obstante, esta solución también podría conducir a que los costos de expansión fueran trasladados a los usuarios por vía de las tarifas para cubrir las inversiones ya realizadas en un lapso más breve y dentro de un grupo más reducido.

No obstante, un esquema de esta naturaleza haría que la expansión de los servicios quedara sujeta a los planes de inversión de las empresas privadas prestadoras. Igualmente, habría dificultades para la aplicación de criterios de solidaridad respecto de la recuperación de los recursos destinados para la expansión, pues si ésta benefició a sectores marginados, serían estos los que podrían verse obligados a soportar la carga de cubrir los costos de la expansión sin que tales costos se distribuyan entre una base más amplia de usuarios que comprenda a personas de estratos más altos.

Por el contrario, el cobro de un factor tarifario destinado específicamente para cubrir la expansión del servicio, facilita (i) que se tenga mayor claridad sobre los recursos recuperables para tal propósito y (ii) que se establezcan tarifas variables aplicables según la capacidad de pago de los diferentes usuarios, en atención al principio de solidaridad. Dicho factor permite además (iii) que la financiación de los costos de expansión sean distribuidos en el conjunto de usuarios, es decir, en una base más amplia; (iv) que los costos de la expansión se difieran en el tiempo durante un lapso mayor, aminorando así la carga que pueda recaer sobre cada usuario; y (v) que los usuarios en general colaboren, en virtud del principio de solidaridad, a la financiación de las inversiones necesarias para que las personas de menores ingresos tengan acceso a los servicios públicos.

En efecto, si bien el legislador puede establecer que corresponde al Estado asumir de manera directa este costo, difícilmente recuperable, también puede recurrir -tal como lo hace en esta oportunidad- al principio de solidaridad entre usuarios mismos de los servicios públicos y disponer que los de mayores ingresos tendrán una carga proporcionalmente superior a la de los de menores ingresos para asegurar así que todos tengan acceso a tales servicios.

En este orden de ideas, se observa que el cobro de un factor tarifario por concepto de expansión permite, en conjunto con otros mecanismos y de acuerdo con los criterios establecidos en la ley para el efecto, que se financie la expansión de los servicios públicos con miras al cubrimiento progresivo de la totalidad de los habitantes.

No obstante, la cuestión a determinar es si, de acuerdo con los principios de solidaridad y redistribución que contempla la Carta respecto de la prestación de los servicios públicos, corresponde establecer criterios particulares respecto del uso de los recursos que obtengan las empresas prestadoras de los servicios por concepto de un factor tarifario correspondiente a la expansión del mismo, y si el costo de la expansión de los servicios debe ser asumido por todos los usuarios, de manera igual, independientemente de su condición económica.

4.5.2.3.1.3. La Constitución prevé que la solidaridad es un principio fundamental del Estado social de derecho (art. 1º de la C.P.) y que a todas las autoridades corresponde asegurar su efectividad (art. 2º de la C.P.). En desarrollo del principio de solidaridad, la Carta indica que corresponde al Estado adoptar medidas a favor de las personas que se encuentren en condiciones de marginalidad (art. 13 de la C.P.) y que éste, de manera especial, intervendrá para asegurar que las personas de menores ingresos tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (art. 334 de la C.P.). En concordancia con las normas citadas, la Constitución contempla, respecto de los servicios públicos en concreto, que el Estado asegurará su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 de la C.P.) y que "[I]a Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas" (art. 368 de la C.P.). Así, se determinan algunos de los fines de la función de regulación en un Estado social de derecho, a lo cual se hizo referencia en las consideraciones generales de esta sentencia.

La Ley 142 de 1994, por su parte, desarrolla este mandato constitucional en varios de sus artículos. Por ejemplo, su artículo 97¹⁸⁶ señala que las empresas prestadoras de servicios públicos otorgarán plazos a los usuarios de los estratos de menores ingresos para amortizar los cargos de la conexión domiciliaria, incluyendo la acometida y el medidor y que, en todo caso, el Estado podrá cubrir tales costos. El sistema de tarifas subsidiadas que contempla el artículo 89 de la misma ley¹⁸⁷ aplicable a los mismos usuarios, responde también al criterio de solidaridad establecido en los mandatos constitucionales citados.

El marco constitucional referido, desarrollado, entre otros, por los instrumentos mencionados de los que se vale la Ley 142 de 1994, permite concluir que el principio de solidaridad en materia de servicios públicos genera una doble obligación a cargo del Estado: de un lado, le corresponde velar por que haya mecanismos encaminados a que las personas de más bajos ingresos puedan acceder y disfrutar de los servicios públicos y, del otro, es responsable de establecer sistemas que faciliten que tales personas realmente puedan sufragar la tarifa que se les cobra por la prestación de tales servicios, es decir, que la tarifa no sea excesiva dada su capacidad económica.

4.5.2.3.1.4. Por lo tanto, se observa que el cobro de un factor tarifario por concepto de expansión del servicio se ajusta a la Carta en tanto que desarrollo del principio de solidaridad. En efecto, este factor busca que los usuarios colaboren con la financiación de los servicios públicos según su capacidad económica. De igual forma, es claro que la efectividad de este principio depende de que los recursos que se generen con base en este factor, se destinen de manera prioritaria para lograr el acceso a los servicios públicos domiciliarios a las personas de aquellos sectores que, a causa de sus limitaciones económicas, experimentan dificultades para obtener el cubrimiento de tales servicios en condiciones de mercado o no lo logran.

En efecto, como ya se indicó, las personas de los estratos medios y altos suelen contar con recursos económicos suficientes para costear por sí mismos las expansiones que se requieran para obtener el cubrimiento de los servicios públicos mientras que los de los estratos bajos suelen experimentar dificultades o estar en imposibilidad de asumir este costo, de manera que, se reitera, los recursos que se obtengan por el cobro de un factor tarifario por concepto de expansión, han de ser destinados prioritariamente para la atención de los sectores de menores ingresos, sin perjuicio de que bajo ciertas condiciones otros estratos también puedan, indirecta o consecuencialmente, ser beneficiarios de los mismos. Sin embargo, estos últimos no pueden ser los primeros, los principales ni mucho menos los únicos beneficiados con la expansión financiada con tarifas. La prioridad de la expansión así financiada ha de ser los estratos a los que pertenecen las personas de menores ingresos. Por ejemplo, si en una zona marginada habitan excepcionalmente personas que no pertenecen a los estratos bajos, el beneficio que éstas recibirán por la expansión de un servicio a dicha zona, será como consecuencia de una política encaminada a llevar un servicio público de manera prioritaria a personas de menores ingresos.

4.5.2.3.1.5. De igual manera, la Corte estima que el cobro de un factor tarifario por concepto de costos de expansión no puede ser asumido por todos los usuarios independientemente de cuál sea su capacidad económica, pues ello implicaría una vulneración del principio de solidaridad en el ámbito de los servicios públicos.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, "[I]a clasificación de los usuarios en categorías, por sí misma, no viola la Constitución, siempre que la clasificación corresponda a niveles distintos de capacidad económica. En efecto se trata de un método que permite distinguir grupos de usuarios y establecer entre éstos, aquéllos que pueden, además de asumir los costos de los servicios, colaborar en la financiación de los subsidios que necesitan las personas de menores ingresos para completar el pago de los mismos. Dado que la solidaridad y la redistribución de ingresos, son criterios que debe tomar en cuenta el legislador al establecer el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, no es posible desechar el esquema ideado por el legislador que se revela idóneo para cumplir dicho propósito"¹⁸⁸.

Es decir, la solidaridad en materia de servicios públicos implica la clasificación de los usuarios en categorías, según los distintos niveles de capacidad económica con el fin de que los de menores ingresos tengan, en proporción al servicio recibido, tarifas menores a las de quienes tienen mayor capacidad de pago.

En este orden de ideas, al incluir en la tarifa los costos de expansión, el regulador deberá tener en cuenta el principio de solidaridad para que este costo adicional sea distribuido entre los usuarios de tal manera que se valore su diferente capacidad económica y se impida que tales costos recaigan en los usuarios actuales de menores ingresos en lugar de ser asignados de tal forma que los actuales usuarios de mayores ingresos sean quienes asuman proporcionalmente una carga mayor de financiación de la expansión. Lo anterior no obsta para que todos, también en virtud del principio de solidaridad, asuman una parte de estos costos de expansión, en la proporción y en el momento que, dentro del marco constitucional y legal, defina la comisión de regulación competente¹⁸⁹.

4.5.2.3.1.6. La Corte concluye que la expresión "las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento", es constitucional. No obstante, la inclusión del costo de expansión como un factor de la fórmula tarifaria, se ajusta a la Constitución en el entendido de que al considerar los costos de expansión se incluirá un criterio expreso para hacer efectivo el principio de solidaridad y para asegurar que los beneficiarios de la misma serán, de manera prioritaria, las personas de menores ingresos. La Corte habrá de condicionar en el mismo sentido, como se verá posteriormente, la exequibilidad del cargo por aportes de conexión que menciona el numeral 90.3 del artículo 90 de la Ley 142 de 1994, dada su estrecha relación con el factor de expansión anteriormente analizado.

4.5.2.3.2. El numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 indica que las fórmulas tarifarias contemplarán un factor que permitirá "remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable".

Esta Corporación ha sostenido que "en cabeza del Estado radica la obligación de garantizar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente, pero tal imperativo constitucional no puede llevarse hasta el extremo de afirmar que tenga que prestarlos directamente. La Constitución no establece tal compromiso, pues prevé la posibilidad de que los mismos sean prestados no sólo por el Estado sino también por comunidades organizadas o por particulares (art. 365 de la C.P.). De manera tal que todos tienen igual vocación. Precisamente, atendiendo dicho presupuesto, la Ley 142 de 1994 contempló en su artículo 10¹⁹⁰ el derecho de las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios, las cuales deben cumplir con los requisitos allí señalados. Tal previsión es un reflejo del principio de participación y de la libre actividad económica e iniciativa privada, garantizadas en el artículo 333 de la Carta, dentro de los límites del bien común"¹⁹¹.

El punto a establecer es si la inclusión en las fórmulas tarifarias de un factor que permita "remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable", según lo prescrito en el numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, conlleva a un desconocimiento de la obligación que tiene el Estado de asegurar la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 de la C.P.), en particular a los de menores ingresos (art. 334 de la C.P.) en aras del bienestar general y del mejoramiento de la calidad de vida de la población art. 366 de la C.P.).

La autorización que contiene la Carta para que los particulares puedan prestar los servicios públicos en desarrollo del derecho a la iniciativa privada, supone la posibilidad de que los particulares obtengan por medio de dicha actividad los efectos que motivan tal iniciativa privada, uno de lo cuales es la obtención de utilidad, siempre que ésta sea la propia de un mercado competitivo, en los términos previstos en la Constitución, y no la que se genera en condiciones ineficientes, como sucede cuando la provisión monopólica u oligopólica carece de un adecuado ejercicio de la función de regulación.

Por ello, el criterio que fija el legislador para que las respectivas comisiones de regulación determinen el factor para cuantificar la remuneración del patrimonio de los accionistas, toma como referencia la utilidad que podría obtener una empresa similar en una situación de mercado competitivo y sujeta a los riesgos propios de su actividad. Adicionalmente, la Corte observa que, de acuerdo con la definición que se analiza, la ley no indica cuáles son las tarifas ni prevé que éstas sean señaladas caso por caso por las comisiones de regulación. La ley prevé que las tarifas serán el resultado de la aplicación de las fórmulas que para el efecto fije la respectiva comisión. Así pues, las empresas sujetas al régimen de libertad regulada tienen cierto ámbito de libertad para obtener niveles de eficiencia superiores a los que contempla la fórmula -lo cual implica una mayor utilidad- aunque también se encuentran sujetas al riesgo de no alcanzar los parámetros establecidos -con lo cual se reduce la utilidad o, incluso, se genera pérdida.

En este orden de ideas, el criterio que establece el legislador consiste en que la fórmula tarifaria que fijen las respectivas comisiones de regulación, cuente con unas características tales que para un inversionista sea "igualmente" atractivo y "igualmente" riesgoso invertir en una empresa prestadora de servicios públicos sujeta a la regulación estatal o en una de similares características pero en condiciones eficientes de libre competencia.

En el mismo sentido, el criterio que contiene la ley para la remuneración del patrimonio supone que corresponde a los usuarios pagar tarifas iguales a las que les correspondería pagar si el servicio pudiera ser ofrecido en un mercado competitivo, sin perjuicio de los mecanismos que, en concreto, consagra la ley para garantizar el principio de solidaridad.

En este orden de ideas, si la norma dispusiera un factor de remuneración del patrimonio inferior al del mercado, la empresa privada no se vería motivada a participar de esta actividad, con lo cual la prescripción del artículo 365 de la Carta, en el sentido de que los particulares podrán ser prestar los servicios públicos, carecería de aplicación real. En sentido contrario, si la norma estipulara que un factor de remuneración del patrimonio para las empresas particulares encargadas de la prestación de los servicios públicos superior a la que tendría una empresa similar en condiciones y bajo riesgos de mercado, se estaría vulnerando el principio de eficiencia respecto de la prestación de los servicios públicos, igualmente consagrado en el artículo 365 de la Carta.

En conclusión, esta Corporación encuentra que la afirmación del actor en el sentido de que el criterio de costos conlleva a una protección de los intereses de los propietarios de las empresas prestadoras de servicios públicos en perjuicio de los derechos de los usuarios, carece de fundamento.

4.5.2.3.3. La inclusión en las fórmulas de un factor que permita a las empresas utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad responde al mandato contenido en el artículo 367 de la Constitución. En efecto, este artículo prevé, entre otras, que corresponde a la ley fijar los niveles de calidad que se deberán observar respecto de la prestación de los servicios públicos.

Con la inclusión de este factor tarifario, el legislador busca que las empresas prestadoras de los servicios públicos dispongan de una fuente de recursos cuya finalidad consiste en incrementar el nivel de calidad de los mismos, lo cual incluye la continuidad del servicio y la seguridad con que se presta. En este orden de ideas, la Corte estima que este factor tarifario desarrolla la prescripción contenida en el artículo 366 de la Constitución, según la cual por medio de los servicios públicos se asegurará el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, y en el artículo 367 Superior que exige que la calidad del servicio sea valorada al definir las responsabilidades de los prestatarios.

4.5.2.3.4. El anterior análisis pone de presente que la definición del criterio de suficiencia financiera que adoptó la Ley 142 de 1994 establece los parámetros necesarios para asegurar que las fórmulas tarifarias cubran los costos y gastos de prestación del servicio, incluidos los de expansión con el fin de lograr paulatinamente un cubrimiento a todos los habitantes del territorio; que haya un nivel de utilidades para las empresas que garantice a la vez los derechos de los usuarios y el ejercicio efectivo de la iniciativa privada; y que las empresas cuenten con recursos para garantizar mejoras sucesivas en los índices de calidad, continuidad y seguridad del servicio.

Así pues, el criterio de suficiencia financiera definido por el legislador responde al mandato del artículo 365 constitucional según el cual el régimen tarifario tendrá en cuenta, entre otros, el criterio de costos. Contempla también otros fines mencionados en el mismo artículo de la Carta, a saber, la expansión a todos los habitantes del territorio nacional y la búsqueda de más altos niveles de calidad (art. 365 de la C.P.). Desarrolla igualmente los parámetros establecidos en el artículo 367 respecto de la calidad del servicio y sus costos. Pasa ahora la Corte a estudiar las reglas previstas por el legislador para la aplicación de los criterios que rigen la prestación de los servicios públicos.

4.5.2.4. El demandante estima también que el numeral 87.7 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, según el cual "[I]os criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrán prioridad en la definición del régimen tarifario. Si llegare a existir contradicción entre el criterio de eficiencia y el de suficiencia financiera, deberá tomarse en cuenta que, para una empresa eficiente, las tarifas económicamente eficientes se definirán tomando en cuenta la suficiencia financiera", evidencia el propósito del legislador de favorecer los intereses de las empresas prestadoras de los servicios públicos sobre los derechos de los usuarios. Corresponde a la Corte determinar si la prioridad que otorga la norma objeto de estudio a estos criterios del régimen tarifario conlleva al desconocimiento de los derechos de los usuarios y de los principios de solidaridad y redistribución.

4.5.2.4.1. La primera parte del numeral 87.7 del artículo 87 de la Ley 142 señala que "[I]os criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrán prioridad en la definición del régimen tarifario" La Corte encuentra que esta expresión puede obedecer a que desde la perspectiva técnica, estos dos criterios son los que permiten determinar el costo del servicio. En efecto, desde esta perspectiva es necesario saber cuánto cuesta prestar el servicio a todos los usuarios -costos medidos con los criterios de eficiencia y suficiencia- antes de establecer cómo se distribuyen las cargas tarifarias entre los usuarios - de acuerdo principalmente con los principios de solidaridad y redistribución. No obstante, es claro que todas las disposiciones deben ser interpretadas de tal forma que tengan un efecto útil y un significado normativo, no meramente descriptivo de los pasos prácticos de un proceso técnico. De tal manera que es el sentido jurídico, no técnico, de esa prioridad que pasará a ser juzgado por la Corte.

Ahora bien, desde la perspectiva técnica, la Corte encuentra que la primacía de los criterios de eficiencia y suficiencia financiera respecto de la determinación de la fórmula tarifaria es una mera consecuencia de la cuantificación del costo de los servicios públicos como paso previo a la decisión sobre la distribución de los mismos. En efecto, el cálculo del costo del servicio se realiza de acuerdo con la totalidad de las erogaciones que implica su prestación en condiciones eficientes "en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable" (art. 87.4, Ley 142 de 1994). Luego, se efectúa la distribución entre todos los usuarios de acuerdo con su estrato y su nivel de ingresos.

Por ello, de no haber sido incluida por el legislador la expresión según la cual "Los criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrán prioridad en la definición del régimen tarifario" contenida en el numeral 87.7 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, el cálculo del costo de cada servicio público domiciliario, se realizaría, en la práctica, de igual forma. En efecto, simplificando un proceso técnico complejo, las necesidades financieras totales se obtienen de sumar el costo total del servicio, en las condiciones de calidad definidas, al factor de remuneración del patrimonio de los accionistas, en las condiciones de una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable, establecido en la fórmula tarifaria correspondiente. La división de esta cifra por la cantidad usuarios, permite obtener la tarifa unitaria, es decir, por consumidor. No obstante, en virtud de los principios de solidaridad y de redistribución. Luego, sí se procedería a incluir los factores de diferenciación tarifaria según los diferentes estratos, al igual que los subsidios, de tal manera que cada consumidor no tenga que asumir la misma carga tarifaria y los de menores ingresos tengan la menor carga.

Además, la Corte observa que los criterios de eficiencia y de suficiencia financiera no son necesariamente incompatibles con el criterio de solidaridad. En efecto, como ya se indicó, el criterio de eficiencia señala que los servicios públicos deben ser producidos de la manera más económica posible bajo estándares adecuados de calidad. El criterio de suficiencia financiera busca que la fórmula tarifaria contenga todas las erogaciones necesarias para prestar el servicio (incluidos costos, gastos, remuneración del patrimonio) de acuerdo con las necesidades de la población que ha de ser atendida, y según los objetivos y parámetros establecidos en la Constitución y en la ley. Por su parte, el criterio de

solidaridad versa sobre la forma como deberá ser repartido el valor que cuesta prestar los servicios públicos entre los diferentes miembros de la sociedad, según su capacidad económica, para que todos puedan tener acceso a los servicios y para que dicho acceso no dependa exclusivamente de la capacidad de pago sino que responda también la principio de necesidad según el cual las personas que carezcan de los recursos para tener acceso al consumo básico, serán beneficiarios de medidas en su favor que así se los permitan.

En virtud de lo anterior, se observa que el numeral 23 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 (acusado en la demanda de la referencia pero bajo el primer cargo), dispone que corresponde a las comisiones de regulación "[d]efinir cuáles son, dentro de las tarifas existentes al entrar en vigencia esta Ley, los factores que se están aplicando para dar subsidios a los usuarios de los estratos inferiores, con el propósito de que esos mismos factores se destinen a financiar los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, y cumplir así lo dispuesto en el numeral 87.3 de esta Ley".

Esta consideración pone de presente que el criterio de solidaridad conlleva a que el mandato constitucional según el cual el Estado asegurará la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, tenga aplicación plena. En efecto, el criterio de solidaridad permite fijar una escala tarifaria variable, acorde con las condiciones económicas de los diferentes usuarios, que facilita el acceso de las personas de menos ingresos a los servicios públicos y que exige que los de mayores ingresos soporten una carga mayor, equitativa en esas condiciones, sin que ello pugne con los principios de eficiencia y de suficiencia financiera.

Como se anotó, la Corte juzgará la norma acusada en su sentido jurídico, no en cuanto podría describir los pasos de un proceso técnico. La expresión "tendrán prioridad" tiene un significado jurídico en la medida en que establece la prevalencia de unos criterios sobre otros. En efecto, cuando dos o más criterios de contenido jurídico entran en conflicto en un caso concreto, éste puede ser resuelto de diversas maneras por el legislador. Una de ellas es buscar la armonización de los criterios enfrentados y otra consiste en darle prioridad a un criterio sobre otro, por ejemplo. En la norma acusada, el legislador optó por conferirle prioridad a los criterios de eficiencia económica y suficiencia financiera sobre los demás, es decir, sobre los criterios de neutralidad, solidaridad, redistribución, simplicidad y transparencia.

Por ello, una interpretación jurídica de la primera frase de la norma que se juzga, podría conllevar a la idea de que en caso de contradicción entre los principios de eficiencia y suficiencia financiera con el de solidaridad, éste último podría sacrificarse en aras de asegurar la efectividad de los otros dos, lo cual pugna con el artículo 367 de la Constitución que expresamente consagra que la solidaridad será uno de los criterios constitutivos del régimen tarifario de los servicios públicos, sin subordinarlo a ningún otro criterio.

En este orden de ideas, la Corte declarará la inexequibilidad de la primera frase del numeral 87.7 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, según la cual "[l]os criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrán prioridad en la definición del régimen tarifario".

4.5.2.4.2. Procede la Corte al juicio de constitucionalidad de la segunda parte del numeral 87.7 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, es decir, de la expresión según la cual "[s]i llegare a existir contradicción entre el criterio de eficiencia y el de suficiencia financiera, deberá tomarse en cuenta que, para una empresa eficiente, las tarifas económicamente eficientes se definirán tomando en cuenta la suficiencia financiera".

Se observa que el texto normativo citado establece un criterio para armonizar los criterios de eficiencia y suficiencia financiera y no para dar prioridad a alguno de ellos sobre el otro. Esto obedece que cada uno de dichos criterios versa sobre aspectos diferentes de la determinación del costo de los servicios públicos. En efecto, el criterio de eficiencia determina las condiciones bajo las cuales debe establecerse el costo de la prestación del servicio (tarifas que se aproximen a los precios de un mercado competitivo; aumento de productividad; distribución del mismo entre empresa y usuarios; ausencia de ineficiencias en las tarifas; ausencia de prácticas restrictivas de la competencia) mientras que el criterio de suficiencia financiera comprende los factores dinámicos sobre los cuales se aplican tales condiciones (costos y gastos en condiciones eficientes; utilidad de acuerdo con el nivel de riesgo correspondiente en condiciones de competencia; mejora de tecnología y de sistemas administrativos).

Además, el criterio de suficiencia incorpora un aspecto dinámico en la determinación de la tarifa puesto que busca no sólo que en el largo plazo las empresas prestadoras del servicio sean sostenibles, lo cual asegura el principio de continuidad de los servicios públicos, sino además que el servicio evolucione permanentemente en el sentido de su mejoramiento, no de su deterioro.

En este orden de ideas, la Corte observa que la fórmula establecida por el legislador según la cual los servicios públicos deberán obedecer al criterio de suficiencia en condiciones eficientes, protege el interés de los usuarios en la medida en que se establecen condiciones para que se prestación sea sostenible en el largo plazo, para que cuenten con adecuados niveles de calidad. El legislador no le otorga primacía al criterio de suficiencia financiera *per se*. En la norma acusada, lo que el legislador hace es exigir que la eficiencia económica no se mida a la luz de una situación estática en la cual una empresa se queda cómodamente dentro de su nicho de mercado sin mejorar la calidad del servicio. Lo que se pretende es que se tenga por eficiente a quien mejore la calidad del servicio que presta y a quien pretende llevar el servicio a más usuarios para que se cumpla el mandato constitucional de que todos puedan gozar de los servicios, en especial los sectores marginados y los de menores ingresos. En ese sentido la norma no contradice los principios constitucionales sino que define un parámetro para su aplicación en caso de que se presente un conflicto entre dos criterios económicos.

En este orden de ideas, la Corte encuentra que la segunda frase del numeral 87.7 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, según la cual "[s]i llegare a existir contradicción entre el criterio de eficiencia y el de suficiencia financiera, deberá tomarse en cuenta que, para una empresa eficiente, las tarifas económicamente eficientes se definirán tomando en cuenta la suficiencia financiera", se ajusta a la Constitución y así lo declarará en la parte resolutiva de este fallo.

4.5.2.5. El actor demanda la expresión del numeral 90.3 del artículo 90 de la Ley 142 de 1994 según la cual "[t]ambién podrá cobrarse [un cargo

por aportes de conexión el cual podrá cubrir los costos involucrados en la conexión del usuario al servicio] cuando, por razones de suficiencia financiera, sea necesario acelerar la recuperación de las inversiones en infraestructura, siempre y cuando estas correspondan a un plan de expansión de costo mínimo. La fórmula podrá distribuir estos costos en alícuotas partes anuales".

La Corte indicó ya que la inclusión en la fórmula tarifaria de un factor por concepto de expansión, tal como lo estipula el numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, se ajusta a la Carta en el entendido de que al considerar los costos de expansión se incluirá un criterio expreso para hacer efectivo el principio de solidaridad y asegurar que los beneficiarios de la misma serán, de manera prioritaria, las personas de menores ingresos.

En el mismo sentido, la Corte estima que el cobro de un cargo por concepto de conexión para acelerar la recuperación de las inversiones en infraestructura, ayuda a que las empresas cuenten con mayor liquidez, lo cual a su vez estimula que haya una sucesiva expansión de la cobertura del servicio. Sin embargo, tal como se indicó en el numeral 4.5.2.3.1.5. de este fallo, este cargo no ha de ser asumido en igual proporción por todos los usuarios independientemente de su nivel de ingresos, pues ello vulnera el principio de solidaridad, sino que deberán establecerse cargos diferenciales que aseguren a todos la posibilidad de sufragar la conexión al respectivo servicio sin perjuicio de este cargo sea distribuido en alícuotas anuales, tal como lo prevé la última frase de la norma que se analiza.

Por lo tanto, esta Corporación concluye que el numeral 90.3 del artículo 90 de la Ley 142 de 1994 es exequible en el entendido de que al considerar los costos de expansión se incluirá un criterio expreso para hacer efectivo el principio de solidaridad y asegurar que los beneficiarios de la misma serán, de manera prioritaria, las personas de menores ingresos.

4.5.2.6. El demandante sostiene que el artículo 92 de la Ley 142 de 1994, que versa sobre la determinación de la mayor eficiencia que deberán observar las empresas en el largo plazo y las reglas que habrán de regir el reparto de los beneficios obtenidos por tal concepto, favorece los intereses de éstas y no los derechos de los consumidores. La Corte estima, por el contrario, que la reducción de la tarifa como resultado de la aplicación de un factor de eficiencia en el largo plazo favorece al usuario en la misma medida en que exige a las empresas que obtengan niveles crecientes de eficiencia de acuerdo con el transcurso del tiempo. De igual manera, no es constitucional que la norma incentive a las empresas para que obtengan niveles de eficiencia superiores al promedio; en efecto, ello es lo que se busca al permitírseles que se apropien de los beneficios de la mayor eficiencia obtenida. Este estímulo se revela idóneo para alcanzar un fin legítimo compatible con la Carta pues conlleva a la mayor eficiencia obtenida por algunas empresas sirva para establecer los parámetros a los cuales deben sujetarse las demás en los períodos siguientes. En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 92 de la Ley 142 de 1994 por el cargo analizado.

4.5.2.7. Finalmente, el actor acusa la exequibilidad de la expresión "De acuerdo con los principios de eficiencia y suficiencia financiera, y" contenida en el artículo 94 de la Ley 142 de 1994, que prohíbe las alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales. Debido a que la Corte consideró ya que los criterios de eficiencia y suficiencia económica se ajustan a la Constitución, en los términos precisados, ésta expresión es exequible sólo por el cargo analizado.

4.5.3. El procedimiento para la adopción de las fórmulas tarifarias en un Estado social y democrático y la efectividad del derecho a la participación de los usuarios.

4.5.3.1. El actor acusa los artículos 124, 126 y 127 de la Ley 142 de 1994 que versan sobre el procedimiento para la fijación y modificación de las fórmulas tarifarias. Sostiene que el procedimiento para la fijación o la modificación de las fórmulas tarifarias desconoce la obligación del Estado de "proteger los derechos colectivos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios"¹⁹². Considera el actor que el marco de regulación de las tarifas está concebido para beneficiar los intereses de las empresas prestatarias de los servicios públicos debido, no sólo a la primacía de los criterios de eficiencia económica y suficiencia financiera, sino a que las reglas procedimentales para la fijación de las fórmulas tarifarias únicamente hacen referencia a los oferentes del servicio correspondiente en tanto que parte interesada que puede acceder a tales procesos. Aunque el actor no emplea el concepto de captura del regulador, su argumento está básicamente orientado a resaltar que el procedimiento para la determinación de dichas fórmulas y para su modificación crea este riesgo de captura al reconocerle iniciativa "de parte" exclusivamente a las empresas y al no establecer mecanismos que aseguren que los derechos de los usuarios serán adecuadamente valorados. Así pues, el reparo que expresa obedece a que el legislador omitió indicar que los usuarios también pueden intervenir en el procedimiento que los artículos acusados definen para la fijación o la modificación de dichas fórmulas.

4.5.3.2 En efecto, el numeral 124.2 del artículo 124 de la Ley 142 de 1994 indica que "[s]i la actuación [para determinar las fórmulas tarifarias] se inicia de oficio, la comisión debe disponer de estudios suficientes para definir la fórmula de que se trate; si se inicia por petición de una empresa de servicios públicos, el solicitante debe acompañar tales estudios. Son estudios suficientes, los que tengan la misma clase y cantidad de información que haya empleado cualquier comisión de regulación para determinar una fórmula tarifaria". El artículo 126 señala que la vigencia de las fórmulas tarifarias será de cinco años aunque "[e]xceptionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas". Por último, el artículo 127 prevé que "[a]ntes de doce meses de la fecha prevista para que termine la vigencia de las fórmulas tarifarias, la comisión deberá poner en conocimiento de las empresas de servicios públicos las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las fórmulas del periodo siguiente. Despues, se aplicará lo previsto en el artículo 124" (negrillas fuera de texto).

Los apartes citados de las normas en cuestión muestran que el legislador omitió indicar que los usuarios también tendrían derecho a participar en el proceso de fijación y modificación de las fórmulas tarifarias que describe el Capítulo V ("Las fórmulas tarifarias") del Título VI ("Del régimen

tarifario de las empresas de servicios públicos") de la Ley 142 de 1994.

4.5.3.3. La Corte ha resaltado ya en este fallo el significado que tienen los servicios públicos no sólo en el ámbito económico sino social, debido a que el acceso a los mismos constituye una garantía para que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos¹⁹³.

Habida cuenta de su importancia, la Constitución estatuye que el régimen de los servicios públicos, en virtud del principio de reserva de ley, debe ser el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público, abierto a la participación de todos y responsable ante las personas que sean usuarios de dichos servicios. En el mismo sentido, la Carta prevé que las autoridades se encuentran vinculadas al cumplimiento de una serie de mandatos objetivos tendientes a asegurar la efectividad del principio de Estado social de derecho. La participación de las personas en las decisiones que los afectan contribuye a que ello realmente se logre, como se anotó en el apartado referente a las garantías institucionales necesarias para asegurar que las comisiones de regulación cumplan imparcial y neutralmente su misión legal en aras de la materialización de los fines sociales del Estado¹⁹⁴.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, quien consideró recientemente que "[r]esulta absolutamente necesario que las comisiones, antes de hacer la regulación de los costos fijos, escuchen a los usuarios del servicio. La participación directa de los consumidores es relevante para la toma de ese tipo de decisiones. Pero tal deber no se satisface únicamente con la sola participación de voceros o representantes de los servicios, sino que debe llegar hasta el punto de abrir espacios para que estos últimos de manera directa expongan sus reclamos y puntos de vista respecto de los criterios que se van a adoptar"¹⁹⁵.

El fundamento constitucional de esta participación directa en el procedimiento previo a la adopción de las regulaciones de especial trascendencia fue también recordado anteriormente en el apartado respectivo. Este comprende principios fundamentales, como el consagrado en el artículo 2º Superior, y normas específicas, como el 78 Superior, que ordena a todos los órganos del Estado, dentro de su órbita de competencia, no estimular o permitir, sino garantizar "la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen", lo cual fue definido por el constituyente como un derecho constitucional cuyo goce depende de dos condiciones también de estirpe democrática: que las organizaciones sean representativas y que observen procedimientos democráticos internos.

4.5.3.4. A la luz del marco constitucional sobre el derecho a la participación directa de las organizaciones de usuarios analizado en el apartado 4.4.2 de esta sentencia, las normas acusadas presentan una omisión en la medida en que no refieren a la concreción de este derecho en el proceso de fijación o modificación de las fórmulas tarifarias de los servicios públicos domiciliarios¹⁹⁶. No obstante, nada en dichas normas impide que los usuarios ejerzan su derecho de participación. Lo que sucede es que guardaron silencio al respecto y ello podría conducir a la interpretación inconstitucional de que tal participación está excluida, mientras no sea desarrollada expresa y específicamente por el legislador.

Lo anterior no implica que los artículos 124, 126 y 127 deban ser declarados inexequibles puesto que su contenido no es, en este aspecto, contrario a la Carta, sino indiferente a los mandatos superiores en este punto y, por ende, susceptibles de una interpretación que excluiría dicha participación. Por ello, la Corte estima que tales normas se ajustan a la Constitución siempre y cuando se entienda que estas no impiden la realización de un procedimiento administrativo que garantice a las organizaciones de usuarios las condiciones constitucionales para que puedan participar de manera previa, directa y efectiva en la adopción de las decisiones sobre la determinación o modificación de las fórmulas tarifarias. Para que se garantice la participación previa, directa y efectiva de las organizaciones de usuarios en el procedimiento que describen para la fijación o modificación de las fórmulas tarifarias, es preciso que: (i) éstas reciban la información que señala el artículo en cuestión de manera oportuna es decir, con una antelación suficiente a la adopción de la decisión de fijación o modificación de la fórmula tarifaria; (ii) que tales organizaciones puedan presentar propuestas a la comisión de regulación respectiva; (iii) que las propuestas que presenten sean consideradas por la comisión competente en cada caso; y (iv) que esa comisión responda motivadamente las propuestas que se le formulen.

En el mismo sentido, la Corte reitera que la información que proporcionen las empresas sujetas al régimen de libertad vigilada a las respectivas comisiones de regulación sobre las tarifas en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 14.11 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, debe también estar a disposición de los usuarios en iguales términos. En efecto, el acceso oportuno de los usuarios a esta información, según el condicionamiento establecido en la sección 4.5.1.4. de este fallo, permite que las organizaciones de usuarios tengan conocimiento de la política tarifaria de las respectivas empresas antes de que las comisiones de regulación adopten las decisiones correspondientes y que, en esa medida, puedan formular propuestas que vayan más allá de una queja. La información mencionada también permite que los usuarios soliciten que una empresa prestadora de servicios públicos sujeta, por ejemplo, al régimen de libertad vigilada sea transferida al régimen de libertad regulada¹⁹⁷.

Así pues, la Corte declarará la exequibilidad de las normas juzgadas, a saber, del numeral 124.2 del artículo 124 en el entendido de que la actuación también pueda ser iniciada a petición de los usuarios; la exequibilidad del artículo 126 de la Ley 142 de 1994 en el entendido de que el procedimiento excepcional para el cambio de las fórmulas tarifarias también pueda ser iniciado a petición de los usuarios; la exequibilidad del artículo 127 de la Ley 142 de 1994 en el entendido de que las comisiones de regulación también darán a conocer a los usuarios las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las fórmulas del periodo siguiente. Y todo ello como parte de un procedimiento administrativo en el cual las organizaciones de usuarios que cumplan las condiciones constitucionales puedan participar de manera previa, directa y efectiva en la adopción de la decisión de definición o de modificación de la fórmula tarifaria.

Igualmente la Corte subraya que el derecho de participación implica para las comisiones de regulación la obligación de *considerar* los puntos de vista que sean expresados por los usuarios más no necesariamente de *acogerlos*. Las comisiones de regulación son órganos que deciden de manera independiente dentro de los criterios fijados en la ley con miras a promover el interés público y sus regulaciones son actos unilaterales, no concertados, mientras el legislador no modifique las disposiciones vigentes.

5. La exequibilidad de las normas que exigen la suspensión de servicios públicos domiciliarios

El actor sostiene que el parágrafo del artículo 130 de la Ley 142 de 1994, adicionado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001 y el inciso segundo del artículo 140 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001, vulneran los artículos 13, 42, 44, 49, 52, 67, 334, 365 y 366 de la Constitución. Como ya se anotó en el apartado 2.3. de las cuestiones previas, la Corte se inhibirá de pronunciarse sobre los cargos basados en los artículos 13, 42, 44, 49, 52 y 67 de la Constitución.

El parágrafo del artículo 130 de la Ley 142 de 1994, adicionado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001, indica que la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio del usuario o suscriptor que incumpla "su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá dos períodos consecutivos de facturación" so pena de que se rompa la solidaridad que vincula al propietario del inmueble, al suscriptor y a los usuarios del servicio respecto de sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos.

El inciso 2º del artículo 140 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001, por su parte, señala que "da lugar a la suspensión del servicio", entre otras, "[I]a falta de pago [por parte del suscriptor o usuario] por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual".

El actor señala que la prestación de los servicios públicos domiciliarios es una función inherente al Estado que no puede estar sujeta a las mismas reglas que rigen la prestación de servicios de carácter meramente privado. En este orden de ideas, estima que la suspensión de los mismos para exigir su pago implica el desmejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y de la población, lo cual es violatorio de los artículos 334, 365 y 366 de la Constitución.

Esta Corporación procede a responder el siguiente problema: ¿Es la suspensión del servicio público a quien se atrasa en sus pagos, una medida ajustada al principio según el cual la prestación de los servicios públicos es una función inherente al Estado que debe estar orientada por criterios sociales, en especial por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes?

5.1. El carácter oneroso de los servicios públicos domiciliarios y los deberes de los usuarios

5.1.1. En una sentencia reciente, la Corte Constitucional reiteró que "[a]ctualmente, los servicios públicos son onerosos, surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (numeral 9º. artículo 95, y artículo 368 ibidem). La determinación de los costos de los servicios, implica la evaluación de un conjunto de factores que va desde la cobertura y oportunidad en su prestación hasta la eficiencia y clasificación de los distintos tipos de usuarios de los mismos. Si a esto se agrega la circunstancia de que para impulsar el desarrollo en un país, se requiere que sus habitantes dispongan de agua potable, energía eléctrica, medios de comunicación, etc., se aprecia la dimensión del esfuerzo del legislador a fin de conciliar la realidad con los objetivos de justicia social y equidad que se encuentran en el origen y justificación de la organización de los servicios públicos"¹⁹⁸.

En el mismo sentido, el artículo 128 de la Ley 142 de 1994 –declarado exequible por medio de la Sentencia C-1162 de 2000– señala, tal como lo advierte la Vista Fiscal, que el contrato de prestación de servicios es "un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero". En efecto, como lo ha dicho la Corte, "las relaciones jurídicas entre los usuarios y las empresas prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, tienen fundamentalmente una base contractual"¹⁹⁹.

Así pues, esta Corporación ha reiterado que "la relación contractual referida es de carácter oneroso, pues implica que por la prestación del servicio público domiciliario el usuario debe pagar a la empresa respectiva una suma de dinero. En efecto, dentro de la concepción del Estado Social de Derecho debe tenerse en cuenta que los servicios públicos domiciliarios tienen una función social, lo cual no significa que su prestación deba ser gratuita pues el componente de solidaridad que involucra implica que todas las personas contribuyen al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado a través de las empresas prestadoras de servicios públicos, dentro de conceptos de justicia y equidad (CP art. 95-9 y 368)"²⁰⁰.

Con base en lo anterior, esta Corporación ha señalado incluso que el incumplimiento de la obligación de pagar por la prestación del servicio puede acarrear la imposición sanciones, como por ejemplo el cobro, a cargo del usuario, de los intereses de mora que se contemplan en el artículo 96 de la Ley 142 de 1994²⁰¹.

5.1.2. La suspensión del servicio por parte de la empresa por el incumplimiento del usuario de su obligación de pagar, es la consecuencia que se deriva de dicho incumplimiento. Para el actor, esta consecuencia vulnera la Carta porque "implica el desmejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y de la población" (art. 365 de la C.P.).

Así pues, la Corte coincide con el actor en el sentido de que "los servicios públicos tienen fuertes implicaciones sobre la calidad de vida de las personas, y de contera sobre la vigencia de los derechos a la salud, la vida y la dignidad"²⁰². No obstante, la trascendencia social de los servicios públicos –y, en particular, de los domiciliarios– no justifica que los usuarios de los mismos puedan desconocer sus obligaciones contractuales.

Por el contrario, la jurisprudencia en materia de acción de tutela proferida por esta Corporación sobre el particular, dispone que la mora del usuario en cancelar sus obligaciones permite que la empresa prestadora del servicio, en aras de garantizar la prestación del servicio a los demás usuarios²⁰³, dé aplicación a las normas que lo regulan y que, por lo tanto, proceda a su corte y suspensión como máximo luego del incumplido en el pago de tres facturas. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-517 de 1994²⁰⁴, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, negó la pretensión de un accionante que solicitaba la reconexión de su línea telefónica cortada por falta de pago. La Corte precisó que los problemas

económicos del accionante no justificaban la omisión en el cumplimiento de su obligación de pagar por el servicio de agua del que había hecho uso²⁰⁵.

5.1.3. La Corte Constitucional ha señalado, además, que la suspensión del servicio por la falta de pago del usuario es, en muchas ocasiones, una garantía para los propietarios o poseedores de los inmuebles, quienes, en tanto que arrendadores, tienen la condición de terceros respecto de la relación entre la empresa prestadora del servicio y el usuario.

En efecto, "el inciso 2º del artículo 140 de la ley 142 de 1994 constituye una 'regla de equilibrio contractual entre la empresa y los usuarios (o suscriptores y responsables solidarios)', por cuanto beneficia tanto a la empresa como a los usuarios y los propietarios del inmueble. El provecho para estos últimos se cristalizaría en el hecho de que los propietarios no usuarios no pueden ser llamados a responder solidariamente por aquellas facturas de servicios públicos que sean posteriores a la tercera impagada, es decir, por aquellas cuentas que se originan luego del momento en el que la empresa de servicios públicos ha incumplido su obligación legal de suspender el servicio, momento que se define cuando se acumulan tres facturas sin pagar. [...] La mencionada garantía tiene por fin proteger a los propietarios no usuarios que han sido asaltados en su buena fe por parte de los arrendatarios. En la práctica colombiana, el propietario pone a la disposición de los arrendatarios el inmueble con todos los aditamentos básicos que posee, entre los que se encuentran las conexiones a los servicios públicos domiciliarios. Además, corrientemente se acuerda que el arrendatario debe pagar las facturas originadas en el consumo de los servicios públicos domiciliarios con los que cuenta la residencia. Así, el propietario deposita su confianza en que el arrendatario cumplirá con esta obligación contractual y no cuenta con mecanismos que le permitan controlar fácilmente si el arrendatario honra su deber de pagar las facturas. Es por eso que la tantas veces mencionada norma del artículo 140 de la ley de servicios públicos puede ser entendida como una 'regla de equilibrio contractual', tal como lo asegura la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que tiende a proteger tanto a la empresa como a los propietarios y a establecer la base sobre la cual se prestará el servicio a los usuarios"²⁰⁶.

Tampoco es cierto que el principio de continuidad de los servicios públicos resulte vulnerado por la suspensión del suministro a los usuarios que incumplen con su obligación de pagar. En efecto, el usuario a quien se le suspende la prestación del servicio por falta de pago, tiene el derecho a que se le reinicie su suministro, siempre y cuando sufrague lo adeudado.

5.1.4. Las anteriores consideraciones bastan para señalar que el cargo formulado por el actor carece de fundamento. No obstante, la Corte estima pertinente señalar una razón adicional que justifica la exequibilidad de la norma acusada.

Para que los principios constitucionales que orientan la prestación de los servicios públicos sean efectivos (art. de la 2 C.P.), cada usuario debe cumplir con su deber básico respecto de los demás usuarios consistente en abstenerse de trasladarle a ellos el costo de acceder y de disfrutar del servicio público domiciliario correspondiente. Cuando un usuario no paga por el servicio recibido, está obrando como si los demás usuarios tuvieran que correr con su carga individual y financiar transitoria o permanentemente su deuda. Ello atenta claramente contra el principio de solidaridad que, entre otros, exige que cada usuario asuma las cargas razonables que le son propias en virtud de la Constitución, la ley y el contrato respectivo.

En este orden de ideas, la Corte concluye que la persona que se abstiene de pagar por los servicios públicos que recibe, no sólo incumple sus obligaciones para con las empresas que los prestan, sino que no obra conforme al principio de solidaridad y dificulta que las empresas presten los servicios con criterios de eficiencia (artículo 365 C.P.), lo cual pugna con los principios sociales que consagra la Carta para orientar la prestación, regulación y control de los servicios públicos.

5.2. La prerrogativa de suspensión del servicio y los derechos de los usuarios

5.2.1. Ahora bien, de acuerdo a la jurisprudencia en materia de tutela, la Corte precisa que, no obstante el mandato contenido en las normas acusadas, existen ciertos límites dentro de los que debe ajustarse el comportamiento de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios al momento de suspender el suministro de algún servicio. Tales límites se derivan de la Constitución y de la ley y conforman lo que podría denominarse "la Carta de derechos y deberes de los usuarios de servicios públicos domiciliarios" (art. 369 C.P.). Se inspiran en el primer derecho de cualquier usuario consistente en ser tratado dignamente por la empresa prestadora de servicios públicos, sea ésta pública o privada (art. 1º de la C.P.). En efecto, los usuarios de los servicios públicos son personas, no un recurso del cual se puede periódicamente extraer una suma de dinero. El carácter oneroso de los servicios públicos domiciliarios explica el deber del usuario de pagar las facturas correspondientes pero no justifica que los usuarios no sean respetados en su dignidad en tanto seres humanos. En estrecha relación con este derecho primordial, se encuentra el derecho a no ser discriminado por una empresa de servicios públicos domiciliarios²⁰⁷, el derecho a ser clara y oportunamente informado de sus obligaciones y de las consecuencias de incumplirlas,²⁰⁸ el derecho a que sus recursos sean resueltos antes de que se corte el servicio²⁰⁹ así como otros que gradualmente han sido precisados por la jurisprudencia, como el derecho a que se preserve la confianza legítima del usuario de buena fe en la continuidad de la prestación del servicio si éste ha cumplido con sus deberes²¹⁰.

Además, la ley ha consagrado algunos derechos de los usuarios y suscriptores. Aunque la Ley 142 de 1994 no destina un capítulo específico al tema, a continuación se enuncian algunos ejemplos de ello: el artículo 9º consagra explícitamente los derechos de los usuarios, dentro de los que se destacan el derecho a la libre elección del prestador del servicio, el derecho a la medición de sus consumos reales, y el derecho a solicitar información²¹¹; el artículo 104 establece el derecho de reclamar contra el estrato asignado²¹²; el artículo 131 consagra el derecho a conocer las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos²¹³; el artículo 133 prescribe el derecho a ser protegido contra el abuso de posición dominante de las empresas de servicios públicos²¹⁴; el artículo 136 establece el derecho a la prestación continua de un servicio de buena calidad y a recibir una reparación en caso de una falla del mismo²¹⁵; el artículo 147 consagra el derecho a una información clara en las facturas²¹⁶; por último, los artículos 152 a 158 de la Ley 142 de 1994 consagran los derechos de defensa del usuario en sede de la empresa²¹⁷.

Adicionalmente, en los contratos de condiciones uniformes también se deben estipular los derechos de los suscriptores.²¹⁸ En este sentido, la Superintendencia de Servicios Públicos debe velar porque tanto en la redacción como en la ejecución de tales contratos, se respeten la dignidad de los suscriptores y usuarios, al igual que los derechos constitucionales y legales²¹⁹.

Todo lo anterior coincide con una tendencia en el derecho comparado, en la cual se aprecia un cambio en la relación entre el gestor del servicio público y el usuario. Por ejemplo, en Francia se observa una exigencia a los agentes prestadores de servicios públicos de pasar de una cultura del interés general, a una cultura fundada en el *servicio al cliente*, a partir de la modernización de las relaciones con los usuarios²²⁰. En este sentido, la jurisprudencia francesa ha definido el carácter constitucional de derechos tales como el de la continuidad del servicio, del cual se deducen consecuencias jurídicas tales como la posibilidad de que el usuario al cual la empresa de servicios le ha incumplido sistemáticamente, de solicitar la indemnización por parte de ésta²²¹. Así mismo, el Consejo de Estado francés ha reconocido el derecho a la igualdad de trato en la prestación del servicio público, con efectos tales como la necesidad de una justificación suficiente de parte de la administración al momento de hacer diferenciaciones tarifarias²²².

De manera más específica, el Consejo de Estado también ha reconocido el "derecho al funcionamiento normal del servicio", lo cual implica su prestación de conformidad con las disposiciones que lo regulan y con los "principios fundamentales del servicio público", parámetros que a su vez deben ser apreciado por el juez en cada caso concreto, según las circunstancias económicas y temporales y el lugar de ubicación del usuario²²³.

5.2.2. En este orden de ideas, cuando la empresa va a suspender el servicio debe respetar unos derechos específicos. En efecto, las empresas prestadoras deben (i) seguir ciertos parámetros procedimentales que garanticen el debido proceso, en conexidad con el principio de buena fe de los usuarios, y (ii) abstenerse de suspender arbitrariamente el servicio a ciertos establecimientos usados por personas especialmente protegidas por la Constitución.

5.2.2.1. Primero, en cuanto a los requisitos procedimentales, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que las actuaciones de las empresas prestadoras de servicios públicos contra usuarios morosos, deben respetar el derecho al debido proceso de los usuarios de buena fe, específicamente los derechos de defensa y contradicción. Las empresas en mención pueden suspender, parcial o totalmente, la prestación de los servicios por falta de pago de las facturaciones emitidas, pero para el efecto están en el deber de observar estrictamente el procedimiento que les permite hacer uso de esta prerrogativa²²⁴. La jurisprudencia de la Corte ha resumido éste procedimiento de la siguiente manera:

"a) Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos pueden cobrarse ejecutivamente, ante la jurisdicción ordinaria, o mediante la jurisdicción coactiva, en este último caso, si la prestadora es una empresa industrial y comercial del Estado. La factura expedida por la empresa, debidamente firmada por el representante legal de la entidad, prestará mérito ejecutivo.

b) Si el usuario o suscriptor incumple con su obligación de pagar la facturación emitida por la empresa, por concepto del servicio prestado, oportunamente, es decir dentro del término previsto en el contrato, la prestadora está en la obligación de suspender la prestación del servicio "sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual (...)" . Las decisiones de suspender la prestación de los servicios, total o parcialmente, como actos derivados de las prerrogativas que les han sido conferidas a las prestadoras para la debida prestación del servicio, son actos administrativos, y también lo son las decisiones que resuelven los recursos interpuestos contra éstos²²⁵. Los actos administrativos de carácter particular se notifican personalmente al interesado, a su representante, o apoderado. Y, en el texto de la notificación, se deberá indicar los recursos que proceden contra la decisión, las autoridades ante quienes pueden interponerse, y los plazos para hacerlo.

c) Los suscriptores o usuarios de los servicios públicos domiciliarios pueden presentar peticiones, quejas, reclamos y recursos, que tienen que ser debida y oportunamente atendidos. Para el efecto las empresas prestadoras deben mantener una oficina para recibir, atender, tramitar y responder las peticiones, reclamos, o recursos, verbales o escritos que presenten los usuarios, los suscriptores, o los suscriptores potenciales, en relación con el servicio o los servicios que presta dicha empresa

d) El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. Contra el acto de suspensión del servicio que realice la empresa proceden los recursos de reposición, y de apelación. De los recursos de reposición y de apelación debe hacerse uso dentro de los cinco días siguientes a aquel en que la empresa ponga el acto en conocimiento del suscriptor o usuario, en la forma prevista en las condiciones uniformes del contrato. El recurso de reposición se interpone ante el Gerente o el representante legal de la empresa, y el de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Las peticiones y recursos serán tramitados de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición; teniendo en cuenta las costumbres de las empresas comerciales en el trato con su clientela, salvo que la ley disponga otra cosa".²²⁶

En consecuencia, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios suspenden el servicio a causa de la falta de pago sin permitirle al usuario o suscriptor afectado contradecir efectivamente las facturas a su cargo, se viola el derecho al debido proceso de los usuarios.²²⁷

5.2.2.2. Segundo, la jurisprudencia constitucional ha impedido que en ciertas situaciones específicas la empresa de servicios públicos suspenda de manera abrupta el servicio, cuando las personas perjudicadas son especialmente protegidas por la Constitución. También ha advertido que a los bienes especialmente protegidos no se les puede cortar el servicio público domiciliario por falta de pago.

De una parte la Corte Constitucional ha impedido la suspensión del servicio público de energía a entidades públicas educativas morosas. De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, "[n]o es concebible que entre entidades del Estado no pueda existir una colaboración interinstitucional,

para los efectos de cumplir con el mandato según el cual el Estado debe mantener con carácter permanente "la regulación, el control y la vigilancia de estos servicios". Por ello, tratándose de entidades estatales -la Electrificadora de Boyacá y el Colegio Nacionalizado Enrique Olaya Herrera-, no es factible la suspensión del servicio de educación, pues tanto este como el que presta aquella, son inherentes a la finalidad social del Estado, lo cual no las exime de su responsabilidad legal de cumplir con las obligaciones que de él se deriven"²²⁸.

De otra parte, la Corte ha impedido el corte de servicios públicos domiciliarios a centros penitenciarios, dada la relación especial de sujeción existente entre el Estado y los reclusos. Así, la Corte sostuvo que la falta de pago oportuna no es un fundamento suficiente para suspender el servicio de energía eléctrica a los centros penitenciarios, ya que este comportamiento violaría los derechos fundamentales de los reclusos, los guardias, y la población civil afectada con una eventual fuga²²⁹.

Por último, recientemente la Corporación consideró que no podrá suspenderse el Corte de energía eléctrica a un conjunto de establecimientos y entidades que habían incumplido los contratos de prestación de servicios, entre los cuales se encontraba un hospital. En efecto, ordenó a Electrocosta abstenerse de "realizar cualquier tipo de conductas dirigidas al racionamiento, suspensión o corte en el servicio de suministro de energía al Hospital, al Acueducto y a los establecimientos de seguridad terrestre (bienes constitucionalmente protegidos), del municipio del Arenal (Bolívar), sin importar que las mismas tengan o no su origen en el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los mencionados establecimientos o del Municipio del Arenal"²³⁰.

En cuanto a los criterios utilizados para identificar los casos en los cuales no es permitido suspender el servicio y distinguirlos de aquellos en los cuales la suspensión por mora en el pago sí es compatible con la Constitución, la Corte sostuvo lo siguiente:

"Sólo cuando se presenta un riesgo cierto e inminente sobre derechos fundamentales, tanto el interés económico como el principio de solidaridad, deben ceder en términos de oportunidad que no de negación, frente a los intereses que involucran los referidos derechos. En este sentido, considera la Sala que existe un mandato constitucional de especial protección a ciertos establecimientos de cuyo normal funcionamiento en términos absolutos, depende la posibilidad del goce efectivo in abstracto de los derechos fundamentales de las personas que integran la comunidad. De tal forma que del funcionamiento normal y ordinario de dichos establecimientos, dependen en buena medida las posibilidades reales de goce del cúmulo de derechos fundamentales que están a la base de la lógica ordenación de sus funciones (hospitales, acueductos, sistemas de seguridad, establecimientos de seguridad terrestre y aérea, comunicaciones, etc.) y en un sentido macro, del correcto funcionamiento de la sociedad.

"Esta protección especial torna constitucionalmente injustificada la conducta de las empresas prestadoras de servicios públicos esenciales, que alegando ejercicio de atribuciones legales proceden a efectuar como simples medidas de presión para el pago de sumas adeudadas, racionamientos o suspensiones indefinidas del servicio, en establecimientos penitenciarios, o indiscriminadamente en establecimientos de salud o establecimientos relacionados con la seguridad ciudadana"²³¹.

5.2.2.3. En este orden de ideas, cuando la suspensión del servicio tenga como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos o afecte gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad, una empresa prestadora de algún servicio público domiciliario puede y, según las circunstancias del caso, debe adoptar la decisión de continuar prestando el servicio a un usuario moroso sin que ello genere consecuencias adicionales a la ruptura de la solidaridad que vincula al propietario del inmueble, al suscriptor y a los usuarios del servicio respecto de sus obligaciones pecuniarias de que tratan las normas acusadas.

5.2.3. En conclusión, las normas acusadas serán declaradas exequibles, en el entendido de que se respetarán los derechos de los usuarios de los servicios públicos cuando se vaya a tomar la decisión de cortar el servicio. Tales derechos, como el respeto a la dignidad del usuario (art. 1º de la C.P.) son, entre otros: (i) el debido proceso y el derecho de defensa, que permite a los usuarios o suscriptores contradecir efectivamente tanto las facturas a su cargo²³² como el acto mediante el cual se suspende el servicio²³³ y también obligan a las empresas prestadoras de servicios públicos a observar estrictamente el procedimiento que les permite suspender el servicio²³⁴. El derecho al debido proceso incorpora también el derecho a que se preserve la confianza legítima del usuario de buena fe en la continuidad de la prestación del servicio si éste ha cumplido con sus deberes²³⁵; y (ii) el derecho a que las empresas prestadoras de servicios públicos se abstengan de suspender el servicio cuando dicha interrupción tenga como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos o, impida el funcionamiento de hospitales y otros establecimientos también especialmente protegidos en razón a sus usuarios²³⁶, o afecte gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad²³⁷.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-272 de 1998 que declaró EXEQUIBLE el artículo 68 de la Ley 141 de 1994.

Segundo.- ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-066 de 1997 que declaró EXEQUIBLE la frase "En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes" del artículo 35, y los artículos 31 y 37 de la Ley 142 de 1994.

Tercero.- ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-444 de 1998 que resolvió declarar EXEQUIBLES los literales c) y d) del numeral 74.3 del

artículo 74 de la Ley 142 de 1994.

Cuarto.- ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-1162 de 2000 que declaró EXEQUIBLE el artículo 128 de la Ley 142 de 1994.

Quinto.- ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-389 de 2002 que declaró EXEQUIBLES los numerales 1, 2 y 3 del artículo 88, el inciso 3º del artículo 96 y el artículo 125 de la Ley 141 de 1994.

Sexto.- ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-041 de 2003 que declaró EXEQUIBLE el numeral 90.2 de la Ley 142 de 1994.

Séptimo.- Por las razones expuestas en esta providencia, INHIBIRSE de pronunciarse respecto de las siguientes normas:

a.- El numeral 3.9. (parcial) del artículo 3, los numerales 6.3. (parcial) y 6.4. (parcial) del artículo 6, el párrafo del artículo 9, el numeral 11.8 (parcial) del artículo 11, el numeral 14.10 (parcial) del artículo 14, el artículo 16 (parcial), el artículo 18 (parcial), el artículo 20 (parcial), el artículo 21, el artículo 23 (parcial), el artículo 28 (parcial), el artículo 31 (parcial), el artículo 35 (parcial), el numeral 36.6 (parcial) del artículo 36, el artículo 37 (parcial), el numeral 39.4 (parcial) del artículo 39, los párrafos 1 y 2 del artículo 40, los numerales 44.1. (parcial), 44.2 (parcial) y 44.3 (parcial) del artículo 44, el artículo 45 (parcial), el artículo 48 (parcial), el artículo 52 (parcial), el artículo 66 (parcial), el numeral 67.1 (parcial) del artículo 67, el artículo 68 (parcial), el artículo 70 (parcial), el artículo 73, el artículo 74, el inciso primero (parcial), los numerales 85.1 (parcial), 85.2 (parcial), 85.3 (parcial), 85.5 (parcial) y los párrafos 1 y 2 del artículo 85 (parcial), el numeral 87.8. (parcial) del artículo 87, el inciso primero y los numerales 89.1 (parcial), 89.2. (parcial), 89.4 (parcial) y 89.5. (parcial) del artículo 89, el inciso primero y los numerales 90.2. (parcial) y 90.3 (parcial) inciso último del artículo 90, el artículo 92, el artículo 96 (parcial), el artículo 127, el inciso tercero del artículo 128, el numeral 133.26 (parcial) del artículo 133, el párrafo del artículo 146, el artículo 160 (parcial), y el numeral 162.2. (parcial) del artículo 162 de la Ley 142 de 1994; el artículo 1º de la Ley 286 de 1996; el artículo 2º y el artículo 3º de la Ley 632 de 2000; y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001, por el primer cargo que presenta el accionante.

b.- Los numerales 2.7 y 2.9 del artículo 2º, el inciso segundo del párrafo del artículo 39, los numeral 87.2 (parcial) y 87.8 (parcial) del artículo 87, los párrafos 1º y 2º del artículo 87, las expresiones mencionadas del artículo 89; el inciso segundo del artículo 90 al igual que el numeral 90.1 (parcial) y el numeral 90.2 (parcial) del mismo artículo; el artículo 163 y el artículo 164 todos de la Ley 142 de 1994, y el artículo 23 de la Ley 689 de 2001, por el segundo cargo que presenta el accionante.

c.- La expresión "y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas" del inciso segundo, al igual que los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 140 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001, por el tercer cargo que presenta el accionante.

Octavo.- Declarar EXEQUIBLES, únicamente en relación con los cargos analizados, el numeral 2.6 del artículo 2, el inciso segundo y los numerales 34.1 a 34.6. del artículo 34, el numeral primero (parcial) del artículo 86, el inciso 1º (parcial) el numeral 87.1., del artículo 87, el artículo 94 (parcial) y el artículo 98, todos de la Ley 142 de 1994.

Noveno.- Declarar EXEQUIBLE, únicamente en relación con los cargos analizados, el numeral 14.11 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, en el entendido de que la información debe ser enviada previamente a la comisión de regulación competente y que ésta debe garantizar oportunamente a los usuarios el derecho de participación directa y efectiva.

Décimo.- Declarar EXEQUIBLE, únicamente en relación con los cargos analizados, el numeral 87.4 del artículo 87 y el numeral 90.3 del artículo 90 de la Ley 142 de 1994.

Décimo primero.- Declarar EXEQUIBLE la expresión "expansión", contenida en el numeral 87.4 del artículo 87 y en el numeral 90.3 del artículo 90 de la Ley 142 de 1994 en el entendido de que al considerar los costos de expansión se incluirá un criterio expreso para hacer efectivo el principio de solidaridad y asegurar que los beneficiarios de la misma serán, de manera prioritaria, las personas de menores ingresos.

Décimo segundo.- Declarar INEXEQUIBLE la primera frase del numeral [87.7](#) del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 que dice: "Los criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrán prioridad en la definición del régimen tarifario".

Décimo tercero.- Declarar EXEQUIBLE, únicamente por los cargos analizados, la segunda frase del numeral [87.7](#) del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Décimo cuarto.- Declarar EXEQUIBLES, únicamente en relación con los cargos analizados, las siguientes normas en tanto que éstas no impiden la realización de un procedimiento administrativo que garantice que las organizaciones de usuarios que cumplan las condiciones constitucionales puedan participar de manera previa directa y efectiva en la adopción de la decisión de definición o modificación de la fórmula tarifaria, de tal forma que el numeral 124.2 del artículo 124 es EXEQUIBLE en el entendido de que la actuación también pueda ser iniciada a petición de los usuarios; el artículo 126 de la Ley 142 de 1994 es EXEQUIBLE en el entendido de que el procedimiento excepcional para el cambio de las fórmulas tarifarias también pueda ser iniciado a petición de los usuarios; y el artículo 127 de la Ley 142 de 1994 es EXEQUIBLE en el entendido de que las comisiones de regulación también darán a conocer a los usuarios las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las fórmulas del periodo siguiente.

Décimo quinto.- Declarar EXEQUIBLE, únicamente en relación con los cargos analizados, el párrafo del artículo 130 de la Ley 142 adicionado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001 y el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001, en el entendido de que se respetarán los derechos de los usuarios, en los términos del apartado 5.2.3 de esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-150/03

En relación con la Sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003, los suscritos magistrados nos vemos precisados a salvar parcialmente nuestro voto, en relación con lo resuelto sobre la inexequibilidad parcial del artículo 87.7 de la Ley 142 de 1994 declarada por la Corte, pues a nuestro juicio ha debido declararse la inexequibilidad total de la norma acabada de mencionar.

Fundamos nuestro salvamento de voto en las consideraciones que a continuación se expresan:

1^a. El artículo 87 de la Ley 142 de 1994 establece los "criterios para definir el régimen tarifario" de los servicios públicos, entre los cuales incluye los de "eficiencia económica y suficiencia financiera".

2^a. En el numeral 7º de dicho artículo 87, se señala que "los criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrán prioridad en la definición del régimen tarifario. 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 teniendo en cuenta la suficiencia financiera".

3^a. Conforme al artículo 365 de la Constitución Política, "los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado" y es un deber de este "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional".

De manera que en un Estado Social de Derecho, como el que proclama el artículo 1º de la Constitución Política, la prestación de los servicios públicos no queda supeditada a la rentabilidad que ofrezca esa actividad a quien a ella se dedique. No es, en manera alguna, un negocio. Ni puede entenderse que la prestación de los servicios públicos ha de examinarse bajo ese criterio.

Por expreso mandato de la Constitución, los servicios públicos deben asegurarse a todos los habitantes del territorio nacional, no solo por que así lo dispone el artículo 365 de la Carta, como ya se dijo, sino porque en el ordenamiento constitucional vigente el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados, "son finalidades sociales del Estado", conforme a lo dispuesto por el artículo 366 de la Constitución Política, norma esta que guarda estrecha relación con el artículo 2º del Estatuto Superior, en el cual se asigna, entre otros, como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar a todos la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, lo cual incluye, como es obvio la solución de necesidades básicas como la salud, la educación, el saneamiento ambiental y el agua potable, es decir, lo que

resulta indispensable para que el "*bienestar general*" a que alude el artículo 366 de la Constitución, es decir, "*la prosperidad general*" a que se refiere el artículo 2º de la Carta, no sean puramente ilusorios, ni se tornen en el bienestar de algunos o la prosperidad del menor número, sino que, por el contrario, se extienda cada vez a mayor cantidad de colombianos, mediante la prestación eficiente de los servicios públicos para ese efecto, hasta que ellos se presten a todos los habitantes del territorio patrio.

De esta suerte, no es la eficiencia económica, ni la suficiencia financiera lo que ha de tener prioridad para definir el régimen tarifario de las empresas de servicios públicos, sino un criterio de carácter social, que propenda por la extensión del servicio, y por su prestación oportuna, aunque para ello sea necesario que el Estado intervenga directamente en esa actividad de interés público, o que, llegado el caso, se asuma parcialmente el costo que demande esa prestación del servicio con cargo a los recursos públicos para que los sectores sociales de menores ingresos tengan derecho a tales servicios pagándolos en proporción a sus menguados recursos económicos.

Lo anteriormente dicho, no significa, en manera alguna, que a las empresas prestadoras de servicios públicos se les obligue a desarrollar su actividad con detrimento patrimonial. No. Lo que ello quiere decir es que el Estado, en desarrollo del principio de solidaridad ha de idearse mecanismos que le permitan cubrir en todo el territorio nacional y para todos sus habitantes la necesidad que estos tienen de que les sean atendidos los servicios públicos como requisito para acceder al bienestar general. Por ello, si es del caso, por razones de interés social, podrá incluso el Estado, en ejercicio de lo dispuesto por el artículo 365 de la Constitución y mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara "*reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos*".

Así las cosas, la inexequibilidad del artículo 87, numeral 7º de la Ley 142 de 1994 no puede limitarse a la expresión "*los criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrán prioridad en la definición del régimen tarifario*", como se declaró en el numeral décimo segundo de la Sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003, sino que ha debido extenderse a todo lo preceptuado en ese numeral pues, lo que no se declaró contrario a la Constitución, es exactamente lo mismo que se declaró inconstitucional.

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. Lo que la sentencia hizo fue intentar darle cabida a criterios contradictorios sobre una misma disposición y en el mismo fallo. Por eso salvamos nuestro voto.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Salvamento de voto a la Sentencia C-150/03

Referencia: expediente D-4194

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Con el debido respeto me permito salvar el voto en relación con los numerales décimo y undécimo de la parte resolutiva de la sentencia que declaro exequibles, dentro de las tarifas a los usuarios de servicios públicos, los costos y gastos de expansión de la prestación de los servicios públicos.

1. El concepto de estado social de derecho, que es el que acoge para Colombia nuestra Constitución, se proyecta en un tipo de Estado que tiene unas características especiales, cuyo elementos podemos resumir así:

- a. Propiedad privada con función social y ecológica;
- b. Separación del poder político (legislativo, ejecutivo, judicial); separación del poder civil del religioso; separación del poder civil del poder militar y supremacía del primero sobre el segundo; distribución territorial del poder (su máxima expresión es el Estado Federal).
- c. Un Estado fundado en la libertad y la igualdad (no sólo formal sino también material) de las personas;
- d. Un concepto especial de ley, donde la ley se hace con la intervención y consentimiento del gobernado y por eso es como dijera Rousseau, expresión de la voluntad general; siendo además la ley genérica, abstracta e impersonal.
- e. Toda la actividad administrativa se encuentra sometida a la ley; y
- f. La independencia de los jueces.

Es además, el estado social de derecho un estado interventor que interviene a favor de los más débiles y que pone el acento en la igualdad de

las personas, tratando de que se de una igualdad real y no meramente formal; que busca poner al alcance de las amplias masas no sólo una gran cantidad de bienes materiales, sino también espirituales o culturales (salud, educación, vivienda, recreación, arte, cultura para todos, etc.).

La intervención del Estado en el terreno económico y social se ha proyectado fundamentalmente en los siguientes aspectos:

- a. Redistribución de la riqueza buscando garantizar a todas las personas un ingreso mínimo.
- b. Realización del derecho a la vivienda y especialmente la construcción de vivienda para las amplias masas populares.
- c. Una organización del trabajo dirigida a tutelar los derechos de los trabajadores y mitigar su estado de inferioridad ante los patronos.
- d. Introducción de un sistema fiscal fundado en el principio del impuesto directo y progresivo.
- e. Protección de los trabajadores ancianos, mediante pensiones de jubilación para darles una seguridad después de la terminación de su vida laboral y para los trabajadores jóvenes seguros para el desempleo cuando cesan en su trabajo y mientras consiguen otra ocupación.
- f. La gestión económica tiene como fin el pleno empleo para garantizar a todas las personas un trabajo y en consecuencia una fuente de ingresos.
- g. Expansión constante de los servicios públicos de salud, educación, seguridad social, asistencia pública.

De lo anterior se infiere que es obligación del estado social de derecho la expansión constante de los servicios públicos, hasta llegar a cubrir a todos los ciudadanos, para que los servicios sean en verdad universales (principio de la universalidad). En un sistema mixto como el nuestro, donde los particulares pueden prestar servicios públicos, y estos no quieren prestarlos o no pueden prestarlos, debe prestarlos el Estado; el Estado no puede eludir su obligación de prestar los servicios públicos a los ciudadanos y expandirlos donde no lo prestan los particulares y tiene el Estado que prestarlos aunque su prestación no constituya un gran "negocio" para él.

Cuando una empresa privada prestadora de servicios públicos quiera expandirse o aumentar su negocio, debe hacer como hace todo empresario privado: guardar algo de sus utilidades ahorrándolas y acumulando capital para invertirlo en el nuevo ciclo económico; o los dueños del negocio aportan más capital u obtienen el capital de terceros (prestamos, emisiones de bonos, etc.). Lo que no puede esperar el empresario de servicios públicos es que el usuario del servicio le financie su expansión y no pueden las tarifas encarecerse, pagando más de lo que legalmente debe y un sobre costo que implica el pago de una tarifa mayor de la que le corresponde, lo que atenta contra el valor constitucional de la justicia. Las tarifas no deben incluir nunca ni un costo ni un gasto de expansión, ya que esto ha contribuido de manera notable a que todos los colombianos que no tienen para comer, estén trabajando única y exclusivamente para pagar las tarifas de los servicios públicos y financiando a los propietarios de las empresas de servicios públicos.

No es cierto como lo afirma la sentencia, que se busca hacer efectivo el principio de solidaridad, ya que la solidaridad en materia de servicios públicos se hace entre usuarios para que los usuarios de mayores ingresos ayuden a los de menores ingresos; pero lo que no contempla la Constitución ni podría contemplarlo, es una solidaridad entre los usuarios, que son la parte débil de la relación jurídica y el dueño de la empresa que hace el negocio; ya que este último debe acudir como los demás empresarios privados a los mecanismos de financiación que antes señale u otros que ofrezca el mercado; pero lo que no puede hacer nunca es cobrar una tarifa mayor para expandirse.

No es cierto como afirma la mayoría, que la única manera de expandir los servicios públicos es permitir que la tarifa incluya un sobre precio abusivo e ilegal que lleva a los trabajadores a trabajar sólo para pagar servicios públicos, ya que los empresarios de servicios públicos tienen otras formas de financiación a las que deben acudir y donde no quieran o no puedan llegar (aún por razones económicas) el Estado tiene el deber de prestar el servicio público, ya que es consustancial al estado social de derecho la expansión constante de la cobertura de los servicios públicos.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Cfr. Folio 43 del expediente.

Cfr. Folio 46 del expediente.

Cfr. Folio 46 del expediente.

Cfr. Folio 47 del expediente.

Cfr. Folio 48 del expediente.

Cfr. Folio 48 del expediente.

Cfr. Folio 49 del expediente.

Cfr. Folio 49 del expediente.

Cfr. Folio 51 del expediente.

Cfr. Folio 51 del expediente.

Cfr. Folio 54 del expediente.

Cfr. Folio 54 del expediente.

Cfr. folio 52 del expediente.

Cfr. Folio 52 del expediente.

Cfr. Folio 55 del expediente.

Cfr. Folio 56 del expediente.

Cfr. Folio 54 del expediente.

Cfr. Folio 187 del expediente.

Cfr. Folio 185 del expediente.

Cfr. Folio 189 del expediente.

Cfr. Folio 190 del expediente.

Cfr. Folio 195 del expediente.

Cfr. Folio 196 del expediente.

Cfr. Folio 196 del expediente.

Cfr. Folio 270 del expediente.

Cfr. Folio 271 del expediente.

Cfr. Folio 279 del expediente.

Cfr. Folio 279 del expediente.

Cfr. Folio 301 del expediente.

Cfr. Folio 308 del expediente.

Cfr. Folio 133 del expediente.

Cfr. Folio 134 del expediente.

Cfr. Folio 318 del expediente.

Cfr. Folio 319 del expediente.

Cfr. Folio 320 del expediente.

Cfr. Folio 164 del expediente.

Cfr. Folio 165 del expediente.

Cfr. Folio 168 del expediente.

Cfr. Folio 173 del expediente.

Cfr. Folio 173 del expediente.

Cfr. Folio 175 del expediente.

Cfr. Folio 177 del expediente.

Cfr. Folio 178 del expediente.

Cfr. Folio 210 del expediente.

Cfr. Folio 216 del expediente.

Cfr. Folio 217 del expediente.

Cfr. Folio 222 del expediente.

Cfr. Folio 224 del expediente.

Cfr. Folio 226 del expediente.

Cfr. Folio 252 del expediente.

Cfr. Folio 254 del expediente.

Cfr. Folio 255 del expediente.

Cfr. Folio 257 del expediente.

Cfr. Folio 260 del expediente.

Cfr. Folio 261 del expediente.

Cfr. Folio 262 del expediente.

Cfr. Folio 264 del expediente.

Cfr. Folio 123 del expediente.

Cfr. Folio 125 del expediente.

Cfr. Folio 157 del expediente.

Cfr. Folio 158 del expediente.

Cfr. Folio 159 del expediente.

Cfr. Folio 160 del expediente.

Cfr. Folio 348 del expediente.

Cfr. Folio 341 del expediente.

Cfr. Folio 349 del expediente.

Cfr. Folio 352 del expediente.

Cfr. Folio 353 del expediente.

Cfr. Folio 353 del expediente.

Cfr. Folio 355 del expediente.

Cfr. Folio 355 del expediente.

Cfr. Folio 363 del expediente.

Cfr. Folio 363 del expediente.

Cfr. Folio 364 del expediente.

La Corte precisa que el texto del artículo 24 del proyecto de ley que se menciona, coincide con el artículo 23 de la Ley 689 de 2001.

Cfr. Folio 363 del expediente.

Cfr. Folio 47 del expediente.

Sentencia C-1052 de 2001; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (En este fallo, la Corte resumió los criterios de procedibilidad de la acción pública de exequibilidad desarrollados en la jurisprudencia constitucional).

Cfr. Folio 353 del expediente.

El siguiente es el texto completo del artículo 19 de la Ley 689 de 2001: "Artículo 19. Modifícase el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así: *"Artículo 140. Suspensión por incumplimiento.* El incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios y en todo caso en los siguientes: La falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas. Es causal también de suspensión, la alteración inconsulta y unilateral por parte del usuario o suscriptor de las condiciones contractuales de prestación del servicio. Durante la suspensión, ninguna de las partes puede tomar medidas que hagan imposible el cumplimiento de las obligaciones recíprocas tan pronto termine la causal de suspensión. Haya o no suspensión, la entidad prestadora puede ejercer todos los derechos que las leyes y el contrato uniforme le conceden para el evento del incumplimiento".

Cfr. Folio 52 del expediente

Cfr. Folio 52 del expediente.

Cfr. Folio 52 del expediente.

Cfr. Folio 56 del expediente.

Cfr. Folio 56 del expediente.

A diferencia de lo que establece nuestra Constitución, en otros países los defensores de un estado mínimo rechazan que el Estado pueda legítimamente intervenir para redistribuir la propiedad o el ingreso porque estiman que ello es contrario a la libertad, crea sobre costos y trabas a la iniciativa privada y es fuente de privilegios. Ver, por ejemplo, Nozick, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Blackwell. Oxford, 1974; Hayek, Frederich. *Law, legislation and liberty*. Volumen 3. Routledge, Londres, 1979. Ello coincide con los intentos de desregular algunas industrias y sectores así como de reducir la autonomía de los órganos de regulación en Estados Unidos y en Gran Bretaña durante la década de los ochenta.

La Corte agrega que, además de las funciones citadas, se encuentra la de asignación, es decir, la de distribución de recursos entre los diferentes órganos del Estado. Esta función se puede concretar al desarrollarse cualquiera de las cuatro básicas mencionadas.

Ese momento histórico está asociado en Norteamérica al llamado New Deal y en Colombia a la denominada Revolución en Marcha. En Europa ese momento histórico coincide con el nacimiento del Estado-providencia. McCraw, Thomas K. (ed). *Regulation In Perspective, Historical Essays*. Harvard University Press. Cambridge, 1981.

Este otro momento histórico es bastante posterior al mencionado y responde al impulso del movimiento ecologista. Ver, por ejemplo: Lynton Keith Caldwell. *International Environmental Policy*. Duke University Press. Durham and London 1990.

Ello ha ocurrido aún en países donde el Estado no tiene tanta importancia relativa frente al mercado. Ver: McCraw, Thomas K. *Prophets of Regulation*. Harvard University Press. Cambridge, 1984.

Artículo 11, Acto Legislativo N° 1 de 1936.

Idem, artículo 9.

Acto Legislativo N° 1 de 1968, artículo 11.

Pierre Delvolvé. *Droit Public de l'Economie*. Dalloz, París, 1998, p.17 y ss.

Por ejemplo, el presupuesto (consagrado en los artículos 345 y ss de la C.P.), que es anual, tiene la misión de concretar la política fiscal de la nación o de las entidades territoriales, según el caso. El gasto público es un poderoso instrumento de intervención pues determina la utilización de los recursos del Estado, modifica el nivel de ingreso de las diferentes personas que componen la sociedad y define las áreas de inversión de los dineros públicos, lo cual influye en el comportamiento de los actores económicos. Sobre este tema, puede consultarse la Sentencia C-1064 de 2001(M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; A.V. Álvaro Tafur Galvis; S.V. M.P.s Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Clara Inés Vargas Hernández), en la cual se estudió la jurisprudencia proferida por la Corte sobre este instrumento de intervención.

En el ámbito sectorial, el Estado puede también tratar de modificar los hábitos de consumo de los actores económicos, como sucede, por ejemplo, con las normas que establecen tarifas impositivas particularmente bajas sobre los libros o los espectáculos culturales para incentivar su consumo o las que establecen tarifas impositivas altas a productos como el tabaco o el alcohol para desincentivarlos. Las políticas crediticias o de capacitación para el desarrollo de ciertas actividades dentro de un sector, también pertenecen a esta categoría.

Por ejemplo, la figura de la toma de posesión de una empresa, de acuerdo con las normas vigentes.

El Estado puede crear una empresa bajo la forma definida en la ley. En efecto, la Constitución prevé que la Nación y las entidades territoriales realicen actividades empresariales según las decisiones políticas que adopten los respectivos órganos de representación. Así, el numeral 7º del artículo 150 de la Constitución dispone que corresponde al Congreso "crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta"; el numeral 7º del artículo 300 Superior señala que corresponde a las asambleas departamentales crear "las empresas industriales y comerciales del departamento y autorizar la formación sociedades de economía mixta"; y el numeral 6º del artículo 313 de la Carta prevé que corresponde a los concejos distritales o municipales "crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta".

Sabino Cassesse. *La Nuova Costituzione economica*. Editori Laterza, Roma, 1995, p.12 y ss.

En efecto, como ya se indicó, la intervención del Estado se manifiesta incluso desde el momento en que éste fija las reglas relativas a la propiedad, los contratos y la responsabilidad contractual y extracontractual pues determina el alcance de los derechos y los poderes, responsabilidades y obligaciones que implica su ejercicio. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-265 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de una norma relativa a las características que debían observar las sociedades de gestión colectiva. La Corte analizó el alcance de los derechos de los particulares según el tipo de asociación que eligen para el ejercicio de su libre iniciativa.

Por ejemplo, el plan nacional de desarrollo (consagrado en los artículos 339 y ss de la C.P.), que es cuatrienal, tiene la función de señalar "los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno" y de contener "los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución" (art. 339 de la C.P.). Un resumen de la jurisprudencia de esta Corporación proferida hasta entonces respecto del plan de desarrollo puede encontrarse en la Sentencia C-557 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), por medio de la cual se declaró la inexequibilidad de la Ley 508 de 1999, "por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo para los años de 1999-2002".

Por ejemplo, las normas que regulan la competencia económica y definen las prácticas restrictivas de la misma y los abusos de posición dominante.

El Estado puede incluso ir más lejos y en lugar de crear empresas que compitan con los particulares, pueden crear monopolios o reservarse actividades o servicios. Así, la propia Constitución estatuye el monopolio estatal sobre los juegos de suerte y azar y sobre los licores, sin perjuicio de que puedan establecerse otros monopolios como arbitrios rentísticos "con una finalidad de interés público o social y en virtud de una ley" (art. 336 de la C.P.). La Constitución menciona expresamente la posibilidad de que, por iniciativa del Gobierno, el Estado se reserve la prestación de determinados servicios públicos o actividades rentísticas (art. 365 de la C.P.).

Delvolvé, op. cit., p. 146-154.

Sobre el particular, ver: Magide Herrero, Mariano. *Límites Constitucionales de las Administraciones Independientes*. En especial, ver los Capítulos V y VI "La independencia del Banco de España como autoridad monetaria. Un caso peculiar que ha de valorarse desde la perspectiva de su integración en el Sistema Europeo de bancos centrales", INAP. Madrid. 2000. Conseil d' Etat de France. *Etudes et Documents N° 52. 2001. Les autorités administratives indépendantes Raport Públic 2001*. Andrés Betancor Rodríguez. *Las autoridades independientes*. Tecnos. Madrid. 1994.

Interstate Commerce Commision (ICC) cuyo origen estuvo en la necesidad de proteger a los pequeños comerciantes sujetos al poder monopólico de los ferrocarriles y grandes transportadores.

Se observan dentro de las primeras creadas, el *Federal Reserve Board* en 1913, el *Federal Trade Commision* en 1915, la *Securities and Exchange Commision* en 1934, el *National Labor Relations Board* en 1935.

De acuerdo al artículo II de la Constitución Norteamericana, "el poder ejecutivo se confía al Presidente de los Estados Unidos". Por lo tanto, la administración "ejecutiva" es ejercida por las agencias ejecutivas mencionadas y por los ministros ("secretarios") que hacen parte del gabinete.

Es así, por ejemplo, como diferentes agencias independientes regulan la política monetaria (*Federal Reserve Board*), las operaciones bursátiles (*Securities and Exchange Commission*), las relaciones laborales (*National Labor Relations Board*), salud y seguridad laboral (*Occupational Safety and Health Review Commission*), las instalaciones nucleares (*Nuclear Regulatory Commission*), las telecomunicaciones y la televisión (*Federal Communications Commission*), la inmigración (*Immigration and Naturalisations Services*), el medio ambiente (*Environmental Protection Agency*).

Este procedimiento participativo fue establecido por una ley especial (*Administrative Procedure Act*) adoptada en 1946, la cual ha sido reformada varias veces y es la base del derecho administrativo de las regulaciones. Ver Stephen Breyer y Richard Stewart. *Administrative Law and Regulatory Policy*. Little, Brown and Company, Boston, 1985, 2nd Ed.

Office of Management and Budget (OMB).

Esto, a partir de una sentencia de 1935, en la cual la Corte Suprema de Justicia decidió que no era legal que el presidente Roosevelt despidiera antes de la terminación de su periodo, y sin motivo suficiente, al director de la *Federal Trade Commision*. Para la Corte Suprema, el Congreso tuvo la intención, acorde con la Constitución, de "crear un cuerpo independiente de toda autoridad ejecutiva, con excepción de la selección de su director, y libre de ejercer sus competencias sin la autorización de representantes de la administración". Sentencia *Humphrey's Executor v. United States*, 295 US 602. (1935).

Max Bellof y Gilliam Peele. *The Government of the United Kingdom*. W.W. Norton and Co. Londres. 1980, pág. 85 y ss.

Gentot Michel. *Les Autorités Administratives Indépendantes*, Mnontchrestien, Paris, 1991, p. 25.

De éstos, se calcula que alrededor de 2350 carecen de cualquier control del parlamento y menos de cien se someten a controles financieros. Esto de acuerdo a un estudio adelantado por el Instituto Adam Smith de Londres. En Gentot, op.cit. p. 26.

Gentot, op.cit. p. 30.

A pesar de que en algunas ocasiones las agencias reciben directivas provenientes de organismos políticos, éstas pueden ser interpretadas libremente por las aquellas, y no tienen un carácter vinculante ni obligatorio.

Ministerialfreien Raums.

Franck Moderne, *Étude Comparé*, en Claude Albert Colliard y Gérard Timsit, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, PUF, 1988, p. 206 y 207.

Por ejemplo, la televisión pública, los servicios postales y la infraestructura ferroviaria.

Giandomenico Majone, *La Communauté Européenne: Un État Régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996, p. 34.

Ver, por ejemplo, las sentencias del Consejo Constitucional No 84-173 DC del 26 de Julio de 1984. Por su parte el Consejo de Estado, por medio de sus reportes y estudios, estimó, desde 1983, legítimo utilizar la expresión "autoridades administrativas independientes" para designar este tipo de organismos. (*Étude de la Commission du Rapport et des Études de Conseil d'État, Études et Documents du Conseil d'État*, 1983-1984, p.13). Al respecto ver Conseil D'État, Rapport Public 2001. *Les autorités administratives indépendantes*. La Documentation Française. París, 2001.

Por ejemplo, el sector de seguros (*Commission du Contrôle des Assurances*), el sector audiovisual (*Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*), el sector bancario (*Commission Banquaire*), el sector bursátil (*Commission des Opérations de Bourse*).

Por ejemplo, la defensa de la libre competencia (*Conseil de la Concurrence*) y la defensa de los consumidores (*Commission de la Sécurité des Consommateurs*).

Se observan algunas excepciones. Por ejemplo, la ley francesa ha dispuesto que las decisiones del Consejo de la Competencia (*Conseil de la Concurrence*) son controvertibles ante el juez ordinario.

Betancor Rodríguez, Andrés. *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.

Un resumen general de estas controversias se encuentran en Colliard y Timsit, op. cit. Gentot, op. cit; Betancor, op. cit; Gérard Macore. *Les mutations du droit de l'administration: pluralisme et convergences*. L'Harmattan, París, 1995.

Respecto del alcance del control judicial sobre las decisiones de los órganos de regulación y los nuevos enfoques al respecto ver Christopher Edley. *Administrative Law: rethinking judicial control of bureaucracy*. Yale University Press. New Heaven, 1990.

Michel Gentot, cit., pág. 12.

Por ejemplo, sobre la conceptualización de la Comunidad Europea como un estado regulador. Ver Giandomenico Majone. *La Communauté Européenne: Un État Régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996.

Sentencia C-867 de 2001; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (En esta sentencia, la Corte Constitucional analizó algunas características de la intervención del Estado en la economía, al igual que los límites que debe observar el legislador cuando interviene en ella).

Así, por ejemplo, en la Sentencia C-649 de 2001, por medio de la cual la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad de la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar a quienes adelantan prácticas de competencia desleal, se indicó lo siguiente: "En anteriores pronunciamientos de esta corporación, se ha establecido la regla según la cual no es incompatible el ejercicio simultáneo de

funciones administrativas y judiciales por parte de las Superintendencias, siempre y cuando no se lesionen los derechos de los sujetos procesales ni se comprometa la imparcialidad del funcionario que está administrando justicia. Así, en la sentencia C-1641 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se afirmó que "*la ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejerce una función judicial*"; asimismo, se estableció que "*bien puede la ley atribuir funciones judiciales a las Superintendencias, tal y como lo hacen las disposiciones acusadas. Sin embargo, el actor acierta en señalar que en determinados casos, el ejercicio de esas competencias judiciales por esas entidades es susceptible de desconocer el debido proceso, pues si el funcionario que debe decidir judicialmente un asunto en esa entidad se encuentra sometido a instrucciones al respecto por sus superiores, o tuvo que ver previamente con la materia sujeta a controversia, es obvio que no reúne la independencia y la imparcialidad que tiene que tener toda persona que ejerza una función jurisdiccional en un Estado de derecho (CP art. 228).*" En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-1143 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)".

Sentencia C-272 de 1998; M.P. Alejandro Martínez Caballero (En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, disposición que autoriza al Presidente de la República a delegar en las comisiones de regulación el señalamiento de políticas generales de gestión y control de eficiencia de la prestación de servicios públicos domiciliarios. La Corte sostuvo que dicha norma no vulneraba los requisitos exigidos por la Carta para la delegación de funciones presidenciales).

Sentencia C-263 de 1996; M.P. Antonio Barrera Carbonell (En esta sentencia, la Corte resolvió declarar exequibles algunas expresiones contenidas en los artículos 154 y 159 de la ley 142 de 1994, que autorizan el conocimiento y resolución por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios del recurso de apelación como subsidiario del de reposición, contra las decisiones de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Para la Corte, la prestación de servicios públicos supone el ejercicio de funciones que determinan un tipo de relación reglamentaria, lo cual autoriza al legislador para disponer los mecanismos de vía gubernativa que permitan la revisión de las decisiones producidas con ocasión de la prestación del servicio).

Sentencia C-389 de 2002; M.P. Clara Inés Vargas Hernández (En esta sentencia, al analizar varias normas relativas al régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, la Corte estableció que la materia objeto de examen, al desarrollar el tema de la intervención de los diferentes agentes en el libre mercado, debía ser regulada por el legislador).

Sentencias C-791 de 2002; (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y C-265 de 2002; (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Sentencia C-791 de 2001; M.P. Eduardo Montealegre Lynett (En esta providencia, la Corte Constitucional declaró exequible el inciso 2º del artículo 46 de la ley 715 de 2001, el cual señala el alcance de las limitaciones a la actividad económica de las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS). La Corte declaró exequible la expresión demandada "bajo el entendido que mientras el legislador no señale los criterios específicos, la proporción de la UPC-S que fije el CNSSS para las entidades territoriales debe ser fijada de acuerdo a las competencias transferidas, sin que en ningún caso ellas reciban un monto inferior al cincuenta por ciento (50%) de los recursos destinados para las actividades de promoción y prevención en salud").

Sentencia C-265 de 2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (En esta providencia, la Corte declara inexequible el inciso tercero del artículo 64 de la Ley 675 de 2001, el cual establecía como condición para que los conjuntos urbanos se constituyeran en Unidades Inmobiliarias Cerradas el "no afectar significativamente el espacio público existente". Para tomar esta decisión la Corte consideró que dicha norma transgredía las limitaciones predicables de la labor legislativa cuando ésta regula aspectos del régimen de propiedad horizontal que pueden afectar el espacio público).

Sentencia C-265 de 2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, precitada.

Sentencia C-616 de 2002; M.P. Rodrigo Escobar Gil (En esta sentencia la Corte decidió declarar exequibles varias expresiones contenidas en los artículos 156, 177, 179, 181 y 183 de la Ley 100 de 1993, que facultan a las EPS para que presten directamente el servicio de salud a través de sus propias Instituciones, en detrimento de otras IPS independientes. La Corte consideró que dicha disposición no era contraria, de por sí, a los parámetros constitucionales de libre competencia).

Al respecto, pueden consultarse, entre muchas otras, la Sentencia C-521 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), en la cual se analizaron las condiciones que debía observar el servicio público de transporte para preservar la dignidad de los niños en el ámbito del Estado social de derecho; las sentencias C-383 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra; S.V. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-700 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; S.V. Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alvaro Tafur Galvis), en las cuales se analizaron las condiciones que debía observar el sistema crediticio para hacerlo compatible con el derecho a la vivienda digna consagrado en el artículo 51 Superior; y la Sentencia C-1064 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; S.V. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Clara Inés Vargas Hernández).

Así lo ha dicho la Corte desde sus inicios. En efecto, esta Corporación sostuvo que "[e]l Estado como instrumento de justicia social, basado en una economía social de mercado, con iniciativa privada, pero en la que se ejerce una cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos, permite corregir los excesos individuales o colectivistas. El sistema económico en el Estado social de derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social". Corte Constitucional, Sentencia T-533 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Sentencia T-499 de 1995; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Al establecer que el Colombiano es un Estado social de derecho (C.P., artículo 1º), la Carta hace explícito el poder deshumanizador de la pobreza y hace eco de la tesis según la cual la autonomía humana es sólo una ilusión mientras el individuo no haya resuelto sus necesidades materiales más básicas. En este sentido, la Corte ha señalado que "[l]a cláusula del Estado social de derecho, tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad" (SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Sentencia T-1083 de 2000; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre Estado de Derecho y democracia*. Ed. Trotta, Madrid. 2000, p. 37.

Sentencia C-389 de 2002; M.P. Clara Inés Vargas Hernández, precitada.

La Corte Constitucional sostuvo, en el mismo sentido, que "[u]na empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores" (Sentencia C-616 de 2001; M.P. Rodrigo Escobar Gil, precitada).

Obviamente, también son relevantes otros factores, tales como la capacidad de responder a las preferencias y gustos variables de los consumidores o la publicidad y el mercadeo.

Por ejemplo, desde una perspectiva general sobre diferentes "fallas de mercado", ver: Stephen Breyer. *Regulation and its Reform*. Harvard University Press. Cambridge, 1982; Richard J. Pierce, JR. and Ernest Gellhorn, *Regulated Industries*. West Publishing Co, 1994; y Jeffrey L. Harrison. *Regulation and Deregulation. Cases and Materials*. West Publishing Co. ST. Paul, Minn, 1997.

Por ejemplo, la Corte ha puesto de presente que el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la Constitución permite la existencia de bases de datos, cuya finalidad es garantizar la posibilidad de acceder a información relevante para el mercado. En efecto, "la información veraz en materia financiera protege la estabilidad del sector, pues el otorgamiento de créditos es una actividad que implica riesgos, y por ello es legítimo que las entidades financieras busquen conocer el comportamiento pasado de los aspirantes a préstamos". Sentencia C-687 de 2002; M.P. Eduardo Montealegre Lynett (En esta sentencia, la Corte declaró inexequible el artículo 19 de la Ley 716 de 2001, el cual fijaba un término de caducidad de los datos financieros negativos de los deudores. La Corte consideró que tal asunto regulaba directamente el derecho fundamental al *habeas data*, razón por la cual, al ser una ley ordinaria, violaba la reserva de ley estatutaria). No obstante, "la consagración de un término de caducidad del dato financiero regula estructuralmente el *habeas data* en materia financiera, pues establece las condiciones de tiempo en que las personas pueden exigir que sea removida una información negativa, que figura en una determinada base de datos" (ibidem).

Por ejemplo, en la Sentencia T-375 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte concedió una tutela interpuesta por un fabricante de velas que había interpuesto una queja de carácter comercial contra la accionada, razón por la cual ésta le había suspendido el suministro de la materia prima (parafina) que requería para la elaboración de las velas. Esta Corporación constató que en la región sólo la accionada distribuía parafina, de manera que la suspensión en el suministro, implicaba para el accionante la imposibilidad de continuar con su actividad económica. La Corte sostuvo: "La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando estas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación

hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente (C.P. art., 333)".

Por ejemplo, en la Sentencia T-604 de 1992; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional decidió una tutela interpuesta por un accionante residente en una zona periférica de una ciudad que consideraba que la omisión de la empresa transportadora encargada de prestar ese servicio público vulneraba su derecho a la libre locomoción, pues no recorría toda la ruta asignada. La empresa prestadora del servicio argumentó que no recorría el último tramo de la ruta asignada debido a que no era rentable. Esta Corporación sostuvo que el transporte público era necesario para garantizar la vigencia de varios derechos fundamentales, que la ruta en su totalidad era rentable y que por lo tanto la empresa tenía la obligación constitucional de cubrir el recorrido completo.

Por ejemplo, en la Sentencia T-425 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), la Corte conoció de una tutela interpuesta por un accionante a quien se le había prohibido tener máquinas de juegos electrónicos en un establecimiento de comercio, de acuerdo con las normas locales expedidas por el concejo municipal respectivo. La Corte sostuvo que sólo el Congreso tiene facultades para limitar la libertad económica de los ciudadanos.

Por ejemplo, en la Sentencia T-437 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte concedió la tutela interpuesta por una accionante cuyo vecindario era utilizado como terminal de una empresa de transporte. Una de las razones que acompañaron la decisión consistió en que "la empresa accionada utiliza el espacio público, de manera ilegítima y por fuera de lo contemplado en las normas pertinentes, para fines meramente privados -la realización de una actividad empresarial".

Este tema ha sido estudiado por la Corte en sentencias de ratificación de tratados internacionales. Al respecto, consultar las sentencias C-178 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-334 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) y C-581 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Sentencia C-389 de 2002; M.P. Clara Inés Vargas Hernández, precitada.

Sentencia C-616 de 2001; M.P Rodrigo Escobar Gil, precitada.

Agustín A. Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Macchi Buenos aires. Tercera Edición 1995. XV-3.

El inciso primero del artículo 371 de la C.P. indica: "El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio".

El inciso segundo del artículo 371 de la C.P. dispone: "Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito, y servir como agente fiscal del gobierno".

El artículo 372 de la C.P. dice: "La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley. Tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda, quien la presidirá. El Gerente del Banco será elegido por la junta directiva y será miembro de ella".

Artículos 76 y 371 de la C.P.

En los Estados Unidos el control del Congreso sobre algunos órganos de regulación independientes se llegó a manifestar en lo que se denominó el "veto congresarial", es decir, en la facultad de un comité del Congreso o de una de las Cámaras de objetar una regulación general. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional que el poder de veto atribuido al Presidente de la República respecto de los proyectos de ley fuera asignado por ley a una parte del Congreso respecto de regulaciones emanadas de agencias independientes del Ejecutivo. Ver caso INS v. Chadha, 462 US 919 (1983).

El artículo 71 de la Ley 142 de 1994 (parcialmente modificado por el artículo 1º de la Ley 373 de 1997) indica que las comisiones de regulación estarán integradas por: i) El Ministro respectivo o su delegado, quien la presidirá; ii) Cuatro expertos comisionados de dedicación exclusiva, designados por el Presidente de la República para períodos de tres años, reelegibles y no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa; y iii) El Director del Departamento Nacional de Planeación. Adicionalmente, a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento pertenece el ministro de Salud y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas el de Hacienda. El Superintendente de Servicios Públicos o su delegado asiste a las comisiones únicamente con voz.

El numeral 71.2 de la Ley 142 de 1994 señala que los comisionados serán "designados por el Presidente de la República para períodos de tres años, reelegibles y no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa". Ver al respecto parágrafo 2º de art. 71: "Parágrafo 2º. Al vencimiento del período de los expertos que se nombren, el Presidente no podrá reemplazar sino uno de ellos. Se entenderá prorrogado por dos

años más el período de quienes no sean reemplazados").

En particular, el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 prescribe: Contribuciones especiales. Con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, las entidades sometidas a su regulación, control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año conforme a las siguientes reglas: 85.1. Para definir los costos de los servicios que prestan las comisiones y la Superintendencia, se tendrán en cuenta todos los gastos de funcionamiento, y la depreciación, amortización u obsolescencia de sus activos, en el período anual respectivo. 85.2. La superintendencia y las comisiones presupuestarán sus gastos cada año y cobrarán dentro de los límites que enseguida se señalan, solamente la tarifa que arroje el valor necesario para cubrir su presupuesto anual. La tarifa máxima de cada contribución no podrá ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia y de las comisiones, cada una de las cuales e independientemente y con base en su estudio fijarán la tarifa correspondiente. 85.3. Si en algún momento las comisiones o la Superintendencia tuvieran excedentes, deberán reembolsarlos a los contribuyentes, o abonarlos a las contribuciones del siguiente período, o transferirlos a la Nación, si las otras medidas no fueran posibles. 85.4. El cálculo de la suma a cargo de cada contribuyente, en cuanto a los costos de regulación, se hará teniendo en cuenta los costos de la comisión que regula el sector en el cual se desempeña; y el de los costos de vigilancia, atendiendo a los de la Superintendencia. 85.5. La liquidación y recaudo de las contribuciones correspondientes al servicio de regulación se efectuará por las comisiones respectivas y las correspondientes al servicio de inspección, control y vigilancia estarán a cargo de la Superintendencia. 85.6. Una vez en firme las liquidaciones deberán ser canceladas dentro del mes siguiente. Se aplicará el mismo régimen de sanción por mora aplicable al impuesto sobre la renta y complementarios, sin perjuicio de las demás sanciones de que trata esta ley.

PARAGRAFO 1. Las comisiones y la Superintendencia se financiaran exclusivamente con las contribuciones a las que se refiere este artículo y con la venta de sus publicaciones. Sin embargo, el gobierno incluirá en el presupuesto de la Nación apropiaciones suficientes para el funcionamiento de las comisiones y de la Superintendencia durante los dos primeros años.

PARAGRAFO 2. Al fijar las contribuciones especiales se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos. Estos rubros podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia"

(subrayado agregado al texto).

El artículo 44 de la Ley 142 de 1994, establece: "Conflicto de intereses; inhabilidades e incompatibilidades. Para los efectos del funcionamiento de las empresas de servicios públicos y de las autoridades competentes en la materia, se establecen las siguientes inhabilidades e incompatibilidades: 44.1. Salvo excepción legal, no podrán participar en la administración de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos, ni contribuir con su voto o en forma directa o indirecta a la adopción de sus decisiones, las empresas de servicios públicos, sus representantes legales, los miembros de sus juntas directivas, las personas naturales que posean acciones en ellas, y quienes posean mas del 10% del capital de sociedades que tengan vinculación económica con empresas de servicios públicos. 44.2. No podrá prestar servicios a las comisiones de regulación ni a la Superintendencia de Servicios Públicos, ninguna persona que haya sido administrador o empleado de una empresa de servicios públicos antes de transcurrir un año de terminada su relación con la empresa ni los cónyuges o compañeros permanentes de tales personas, ni sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Esta misma inhabilidad se predica de los empleados de las comisiones o de la Superintendencia, sus cónyuges o parientes en los mismos grados, respecto de empleos en las empresas. Sin embargo, las personas aludidas pueden ejercitar ante las comisiones de regulación y ante la Superintendencia su derecho a pedir informaciones, a hacer peticiones, y a formular observaciones o a transmitir informaciones respecto a las decisiones que allí se tomen, o a los proyectos de decisiones que se les consulten. 44.3. No puede adquirir partes del capital de las entidades oficiales que prestan los servicios a los que se refiere esta Ley y que se ofrezcan al sector privado, ni poseer por sí o por interpuesta persona más del 1% de las acciones de una empresa de servicios públicos, ni participar en su administración o ser empleados de ella, ningún funcionario de elección popular, ni los miembros o empleados de las comisiones de regulación, ni quienes presten sus servicios en la Superintendencia de Servicios Públicos, o en los Ministerios de Hacienda, Salud, Minas y Energía, Desarrollo y Comunicaciones, ni en el Departamento Nacional de Planeación, ni quienes tengan con ellos los vínculos conyugales, de unión o de parentesco arriba dichos. Si no cumplieren con las prohibiciones relacionadas con la participación en el capital en el momento de la elección, el nombramiento o la posesión, deberán desprendérse de su interés social dentro de los tres meses siguientes al día en el que entren a desempeñar sus cargos; y se autoriza a las empresas a adquirir tales intereses, si fuere necesario, con recursos comunes, por el valor que tuviere en libros. Se exceptúa de lo dispuesto, la participación de alcaldes, gobernadores y ministros, cuando ello corresponda, en las Juntas Directivas de las empresas oficiales y mixtas. 44.4. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta Ley, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes".

Sobre el problema de la captura del órgano regulador por el regulado y las respuestas institucionales a este problema ver: Cass R. Sunstein. *After the Rights Revolution, Reconceiving the Regulatory State*. Harvard University Press. Cambridge, 1990.

Sentencia C-180 de 1994; M.P. Hernando Herrera Vergara (En esta sentencia, la Corte Constitucional conoció de la exequibilidad del proyecto de ley estatutaria de participación que habría de convertirse en la Ley 134 de 1994 "Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana").

Bénédicte Delaunay. *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1993, p. 38 y ss.

En efecto, la Ley 142 de 1994 dispone en el numeral 2.8. del artículo 2º que el Estado intervendrá para que haya "[m]ecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación"; el numeral 5.2 del artículo 5º establece que corresponde a los concejos municipales "[a]segurar en los términos de esta Ley, la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades que prestan los servicios públicos en el municipio"; el Capítulo I del Título V de dicha ley tiene por título "Control social de los servicios públicos domiciliarios"; el artículo 62 señala que "en todos los municipios deberán existir 'Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios' compuestos por usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno o más de los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, sin que por el ejercicio de sus funciones se causen honorarios"; el artículo 63 define las funciones de tales comités: "63.1. Proponer a las empresas de servicios públicos domiciliarios los planes y programas que consideren necesarios para resolver las deficiencias en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. 63.2. Procurar que la comunidad aporte los recursos necesarios para la expansión o el mejoramiento de los servicios públicos domiciliarios, en concertación con las empresas de servicios públicos domiciliarios y los municipios. 63.3. Solicitar la modificación o reforma de las decisiones que se adopten en materia de estratificación. 63.4. Estudiar y analizar el monto de los subsidios que debe conceder el municipio con sus recursos presupuestales a los usuarios de bajos ingresos; examinar los criterios y mecanismos de reparto de esos subsidios; y proponer las medidas que sean pertinentes para el efecto"; el artículo 80 trata sobre las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos en relación con la participación de los usuarios; por último, el numeral 105.5 del artículo 105 establece la necesidad de que se distinguirán las funciones del Superintendente relativas a las entidades prestadoras de los servicios públicos de las dirigidas a apoyar y garantizar la participación de los usuarios.

La Corte constata que en el derecho comparado los Congresos han ejercido dicha potestad de configuración de diferente manera. En un extremo se encuentra la experiencia norteamericana donde existe una ley general de participación ciudadana (Administrative Procedure Act) en los procedimientos de adopción de regulaciones generales (rule-making), en los procedimientos de resolución de cuestiones particulares (adjudication) y en procedimientos que combinan ambos aspectos (hybrid procedures). La formalidad de cada procedimiento varía, siendo mayor la del procedimiento de adjudicación administrativa en casos particulares. En reformas sucesivas a la ley original se han introducido mecanismos encaminados a promover la construcción de consenso en la adopción de la decisión y a identificar los costos y los beneficios de cada nueva regulación. En los estados federados las leyes estatales correspondientes también contienen significativas variantes. Ver Jim Rossi. *The 1996 Revised Florida Administrative Procedure Act: A Rulemaking Revolution or Counter-Revolution?* Administrative Law Review. Vol 49, Número 2 (1997), pág 345 y ss. En cambio, en Francia la participación en la toma de decisiones administrativas ha avanzado por áreas, en lugar de partir de una ley de participación administrativa general B. Delauray, op. cit., pág. 38 y ss.

Cfr. Folio 52

Cfr. Folio 52.

La Corte Constitucional ha realizado en otras oportunidades, análisis constitucionales de carácter global de acuerdo con la naturaleza de los cargos presentados por el demandante. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-374 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las presunciones de dolo o culpa grave, para determinar en una acción de repetición la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, de manera global por el cargo según el cual ellas vulneraban el derecho al debido proceso y la presunción de buena fe, consagrados en los artículos 29 y 83 de la Constitución. De igual manera, en la Sentencia C-734 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte Constitucional limitó el alcance de dicho fallo al cargo presentado por el actor, relativo a la vulneración de la equidad tributaria por parte del Gravamen a los Movimientos Financieros. La Corte indicó que como "el actor cuestiona el diseño legislativo del GMF en su conjunto, corresponde a la Corte adelantar un análisis global de las normas acusadas respecto del cargo según el cual ellas contravienen el principio de la equidad tributaria consagrada en los artículos 95-9 y 363 de la Constitución. Así pues, la decisión que profiera la Corte recae sobre la definición que, de manera integral se hace del GMF, y no sobre el contenido de cada una de las normas acusadas en particular. Si en el futuro llegaren a presentarse cargos específicos sobre cada norma o sobre parte de alguna de ellas, la Corte se pronunciará sobre su compatibilidad con la Constitución".

En efecto, sobre los servicios públicos domiciliarios, ver, entre otras, las siguientes sentencias sobre servicios públicos domiciliarios: C-066 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-252 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-284 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), C-444 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), C-272 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-1162 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-389 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández con salvamentos de voto de los Ms. Jaime Araujo Rentería y Alvaro Tafur Galvis) y C-041 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Así se deduce de lo prescrito en los numerales 73.11 y 73.20 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, de acuerdo con los cuales corresponde a las comisiones de regulación "señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre" y "[d]eterminar, de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas", respectivamente.

La Corte Constitucional ha analizado en varias oportunidades los requisitos que garantizan que la participación sea real y efectiva. Así por ejemplo, en la Sentencia C-350 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), la Corte se pronunció sobre el derecho de los usuarios del servicio público de televisión de participar en la definición de las políticas que lo rigen. Esta Corporación sostuvo que "es indiscutible que la televisión afecta en términos sustantivos la vida diaria del individuo, y que, a través de ella, quienes tengan acceso al uso del espectro electromagnético para fundar medios masivos de comunicación, tendrán la posibilidad de permear el tejido social y de encauzar el derrotero del grupo o comunidad que toman como "objeto", afectando y determinando sus modelos de vida. De ahí que la participación de los individuos que conforman esos determinados grupos o comunidades, en la definición de las políticas que la rijan, en la ejecución de dichas políticas y en la prestación misma del servicio en términos de programación, actividades todas en las que subyacen decisiones que los afectan, en el esquema de un Estado social de derecho, se convierte en un imperativo, en un fin esencial del Estado [...]. De otra parte, si se tiene en cuenta que la televisión es un servicio público, que como tal está supeditado a los mandatos del artículo 369 de la Carta Política, se encuentra que es obligación ineludible del legislador determinar "las formas de participación" de los usuarios del servicio, en la gestión y fiscalización del mismo y de las entidades responsables de su prestación, con lo que se identifica un fundamento más de rango constitucional para la realización del principio de participación, en lo que a la televisión se refiere, como imperativo en el Estado social de derecho. Además, la realización de dicho principio encuentra otro fundamento en la Carta Política, el consagrado en el artículo 270 superior que le atribuye al legislador la responsabilidad de organizar las formas y sistemas de participación ciudadana, que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos, y sus resultados. Es decir, que en el caso del servicio público de la televisión, el legislador tiene la responsabilidad de regular, a través del diseño de mecanismos y sistemas eficaces, el principio de participación ciudadana, pues, dadas sus características, la televisión es un servicio que afecta de manera sustancial e indiscriminada la vida de sus usuarios, los cuales, dada la cobertura creciente del mismo, equivalen prácticamente a la totalidad de la población". En esa ocasión la Corte declaró la exequibilidad del artículo 11 de la Ley 335 de 1996, relativo al defensor del televidente, "en el entendido de que dicha norma no se refiere a ninguna forma de participación ciudadana, para la gestión y fiscalización del servicio público de la televisión, ni la desarrolla. Dicha forma de participación deberá ser regulada por el legislador en el menor tiempo posible".

Cfr. Folio 52 del expediente.

Sobre este particular, la Corte expresó lo siguiente en la Sentencia C-616 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil): "Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren. [...] La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia".

Se advierte que la anterior, es la descripción de un mercado simple, en el que sólo se toma el precio de venta como factor de diferenciación entre bienes o servicios ofrecidos en el mercado. Un análisis más complejo incluye otras variables como calidad del producto, condiciones de venta, preferencias del consumidor, innovación tecnológica, entre muchos otros factores.

Ver, por ejemplo: Philip Hardwick, Bahadur Khan and John Langmead. *"Economía moderna"*. Minerva Ediciones; Madrid, 1994. En particular, en el Capítulo II, "La producción", se analiza el tema relativo a los costos decrecientes de producción en el largo plazo.

Así, por ejemplo, El numeral 67.2 del artículo 67 de la Ley 142 de 1994 prevé que corresponde al Ministerio de Minas y Energía, al de Comunicaciones y al de Desarrollo "[e]laborar máximo cada cinco años un plan de expansión de la cobertura del servicio público que debe tutelar el ministerio, en el que se determinen las inversiones públicas que deben realizarse, y las privadas que deben estimularse".

El artículo 97 de la Ley 142 de 1994 dispone: "Masificación del uso de los servicios públicos domiciliarios. Con el propósito de incentivar la masificación de estos servicios las empresas prestadoras de los mismos otorgarán plazos para amortizar los cargos de la conexión domiciliaria, incluyendo la acometida y el medidor, los cuales serán obligatorios para los estratos 1, 2 y 3. En todo caso, los costos de conexión domiciliaria, acometida y medidor de los estratos 1, 2 y 3 podrán ser cubiertos por el municipio, el departamento o la nación a través de aportes presupuestales para financiar los subsidios otorgados a los residentes de estos estratos que se beneficien con el servicio y, de existir un saldo a favor de la persona prestadora del servicio, se aplicarán los plazos establecidos en el inciso anterior, los cuales, para los estratos 1, 2 y 3, por ningún motivo serán inferiores a tres (3) años, salvo por renuncia expresa del usuario".

El artículo 89 de la Ley 142 de 1994 versa sobre la "[a]plicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos". La Corte se abstiene de citarlo integralmente debido a su extensión pero transcribe su inciso primero: "Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta Ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las

condiciones para aplicarlos al estrato 3".

Sentencia C-252 de 1997; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (En este fallo, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de varios de los artículos de la Ley 142 de 1994 en los que se desarrollan los criterios y mecanismos de los subsidios para los usuarios de los sectores de menores ingresos, tengan acceso al consumo básico de los servicios. Dicho fallo analizó las semejanzas que ha y entre el principio de equidad tributaria y el de solidaridad en materia de servicios públicos).

En la Sentencia C-252 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte analizó las similitudes entre el sistema tributario y el sistema tarifario de los servicios públicos y puso de presente que el principio de equidad del primero se manifiesta en tanto que principio de solidaridad del segundo. Esta Corporación indicó lo siguiente en esa ocasión: "No cabe duda de que en materia impositiva la Constitución defiere al legislador una amplia capacidad para establecer los tributos y fijar los sujetos activos y pasivos, los hechos imponibles, las bases gravables y las tarifas (C.P., arts 150-12 y 338). La cláusula de libertad impositiva, se reitera en el tema de las tarifas de las tasas y contribuciones que las autoridades pueden cobrar a los contribuyentes, a título de recuperación de los costos en razón de los servicios que les presten, en cuyo caso compete a la ley, las ordenanzas o acuerdos, definir el sistema y el método para calcular tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto. No obstante, la cláusula de libertad impositiva, como atribución constitucional radicada en los órganos de representación popular, está sujeta a varios límites de orden formal y material. Uno de ellos se deriva de las exigencias de los artículos 95-9 y 363 de la C.P., que obligan a que el sistema tributario se base en los principios de equidad, eficiencia, progresividad y seguridad (no retroactividad). Las normas tributarias están urgidas de legitimidad formal y sustancial. A la primera responde el procedimiento democrático que debe observarse para la aprobación de los tributos y contribuciones fiscales y parafiscales. La segunda sólo se satisface en la medida en que el deber tributario se enmarque en los conceptos de equidad, justicia y seguridad. De esto último se sigue una claro límite a la función impositiva y la habilitación correlativa a la jurisdicción constitucional para controlar sustancialmente, de conformidad con los señalados criterios, la obra legislativa".

El artículo 10 de la Ley 142 de 1994 contempla: "Libertad de empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley" (Nota adicionada en el proceso D-4194).

Sentencia C-041 de 2003; M.P. Jaime Córdoba Triviño (En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del cobro de un costo fijo por los servicios públicos en tanto que factor tarifario. También analizó algunos de los criterios que se deben observar para la fijación de las tarifas).

Cfr. folio 52 del expediente.

En efecto, esta Corporación ha señalado que:"[I]os servicios públicos como instancia y técnica de legitimación, no son fruto de la decisión discrecional del poder público sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (arts. 1 y 2 de la C.P.). A través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) de toda la población" (Sentencia T-001 de 1998; M.P. Antonio Barrera Carbonell, la cual a su vez cita la Sentencia T-540 de 1992; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En efecto, la Corte ha puesto de presente que "La Constitución de 1991 consagra disposiciones relativas a la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios, y establece la posibilidad de que haya participación cívica y comunitaria en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que los prestan. Al ser ésta una actividad que afecta directamente la vida de las personas, encaminada a satisfacer necesidades primarias de todos, y que debe responder en todos los casos a la prevalencia del interés general, como corresponde a la esencia misma del Estado Social de Derecho. La finalidad de la participación cívica y comunitaria, de conformidad con la Carta, fundamentalmente es que las personas se vinculen a la toma de decisiones públicas que las afecten, y en particular en el asunto sub exámine, tal participación está orientada a la gestión y fiscalización en las empresas estatales que presten el servicio (Sentencia C-585 de 1995; M.P. Hernando Herrera Vergara. En esta sentencia, la Corte analizó algunos aspectos de los mecanismos de participación que prevé la Ley 142 de 1994).

En el mismo sentido, por vía de tutela, la Corte Constitucional había advertido el significado que la Constitución da a la participación de los usuarios de los servicios públicos en su gestión y fiscalización. En efecto, esta Corporación sostuvo que "[I]a participación del usuario en la gestión y fiscalización de los servicios públicos permite al individuo experimentar personalmente las ventajas de su pertenencia al Estado social de derecho. En la práctica, sin embargo, la posición del ciudadano en la gestión de los servicios públicos deja mucho que desear. Históricamente ha primado una visión despótica del Estado que excluye a los particulares de participar en las decisiones que afectan su vida diaria. La instauración que una democracia participativa debe poner fin a esta situación. No obstante, no basta para asegurar la participación ciudadana, la mera consagración positiva de derechos constitucionales sino que, además, es necesario un desarrollo legislativo que involucre un sistema eficaz de recursos ágiles y sumarios y de mecanismos de participación efectiva. La democracia participativa como principio, finalidad y forma de

gobierno (CP Preámbulo, arts. 1 y 2) exige la intervención de los ciudadanos en todas las actividades confiadas a los gobernantes para garantizar la satisfacción de las necesidades crecientes de la población. Sin la participación activa de los ciudadanos en el gobierno de los propios asuntos, el Estado se expone a una pérdida irrecuperable de legitimidad como consecuencia de su inactividad frente a las cambiantes y particulares necesidades de los diferentes sectores de la sociedad. Para hacer realidad el fin esencial de Estado de "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación" (CP art. 2), el Constituyente previó la posibilidad de que la ciudadanía participe, a través de organizaciones representativas de usuarios y consumidores, en el proceso legislativo de regulación de los servicios públicos (CP art. 78), así como en la gestión y fiscalización de las empresas estatales encargadas de su prestación (CP arts. 369 y 48 transitorio). La Constitución no consagra un derecho fundamental a participar en la toma de decisiones administrativas en materia de servicios públicos. Corresponde al legislador consagrarse tales derechos y desarrollar los mecanismos de participación de conformidad con el marco constitucional que regula la materia" (Sentencia T-540 de 1992; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Sentencia C-041 de 2003 de 2003; M.P. Jaime Córdoba Triviño.

La Corte subraya que si bien con la Ley 489 de 1998 se abrieron canales importantes de participación, ninguno de ellos hace referencia directa al procedimiento para la fijación de las fórmulas tarifarias de los servicios públicos. En todo caso, se observa que el artículo 3º de dicha ley señala: "*Principios de la función administrativa*. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen". Sin embargo, el artículo 46 de la misma prevé: "*Comisiones de Regulación*. Las comisiones que crea la ley para la regulación, de los servicios públicos domiciliarios mediante asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, para promover y garantizar la competencia entre quienes los presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación".

Sobre este particular, es del caso tener en cuenta que, de acuerdo con el numeral 73.20 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, corresponde a las comisiones de regulación "[d]eterminar, de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas".

Sentencia C-580 de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz) reiterada por la Sentencia C-041 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Sentencia C-263 de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell (En esta sentencia la Corte declaró exequibles las expresiones de los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994 que regulaban lo concerniente al recurso de apelación ante las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios).

Sentencia C-389 de 2002; M.P. Clara Inés Vargas Hernández (En este fallo, la Corte analizó las características del contrato de prestación de servicios públicos y resaltó la necesidad de que las partes cumplan con sus respectivas obligaciones).

En la Sentencia C-389 de 2002, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del cobro de intereses de mora al usuario que se retrase en el pago del servicio previsto en el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, siempre y cuando al usuario residencial se le apliquen las normas sobre intereses moratorios contenidas en el Código Civil.

La Corte Constitucional ha señalado lo siguiente sobre la suspensión de los servicios públicos domiciliarios a los usuarios que incumplen su obligación de pagar, y las consecuencias que se derivan en caso de que la empresa prestadora no los suspenda: "Aunque no corresponde a un enunciado constitucional, puede en el plano legal estimarse plausible la tesis según la cual las empresas de servicios públicos pierden su derecho a exigir del propietario el pago total de la deuda causada por la prestación de un servicio cuando han omitido suspenderlo luego de que el usuario ha incumplido en el pago de tres facturas. La ley impone a las empresas la obligación de suspender el suministro, a más tardar, en ese momento. Y si la empresa no lo hace, debe asumir los riesgos que ello le genera". (Sentencia T-1016 de 1999; M.P. Carlos Gaviria Díaz).

En la sentencia T-881 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) la Corte afirmó que la situación financiera de las empresas de servicios públicos es esencial para la prestación los servicios públicos domiciliarios de manera efectiva y viable. Al respecto dice la providencia: "al verse comprometida la prestación del servicio público en condiciones de regularidad, calidad y universalidad, la situación patrimonial de las empresas de servicios públicos, de la que depende la operatividad del sistema y la prestación del servicio, pasa de ser un asunto exclusivamente patrimonial y privado a un asunto de extrema importancia pública y social".

Sentencia T-517 de 1994; M.P. Hernando Herrera Vergara.

En la sentencia C-389 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corte declaró exequible el artículo 141 de la Ley 142 de 1994 que permite a la empresa de servicio público tener por resuelto el contrato y proceder al corte del servicio, en casos como una reiterada suspensión del

servicio por falta de pago o la existencia de fraude. En el mismo sentido ver, entre otras, la sentencia T-598 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en la cual la Corte negó una acción tutela a un padre de familia que había dejado de pagar el servicio de agua.

Sentencia T-1016 de 1999; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (En esta sentencia, la Corte negó la tutela solicitada por una propietaria a quien la empresa de energía había suspendido el servicio, por haber incumplido el pago de varias facturas. La Corporación sostiene que, en el caso en que el propietario no tenga conocimiento del incumplimiento del inquilino o arrendatario, la empresa prestadora no puede suspender el servicio después de que, a causa de la omisión por parte de la misma, dejó acumular una deuda cuyo monto no puede ser cubierto por el propietario. Sin embargo, la Corte constata que en este caso la propietaria sí tenía conocimiento del incumplimiento del arrendatario y se abstuvo de solicitar la suspensión del servicio. También constató la Corte que la propietaria misma dejó de pagar más de tres facturas). En el mismo sentido, pueden consultarse, entre otras, la Sentencia T-927 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); la Sentencia T-1432 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); la Sentencia T-334 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño); y la Sentencia T-1225 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández). En estas sentencias la Corte señaló que las empresas prestadoras de servicios no pueden cortar el servicio a un propietario por causa del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el arrendatario o usuario anterior, en los casos en los que la misma empresa omitió suspender el servicio después de que el usuario había dejado de cancelar tres facturas. En el mismo sentido, la Sentencia C-493 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) declaró exequible la expresión "*El propietario del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos.*", del artículo 130 de la Ley 142 de 1994, bajo los entendidos mencionados anteriormente.

Así, la sentencia T-953 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) tuteló los derechos a la igualdad y al debido proceso de un usuario moroso del servicio de energía, contra quien se había seguido un procedimiento diferente para cortarle el servicio que el adelantado para los arrendatarios anteriores, con quienes la empresa fue más condescendiente.

Sentencia T-1150 de 2001, (M.P. Alvaro Tafur Galvis) adujo: "(L)as empresas de servicios públicos domiciliarios bien pueden suspender el servicio que prestan a los usuarios, porque tal proceder lo autoriza el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, pero para ello los recursos interpuestos por el usuario deben haber sido resueltos en tal sentido, lo que exige, como lo dispone la ley en cita, i) que la empresa relacione con la suspensión hasta tres de los últimos períodos pendientes de pago, ii) que el usuario haya sido enterado de que el servicio será suspendido, mediante escrito enviado por correo, publicado o entregado, o mediante comunicación verbal, de lo que se dejará constancia, iii) si enterado de la decisión el usuario eleva petición, presenta queja o reclamación, de ser necesario, la empresa decretará pruebas con el objeto de dilucidar las diferencias de información o de apreciación y, culminado el debate probatorio, la misma terminará su actuación con la expedición del acto administrativo que corresponda, el que también deberá notificarse para que el usuario, si lo considera, interponga los recursos de reposición y de apelación."

Así, la sentencia T-485 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) tutela el derecho al debido proceso de una persona que debía 28 meses de facturas de agua, pues suspendió el servicio sin haber respondido a los recursos interpuestos por el propietario.

Sentencia T-730 de 2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (En esta providencia, la Corte tuteló los derechos al debido proceso, en conexidad con el principio de la buena fe, de un propietario a quien había sido restituido un inmueble cuyos servicios se encontraban suspendidos. Esto, pues los arrendatarios anteriores no habían pagado los servicios públicos domiciliarios, sin que la empresa hubiere suspendido a tiempo el servicio. La Corte ordena a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá la reconexión del servicio de acueducto).

El artículo 9º de la Ley 142 de 1994 dispone lo siguiente: "Derecho de los usuarios. Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor. 9.1. Obtener de las empresas la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora, con atención a la capacidad técnica y financiera de las empresas o las categorías de los municipios establecida por la ley. 9.2. La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización. 9.3. Obtener los bienes y servicios ofrecidos en calidad o cantidad superior a las proporcionadas de manera masiva, siempre que ello no perjudique a terceros y que el usuario asuma los costos correspondientes. 9.4. Solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley y se cumplan los requisitos y condiciones que señale la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Parágrafo. Las Comisiones Reguladoras, en el ejercicio de las funciones conferidas por las normas vigentes, no podrá desmejorar los derechos de los usuarios reconocidos por la ley".

A continuación se transcriben las normas en cuestión. El artículo 133 de la Ley 142 de 1994 prescribe: "Recursos de los usuarios. Toda persona o grupo de personas podrá solicitar revisión del estrato que se le asigne. Los reclamos serán atendidos y resueltos en primera instancia por el comité de estratificación en el término de dos meses y las reposiciones por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios".

El artículo 131 de la Ley 142 de 1994 prescribe: "Deber de informar sobre las condiciones uniformes. Es deber de las empresas de servicios públicos informar con tanta amplitud como sea posible en el territorio donde prestan sus servicios, acerca de las condiciones uniformes de los contratos que ofrecen.

Las empresas tienen el deber de disponer siempre de copias de las condiciones uniformes de sus contratos; el contrato adolecerá de nulidad relativa si se celebra sin dar una copia al usuario que la solicite.

El artículo 133 de la Ley 142 de 1994 prescribe: "Abuso de la posición dominante. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas: 133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa; 133.2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito; 133.3. Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario; 133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite; 133.5. Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto; 133.6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede; 133.7. Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario; 133.8. Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería; 133.9. Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance; 133.10. Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos; 133.11. Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias; 133.12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta; 133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa; 133.14. Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que: a.- Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita, y b.- Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido; 133.15. Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta ley autorice lo contrario; 133.16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste: a.- Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o b.- Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o c.- Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva; 133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa; 133.18. Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe; 133.19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido. 133.20. Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año; 133.21. Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión; 133.22. Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato; 133.23. Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros; 133.24. Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual; 133.25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa; 133.26. Cualesquier otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta ley. La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado. Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción. Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada".

El artículo 136 de la Ley 142 de 1994 prescribe: "Concepto de falla en la prestación del servicio. La prestación continua de un servicio de buena calidad, es la obligación principal de la empresa en el contrato de servicios públicos. El incumplimiento de la empresa en la prestación continua

del servicio se denomina, para los efectos de esta ley, falla en la prestación del servicio. La empresa podrá exigir, de acuerdo con las condiciones uniformes del contrato, que se haga un pago por conexión para comenzar a cumplir el contrato; pero no podrá alegar la existencia de controversias sobre el dominio del inmueble para incumplir sus obligaciones mientras el suscriptor o usuario cumpla las suyas".

El artículo 147 de la Ley 142 de 1994 prescribe: "Naturaleza y requisitos de las facturas. Las facturas de los servicios públicos se pondrán en conocimiento de los suscriptores o usuarios para determinar el valor de los bienes y servicios provistos en desarrollo del contrato de servicios públicos. En las facturas en las que se cobren varios servicios, será obligatorio totalizar por separado cada servicio, cada uno de los cuales podrá ser pagado independientemente de los demás con excepción del servicio público domiciliario de aseo y demás servicios de saneamiento básico. Las sanciones aplicables por no pago procederán únicamente respecto del servicio que no sea pagado. En las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos podrá preverse la obligación para el suscriptor o usuario de garantizar con un título valor el pago de las facturas a su cargo. PARAGRAFO. Cuando se facturen los servicios de saneamiento básico y en particular los de aseo público y alcantarillado, conjuntamente con otro servicio público domiciliario, no podrá cancelarse este último con independencia de los servicios de saneamiento básico, aseo o alcantarillado, salvo en aquellos casos en que exista prueba de mediar petición, queja o recurso debidamente interpuesto ante la entidad prestataria del servicio de saneamiento básico, aseo o alcantarillado".

El artículo 152 de la Ley 142 de 1994 prescribe: "Derecho de petición y de recurso. Es de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos. Las normas sobre presentación, trámite y decisión de recursos se interpretarán y aplicarán teniendo en cuenta las costumbres de las empresas comerciales en el trato con su clientela, de modo que, en cuanto la ley no disponga otra cosa, se proceda de acuerdo con tales costumbres". El artículo 153 de la misma, señala: "De la oficina de peticiones y recursos. Todas las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios constituirán una "oficina de peticiones, quejas y recursos", la cual tiene la obligación de recibir, atender, tramitar y responder las peticiones o reclamos y recursos verbales o escritos que presenten los usuarios, los suscriptores o los suscriptores potenciales en relación con el servicio o los servicios que presta dicha empresa. Estas "oficinas" llevarán una detallada relación de las peticiones y recursos presentados y del trámite y las respuestas que dieron. Las peticiones y recursos serán tramitados de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición. El artículo 154 prescribe: "De los recursos. El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa proceden el recurso de reposición, y el de apelación en los casos en que expresamente lo consagre la ley. No son procedentes los recursos contra los actos de suspensión, terminación y corte, si con ellos se pretende discutir un acto de facturación que no fue objeto de recurso oportuno. El recurso de reposición contra los actos que resuelvan las reclamaciones por facturación debe interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de conocimiento de la decisión. En ningún caso, proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos. De los recursos de reposición y apelación contra los demás actos de la empresa que enumera el inciso primero de este artículo debe hacerse uso dentro de los cinco días siguientes a aquél en que la empresa ponga el acto en conocimiento del suscriptor o usuario, en la forma prevista en las condiciones uniformes del contrato. Estos recursos no requieren presentación personal ni intervención de abogado aunque se emplee un mandatario. Las empresas deberán disponer de formularios para facilitar la presentación de los recursos a los suscriptores o usuarios que deseen emplearlos. La apelación se presentará ante la superintendencia". El artículo 155 reza: "Del pago y de los recursos. Ninguna empresa de servicios públicos podrá exigir la cancelación de la factura como requisito para atender un recurso relacionado con ésta. Salvo en los casos de suspensión en interés del servicio, o cuando esta pueda hacerse sin que sea falla del servicio, tampoco podrá suspender, terminar o cortar el servicio, hasta tanto haya notificado al suscriptor o usuario la decisión sobre los recursos procedentes que hubiesen sido interpuestos en forma oportuna. Sin embargo, para recurrir el suscriptor o usuario deberá acreditar el pago de las sumas que no han sido objeto de recurso, o del promedio del consumo de los últimos cinco períodos. El artículo 156 indica: "De las causales y trámite de los recursos. Los recursos pueden interponerse por violación de la ley o de las condiciones uniformes del contrato. En las condiciones uniformes de los contratos se indicará el trámite que debe darse a los recursos, y los funcionarios que deben resolverlos". El artículo 157 señala: "De la asesoría al suscriptor o usuario en el recurso. Las personerías municipales deberán asesorar a los suscriptores o usuarios que deseen presentar recursos, cuando lo soliciten personalmente".

Artículos 128 a 131 de la Ley 142 de 1994.

Artículo 3º, 58 y 79 de la Ley 142 de 1994.

Leyes Número 83-675 de 1983, 83-634 97-135 de 1983 y 97-135 de 1997, en Pierres Esplugas, *Le Service Public*, Dalloz, 2002, 2da edición, p. 91.

Sentencias del Consejo Constitucional No 105 DC de 26 de Julio de 1979, y del Consejo de Estado del 6 de noviembre de 1985 asunto del Ministerio de Transporte contra Cie TAT., en Esplugas, op. cit. p. 26 y 27.

Sentencia del Consejo de Estado, 10 de Mayo de 1974, asunto *Denoyez et Chorques*, en Esplugas op.cit. p.28 y 29

Sentencia del Consejo de Estado, 25 de julio de 1969, asunto Vincent, en Esplugas, op.cit. p. 94.

Sentencia T-1108 de 2002 (MP Alvaro Tafur Galvis). El procedimiento para suspender el servicio está dispuesto en los artículos 130, 140, 152, 153 y 154 Ley 142 de 1994, artículos 18 y 19 Ley 689 de 2001; 44 y 47 C.C.A.- Los artículos 18 y 19 de la Ley 689 disponen: "Modifícase el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así: 'Artículo 130. Partes del contrato. Son partes del contrato la empresa de servicios públicos, el suscriptor y/o usuario. El propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos. Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad prestará mérito ejecutivo de acuerdo con las normas del Derecho Civil y Comercial. Lo prescrito en este inciso se aplica a las facturas del servicio de energía eléctrica con destino al alumbrado público. El no pago del servicio mencionado acarrea para los responsables la aplicación del artículo que trata sobre los 'deberes especiales de los usuarios del sector oficial'. Parágrafo. Si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá dos períodos consecutivos de facturación, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio. Si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma". El artículo 19 Ley 689 señala: "Modifícase el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así: 'Artículo 140. Suspensión por incumplimiento. El incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios y en todo caso en los siguientes: La falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas. Es causal también de suspensión, la alteración inconsulta y unilateral por parte del usuario o suscriptor de las condiciones contractuales de prestación del servicio. Durante la suspensión, ninguna de las partes puede tomar medidas que hagan imposible el cumplimiento de las obligaciones reciprocas tan pronto termine la causal de suspensión. Haya o no suspensión, la entidad prestadora puede ejercer todos los derechos que las leyes y el contrato uniforme le conceden para el evento del incumplimiento". Por su parte los artículos 152, 153 y 154 de la Ley 142 prevén: "Derecho de petición y de recurso. "Es de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos. Las normas sobre presentación, trámite y decisión de recursos se interpretarán y aplicarán teniendo en cuenta las costumbres de las empresas comerciales en el trato con su clientela, de modo que, en cuanto la ley no disponga otra cosa, se proceda de acuerdo con tales costumbres" (art. 152); "De la oficina de peticiones y recursos. Todas las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios constituirán una 'oficina de peticiones, quejas y recursos', la cual tiene la obligación de recibir, atender, tramitar y responder las peticiones o reclamos y recursos verbales o escritos que presenten los usuarios, los suscriptores o los suscriptores potenciales en relación con el servicio o los servicios que presta dicha empresa. Estas "oficinas" llevarán una detallada relación de las peticiones y recursos presentados y del trámite y las respuestas que dieron. Las peticiones y recursos serán tramitados de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición" (art. 153); y "El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa proceden el recurso de reposición, y el de apelación en los casos en que expresamente lo consagre la ley. No son procedentes los recursos contra los actos de suspensión, terminación y corte, si con ellos se pretende discutir un acto de facturación que no fue objeto de recurso oportuno. El recurso de reposición contra los actos que resuelvan las reclamaciones por facturación debe interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de conocimiento de la decisión. En ningún caso, proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos. De los recursos de reposición y apelación contra los demás actos de la empresa que enumera el inciso primero de este artículo debe hacerse uso dentro de los cinco días siguientes a aquél en que la empresa ponga el acto en conocimiento del suscriptor o usuario, en la forma prevista en las condiciones uniformes del contrato. Estos recursos no requieren presentación personal ni intervención de abogado aunque se emplee un mandatario. Las empresas deberán disponer de formularios para facilitar la presentación de los recursos a los suscriptores o usuarios que deseen emplearlos. La apelación se presentará ante la superintendencia" (art. 154).

"El ejercicio de la función administrativa por parte de todas las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios encuentra una preceptiva mucho más comprensiva en el inciso primero del artículo 154 de la ley 142, que al respecto permite circunscribir como actos administrativos propios de tales empresas y entidades los de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación, y por supuesto, las decisiones que se produzcan en sede empresarial con ocasión del recurso de reposición. Con un sentido residual los artículos 106 a 115 de la ley de servicios establecen los procedimientos administrativos a seguir para dictar actos unilaterales por parte de quienes en forma temporal o permanente revistan la condición de autoridad; es decir, se trata de unas disposiciones referidas tanto a quienes presten servicios públicos domiciliarios como a las autoridades públicas pertenecientes o relacionadas con este sector, v.gr. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Comisiones de Regulación, Ministerios, etc. Siendo a la vez patente la primacía de tales procedimientos frente a las reglas del Código Contencioso Administrativo (art. 1, inc. 1º del CCA). Por consiguiente, en lo atinente a la función administrativa el Estatuto Contencioso mantiene su condición subsidiaria y residual en todos los casos que la preceptiva sobre servicios públicos domiciliarios carezca de reglas aplicables a determinados asuntos o hipótesis" (Sentencia C-558 de 2001; M.P. Jaime Araujo Rentería).

Sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

Sentencia T-1108 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) y T-485 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), ya citadas. De acuerdo a estos elementos de juicio, la Corte ha protegido el debido proceso de usuarios o propietarios a quienes se les han suspendido servicios públicos domiciliarios sin respetar su derecho al debido proceso. En la sentencia T-1020 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra) la Corte tutela el derecho al debido proceso de unas personas a las que se les había cortado el servicio sin el seguimiento de éste proceso.

Sentencia T-380 de 1994; M.P. Hernando Herrera Vergara (En esta providencia la Corte considera que la suspensión del servicio de energía de un colegio público constituye una violación al derecho a la educación de sus estudiantes y previene a la empresa de energía que cuando esté de por medio éste derecho se abstenga de cortar el servicio. Este precedente es reiterado en la sentencia T-018 de 1998 (Carlos Gaviria Díaz), en la cual se ordena a la empresa prestadora el restablecimiento del servicio a un establecimiento educativo de naturaleza pública. En ambos casos, la Corte también ordena al municipio en cuestión que incluya en el presupuesto una partida para el pago de los servicios de sus escuelas).

En la sentencia T-235 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). En el mismo sentido, ver la sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en la cual, a pesar de haber negado la tutela pues el servicio de energía ya había sido restablecido, la Corte ordenó a la empresa de servicios "abstenerse en lo sucesivo de realizar cortes o racionamientos de energía eléctrica en la Cárcel Distrital de Cartagena, por tratarse de un bien constitucionalmente protegido en los términos de esta sentencia".

Sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett). Adicionalmente, la sentencia impidió una serie de órdenes para que los establecimientos o entidades mencionados pagaran las obligaciones adquiridas en virtud de los contratos de energía eléctrica que habían incumplido.

Sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

En la Sentencia T-485 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte analizó el derecho de los usuarios a que sus recursos sean resueltos antes de que se les corte el servicio. De igual manera los artículos 152 a 158 de la Ley 142 de 1994 versan sobre los derechos de defensa del usuario en sede de la empresa.

En la Sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), la Corte sostuvo que "contra el acto de suspensión del servicio que realice la empresa proceden los recursos de reposición, y de apelación".

Sobre este punto, ver la Sentencia T-1108 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), donde se desarrolló ampliamente el tema.

Sobre este punto, ver la Sentencia T-730 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Sobre este punto, pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias: la sentencia T-235 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), respecto de cárceles; la Sentencia T-380 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara), respecto de colegios públicos; y la Sentencia T-881 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), respecto de hospitales, acueductos y establecimientos relacionados con la seguridad ciudadana.

Sobre este punto, ver la Sentencia T-881 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Fecha y hora de creación: 2026-01-11 11:07:51