

Sentencia C-172/14

CONTROL ATRIBUIDO DE MANERA PRIVATIVA A LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA-Corresponde a potestad de configuración del legislador para asignar y distribuir funciones entre distintos órganos y autoridades de la administración nacional

SERVICIOS PUBLICOS-Marco constitucional/SERVICIOS PUBLICOS-Pueden ser prestados por el Estado, de manera directa o indirecta, por intermedio de comunidades organizadas o por particulares/SERVICIOS PUBLICOS-Regulación, control y vigilancia por el Estado

Es sabido que el Constituyente de 1991 reconoció a Colombia como un Estado social y democrático de Derecho, fundado en pilares como el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general (art. 1 CP). Al mismo tiempo señaló los fines esenciales del Estado y el compromiso de las autoridades de velar por la realización efectiva de los deberes sociales (art. 2). La adopción de este modelo representó una profunda revisión axiológica y simultáneamente se tradujo en una nueva configuración institucional en asuntos particularmente sensibles como el de los servicios públicos, que la doctrina autorizada ha considerado incluso como uno de los asuntos con “tanta o más importancia que muchos de los temas clásicos del derecho constitucional. No en vano la Constitución dedicó un apartado exclusivo a los servicios públicos (capítulo 5, Título XII), justamente teniendo en cuenta su notable incidencia en la calidad de vida y la dignidad de las personas, así como el importante rol que cumplen en el desarrollo económico de la sociedad. Dentro de ese marco constitucional, que es mucho más amplio, lo primero que hay que destacar es la consagración expresa de los servicios públicos como “inherentes a la finalidad social del Estado”, a quien le asignó la tarea de “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (art. 365). Se caracterizan además porque efectivizan otros derechos como la dignidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad; tienen vocación de universalidad; pueden ser prestados por el Estado, de manera directa o indirecta, por intermedio de comunidades organizadas o por particulares; se consideran un asunto de Estado por cuanto se encuentran en la esfera de lo público ante la obligación que recae en él de asegurar su prestación eficiente; se sujetan a un régimen

jurídico especial, donde el Estado tiene un deber de regulación, control y vigilancia permanente; su régimen tarifario exige tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; pueden ser estatizados por razones de soberanía o de interés social una vez se indemnice a los particulares afectados con tal medida; su prestación será descentralizada, en tanto corresponde su ejecución a las entidades territoriales; el pago de subsidios a estratos pobres involucra recursos de la Nación y de las entidades territoriales.

REGULACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS-Forma de intervención del Estado en la economía

En palabras de la Corte Constitucional, la regulación de los servicios públicos se proyecta como una de las formas de intervención del Estado en la economía. Así, respecto de la libre competencia económica, que se refleja en la tensión de intereses entre los agentes que participan en la prestación de servicios públicos, el rol del Estado se orienta a remover los obstáculos indebidos, “para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos”.

REGULACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Reserva de ley

Con relación a los servicios públicos, por ejemplo, el artículo 365 de la Constitución señala que “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”; el artículo 367 dispone que “la 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 más adelante concluye que “la ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas”. Asimismo, de acuerdo con el artículo 369, “la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de prestación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio”; y la misma norma le impone el deber de definir “la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios”.

LIBERTADES ECONOMICAS-Contenido y alcance

LIBERTADES ECONOMICAS-Corresponde al legislador concretar los instrumentos de protección

REGIMEN JURIDICO ESPECIAL QUE DEBE DEFINIR EL LEGISLADOR EN MATERIA DE SERVICIOS PUBLICOS-Comprende

El régimen jurídico especial que debe definir el Legislador en materia de servicios públicos comprende: (i) competencia, (ii) responsabilidades relativas a su prestación, (iii) cobertura, (iv) calidad y financiación, (v) régimen tarifario; (vi) deberes y derechos de los usuarios, (vii) régimen de protección, (viii) formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio; y finalmente, (ix) lo concerniente a las facultades del Presidente de la República, a quien corresponde señalar, con sujeción a la Ley, qué políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios deben aplicarse; así como ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los prestan.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SERVICIOS PUBLICOS-Facultad para distribuir competencias entre diferentes autoridades, o entre éstas y los particulares cuando cumplan funciones públicas

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Gradación del margen

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Legislator debe respetar criterios de razonabilidad y proporcionalidad

FUNCIONES DE INSPECCION, CONTROL Y VIGILANCIA A PRESTACION EFICIENTE Y OPORTUNA DE SERVICIOS PUBLICOS-Constitución establece reparto funcional de competencias, en especial entre el Congreso y el Presidente de la República

Según el artículo 150, al Congreso le compete “expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señale la Constitución” (numeral 8º), y específicamente “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos” (numeral 23). En concordancia con ello, el Presidente de la República debe “ejercer la inspección y vigilancia

de la prestación de los servicios públicos” (art. 189, núm. 22). Atendiendo esa genérica distribución de competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo, la Corte ha explicado que “el Congreso fija las directrices de acción en estas áreas [inspección, control y vigilancia] y el Gobierno las desarrolla, las lleva a la práctica”. Asimismo, teniendo en cuenta que se trata de funciones de naturaleza eminentemente administrativa, el Congreso puede autorizar la delegación o desconcentración mediante la creación de instituciones especializadas, como ocurre con las superintendencias, que en el marco de la estructura de la administración pública cumplen esta clase de funciones, siempre bajo la vigilancia y control del Presidente de la República en su condición de suprema autoridad administrativa.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Estructura de la administración nacional

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DETERMINACION DE ESTRUCTURA ORGANICA Y FUNCIONAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Jurisprudencia constitucional

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Grado de discrecionalidad en determinación de funciones administrativas de inspección, control y vigilancia no es absoluto

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Señalamiento de políticas generales de administración y control de eficiencia/SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Control, inspección y vigilancia de entidades prestadoras por medio de Superintendencia

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SERVICIOS PUBLICOS-Facultad para que competencias administrativas de inspección, control y vigilancia radique en una única entidad como la SSPD o por el contrario opte por establecer un reparto de competencias

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SERVICIOS PUBLICOS-Reglas

Algunas reglas acerca de la competencia y límites del Legislador para regular los servicios públicos, en general; y diseñar los mecanismos y funciones de inspección, control y vigilancia administrativa en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, en particular: (i) La prestación adecuada y eficiente de servicios públicos representa uno de los fines sociales “del Estado”, lo cual significa que en su realización no está comprometida ninguna entidad en concreto sino todas las autoridades, por supuesto dentro del marco de sus

competencias funcionales. (ii) En materia de servicios públicos domiciliarios la Constitución no definió las competencias de cada una de las autoridades responsables, de manera que por su estirpe democrática es el Congreso de la República el primer llamado a adoptar una regulación en la que se delimite el alcance de esas obligaciones. Por ello, el amplio margen de configuración para regular los servicios públicos implica que, en cuanto sea posible, el juez constitucional debe preferir las reglas democráticas plasmadas en la ley. (iii) La SSPD no es la única entidad que cumple funciones de inspección, control y vigilancia en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios. Esa no fue la voluntad del Constituyente; por el contrario, una interpretación sistemática de la Carta Política demuestra que en ella se han previsto diferentes tipos de control en relación con los servicios públicos. A modo simplemente enunciativo se puede señalar el control político que ejercen tanto el Congreso como los concejos municipales, el control fiscal a cargo de la Contraloría General y de las contralorías territoriales, las atribuciones concurrentes de las entidades territoriales, el control judicial indirecto, la facultad del Presidente de la República para fijar -con sujeción a la ley- las políticas generales de administración y control de eficiencia, las competencias de las Comisiones de Regulación, entre otros. (iv) En el ámbito de los servicios públicos las funciones administrativas de inspección, control y vigilancia están radicadas en el Presidente de la República, en su condición de suprema autoridad administrativa (reserva constitucional), aun cuando el Congreso puede autorizar su delegación o desconcentración mediante la creación de instituciones especializadas como las superintendencias. (v) La Constitución dispuso directamente la existencia de una entidad especializada a través de la cual el Presidente ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios -la SSPD-. Sin embargo, la propia Constitución aclara que las funciones específicas de dicha entidad serán delimitadas por el Legislador. (vi) Es constitucionalmente válido que el Legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, radique en una única entidad como la SSPD todas las competencias administrativas de inspección, control y vigilancia a la prestación de servicios públicos domiciliarios (criterio orgánico), o por el contrario opte por establecer un reparto de competencias teniendo en cuenta la naturaleza misional de cada entidad, su vocación técnica y su grado de especialidad (criterio funcional), con el objeto de racionalizar su actividad y garantizar principios como el de eficiencia en el cumplimiento de las funciones administrativas. (vii) En todo caso, la delimitación de las competencias de la SSPD y de cualquier otra autoridad debe fundarse en criterios objetivos constitucionalmente legítimos; esto es, que atiendan

parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. En esa medida, el Presidente de la República debe mantener inalterada su condición de suprema autoridad administrativa; la regulación no puede llegar al extremo de vaciar de contenido las funciones asignadas por la Carta Política –aunque de manera genérica- a la SSPD; ni puede despojarse a cualquier otra autoridad de las competencias constitucionales expresamente asignadas.

REGIMEN DE SERVICIOS PUBLICOS-Contenido/REGIMEN DE SERVICIOS PUBLICOS-objetivos

FUNCIONES DE INPECCION, CONTROL Y VIGILANCIA DE LA SSPD EN REGIMEN DE SERVICIOS PUBLICOS-Alcance

Referencia: expediente D-9827

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 6 (parciales) de la ley 1340 de 2009, “por medio de la cual se dictan normas en materia de protección a la competencia”.

Accionante:

Paula Carolina Tejada Orozco

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil catorce (2014).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto ley 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241-4 de la Constitución, la

ciudadana Paula Carolina Tejada Orozco impugnó algunas expresiones de los artículos 6, 8, 28 y 33 de la ley 1340 de 2009, “por medio de la cual se dictan normas en materia de protección a la competencia”, por considerar que vulneran los artículos 4º, 365 y 370 de la Carta Política .

Admitida la demanda por Auto del veintidós (22) de septiembre de 2013, el magistrado sustanciador dispuso su fijación en lista y simultáneamente corrió traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor. En la misma providencia ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio de Interior, al Ministerio de Justicia, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a la Superintendencia de Industria y Comercio, y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; e invitó a la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y Actividades Complementarias (Andesco), a la Asociación de Operadores de Televisión por Suscripción y Satelital de Colombia, a la Confederación Colombiana de Consumidores, a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), así como a las facultades de Derecho de las universidades del Externado de Colombia, Javeriana, Libre de Colombia, Nacional de Colombia, del Rosario y Sergio Arboleda, para que intervinieran impugnando o defendiendo las normas acusadas parcialmente.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el decreto ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcriben las normas impugnadas y se subrayan los apartes acusados, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial 47.420 del 24 de julio de 2009:

“LEY 1340 DE 2009

(julio 24)

Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

“ARTÍCULO 2o. AMBITO DE LA LEY. Adiciónase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor:

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”.

(...)

“ARTÍCULO 6o. AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

PARÁGRAFO. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio”.

III. LA DEMANDA

La ciudadana considera que las expresiones impugnadas desconocen los artículos 4º, 365 y 370 de la Carta Política.

Explica que la importancia que se otorgó a los servicios públicos domiciliarios se vio

reflejada en la existencia de un órgano encargado de su veeduría, siendo el único de creación constitucional, al que por esa misma vía se le asignaron de manera expresa las funciones que debía desempeñar, limitándose con ello la facultad de regulación del Legislador. Considera que esa orientación tiene como propósito alcanzar una adecuada prestación, la materialización de los derechos fundamentales, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, reservando a una única autoridad las tareas de inspección, control y vigilancia, “que por su especificidad ejercerá las funciones asignadas constitucionalmente de manera privativa”, lo cual incluye verificar el cumplimiento de las normas sobre régimen de competencia, que por tanto no puede ser trasladado a otra autoridad como lo hacen las normas acusadas al atribuir funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Recuerda que en la sentencia C-599 de 1996 la Corte declaró inexecutable los artículos 63.5 y 82 de la ley 142 de 1994, por cuanto otorgaban a los personeros municipales funciones reservadas constitucionalmente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En segundo lugar, la demandante sostiene que la incompatibilidad de las normas acusadas con el artículo 370 de la Constitución conduce, a su vez, al menoscabo del artículo 4º superior[2]. Añade que el Legislador “quebrantó el mínimo al que debía ceñirse en el ejercicio de sus funciones, pues dentro de la cláusula general de competencia en relación con la inspección, vigilancia y control de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, debió acatar lo dispuesto en el artículo 370 constitucional, norma que le impide establecer una excepción y delegar la facultad constitucional en otra entidad distinta a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como en efecto lo hizo”.

Finalmente, la ciudadana alega que los preceptos acusados riñen con el artículo 365 de la Constitución[3]. Recuerda que esa norma reconoce a los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado, lo cual guarda relación con la existencia de una entidad a cargo de su vigilancia y control. Asimismo, pone de presente que en los debates en el Congreso que dieron origen a la ley en cuestión, la entonces Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios dejó constancia de la necesidad de respetar las competencias constitucionales de esa entidad en cuanto al régimen general de competencia, como una forma de velar por los derechos e intereses de los usuarios (Gaceta del Congreso 305 de 2010).

En su criterio, debido a sus particularidades la prestación de servicios públicos domiciliarios se diferencia de otros agentes del mercado, donde no hay usuarios sino compradores, no hay tarifas sino precios, y no hay subsidios tendientes a lograr una mayor cobertura. Por ello, sostiene, el Constituyente consagró un escenario propio para ejercer el control, inspección y vigilancia dentro del contexto de los servicios públicos.

Concluye que si bien existe la libre actividad económica y la iniciativa privada, hay también un marco constitucional diseñado específicamente para la regulación y control a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que no puede ser alterado por el Legislador al despojarla de sus atribuciones y radicarlas en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por lo anterior, solicita declarar inexecutable las expresiones acusadas de los artículos 2 y 6 de la ley 1340 de 2009. Subsidiariamente pide declarar su exequibilidad, “en el entendido que la Superintendencia de Servicios Públicos, en el ámbito de su competencia, conocerá de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal de las empresas prestadoras de servicios públicos”.

IV. INTERVENCIONES

1.- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

El apoderado de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República defiende la constitucionalidad de las normas demandadas.

Sostiene que el artículo 370 de la Carta Política “establece una regla específica, pero no excluyente, en materia de vigilancia de las empresas de servicios públicos domiciliarios”. Al respecto indica que dicho precepto encomienda a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el control, la inspección y vigilancia con el fin de garantizar la eficiente prestación del servicio al usuario, de manera que en aspectos diversos que no involucran ese criterio pueden concurrir otras autoridades públicas.

Aclara que en la sentencia C-599 de 1996 la Corte declaró inexecutable la norma que otorgaba a los personeros municipales la facultad de multar a las empresas de servicios públicos domiciliarios en asuntos propios de la Superintendencia, pero también avaló la potestad de sancionar a los funcionarios de esas empresas, precisamente porque no son aspectos vinculados directamente con la prestación del servicio.

Con fundamento en lo anterior, advierte que las atribuciones que la ley 1340 de 2009 otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio no están referidas a la prestación de servicios públicos a los usuarios, sino a la imposición de sanciones en caso de infracción a las reglas sobre competencia, por lo que no se desconoce el ordenamiento superior. Por el contrario, concluye, las normas para asegurar la libre competencia y restringir la competencia desleal se proyectan transversalmente en la economía, de manera que es legítimo someterlas a dinámicas específicas bajo el control de una autoridad especializada.

2.- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones

El apoderado del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones solicita a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas.

Recuerda que con la expedición de la ley 1340 de 2009 el Congreso de la República pretendió centralizar en una entidad las funciones de vigilancia y control para garantizar con ello la libre competencia en todos los mercados. Apoyado en la sentencia C-1344 de 2000, señala que el Legislador está facultado para concentrar en un solo órgano (como la Superintendencia de Industria y Comercio) la función de velar por la libre y leal competencia, por cuanto las reglas en la materia no están fijadas desde la Constitución.

3.- Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

El apoderado del Ministerio Industria, Comercio y Turismo interviene ante la Corte para pedir que declare la constitucionalidad de los artículos impugnados.

En su concepto, del texto del artículo 370 de la Carta Política “no se puede concluir que dentro de las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se encuentra la de proteger la competencia desde el punto de vista de las condiciones

actuales de los mercados, de manera transversal, tales como actos de confusión, engaño y pactos desleales de exclusividad, actos y conductas contrarios a la buena fe y a los usos honestos en materia industrial y comercial, entre otros, que tienen como principal fin proteger al consumidor y al mercado en general”, y que no riñen con las atribuciones de dicha entidad.

Refuerza su postura con la sentencia C-1344 de 2000, para indicar que la Constitución no exige que la aplicación de las normas en materia de libre competencia esté reservada a una entidad en particular.

4.- Superintendencia de Industria y Comercio

El apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio solicita a la Corte declarar exequibles los artículos demandados.

Comienza por ilustrar el contexto en el cual se expidió la ley 1340 de 2009. En tal sentido, recuerda que la normativa anterior probó ser inadecuada para defender las libertades económicas y sancionar las prácticas restrictivas o los abusos de la posición dominante en el mercado. Explica que las autoridades encargadas tenían criterios jurídicos y económicos diferentes sobre un mismo régimen, lo cual generó inseguridad jurídica y produjo una aplicación desigual de las normas de competencia; surgieron conflictos de competencia ante la dificultad de delimitar las atribuciones de cada entidad; las autoridades sectoriales no tenían un conocimiento técnico del régimen de libre competencia; y se impidió un desarrollo coherente, técnico y uniforme para investigar y sancionar conductas contrarias a la ley. Por todo ello, continúa el interviniente, el Congreso decidió acoger las recomendaciones de instancias internacionales para designar a la Superintendencia de Industria y Comercio como única autoridad de protección de la competencia en Colombia, atribuyéndole la función de investigar y sancionar las prácticas restrictivas del libre mercado.

Según su criterio, el artículo 370 de la Constitución no atribuyó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la facultad de ejercer “todas las funciones estatales que impliquen algún grado o alguna modalidad de inspección, vigilancia y control sobre una entidad que presta servicios públicos”, sino “solamente aquellas que tienen relación directa con la forma en que se presta el servicio público, tales como la inspección, vigilancia y

control de la calidad del servicio, su eficiencia, cobertura, su prestación continua e ininterrumpida, régimen tarifario, régimen de subsidios, etc., según específicos mandatos legales”. Aceptar la tesis contraria, precisa el interviniente, conllevaría al absurdo de aceptar que las facultades de inspección, vigilancia y control que ejerce la DIAN en materia tributaria, o las que ejerce el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social respecto de las obligaciones laborales, deberían estar radicadas en la misma entidad. Así, considera que las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal “constituyen un régimen suprasectorial y transversal a todos los sectores de la economía, independientemente del servicio de que se trate”.

De otra parte, recuerda que la Carta Política señala que la protección a la competencia se sujetará a la regulación que defina la ley, de modo que el Legislador es libre de adoptar el modelo de control que considere conveniente, sea este difuso o concentrado. En su sentir, las reglas para proteger el mercado encuentran sustento en los artículos 333 y 334 de la Constitución, y no en los artículos 365 y siguientes, relacionados con la prestación de servicios públicos como uno de los fines sociales del Estado.

Concluye que “ni el traslado de competencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ni la retoma de las mismas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio como consecuencia de la expedición de la reciente ley 1340 de 2009, es un tema de raigambre constitucional directo, como erróneamente lo plantea el accionante (sic), sino que es clara consecuencia de la libertad de configuración en materia de libre competencia radicada en cabeza del legislador ordinario”.

Desde otra perspectiva, pone de presente que en el Congreso de la República, durante los debates del proyecto que se convirtió en ley 1340 de 2009, se cuestionó la eficiencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y se reconoció la conveniencia de unificar en la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de velar por el cumplimiento de las normas sobre libre competencia económica. Asimismo, señala que para la época de la expedición de la ley 1340 de 2009 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no acreditó haber adelantado y menos aún culminado casos por infracción a las normas que protegen la libre competencia; mientras que en vigencia de la nueva normativa la Superintendencia de Industria y Comercio ha realizado varias investigaciones e impuesto sanciones que superan los cinco mil quinientos millones de pesos

(\$5.500'000.000.00), demostrando ser activa y eficiente en comparación con la situación precedente.

5.- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

La representante de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios acude ante la Corte para pedir que se declaren exequibles los preceptos impugnados.

Hace breve referencia a las funciones asignadas por la ley 142 de 1994 para la inspección, control y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, cuyo propósito es velar por una eficiente atención al usuario. Sin embargo, considera que en lo referente al control de las prácticas que restringen indebidamente la competencia, el artículo 150 de la Constitución otorga al legislador un amplio poder de configuración normativa, por cuanto dicha función no se adscribió específicamente a ninguna autoridad; de modo que la regulación adoptada en la ley 1340 de 2009 atiende criterios de unidad de acción y especialización y, en esa medida, se ajusta al ordenamiento superior.

Además, estima que las normas acusadas no afectan el cumplimiento de los fines del Estado en materia de prestación eficiente, continua y oportuna de servicios públicos a cargo de la entidad que representa.

6.- Universidad Javeriana

La Directora del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad Javeriana considera que los apartes demandados deben ser declarados inexequibles.

En esencia sostiene que las normas acusadas desconocen el artículo 370 de la Constitución, que establece la competencia restrictiva de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para inspeccionar, vigilar y controlar las entidades prestadoras de estos servicios, lo cual comprende lo relacionado con las prácticas que afectan el libre mercado.

Menciona que la ley 142 de 1994 estipuló la facultad de dicha superintendencia para “adelantar las investigaciones de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas” (art. 79, núm.32); competencia que, según su criterio, aún se mantiene en cabeza de dicha

entidad.

7.- Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones -Andesco-

El representante legal de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones (Andesco) solicita declarar inexecutable las normas demandadas, o en su defecto la executibilidad condicionada, “bajo el entendido que en materia de servicios públicos domiciliarios la competencia para conocer de las asunto (sic) de protección a la competencia en ese específico sector están atribuidos por el propio legislador (sic) a la citada Superintendencia de Servicios Públicos y que la ley 1340 de 2009 no podría derogarle tales funciones”.

Para dicha agremiación, el tratamiento especial que la Constitución otorga a los servicios públicos domiciliarios permite tener un régimen especial incluso para la protección de la competencia en ese específico sector.

En su sentir, los servicios públicos domiciliarios gozan de notable relevancia constitucional, cuyas especificidades fueron desarrolladas por el Congreso con la expedición de la ley 142 de 1994, que consagra un régimen especial de protección a la competencia. Es por ello por lo que “las facultades constitucionales con que el legislador expidió la ley 1340 de 2009 [art.150-8 CP] son diferentes de las facultades para expedir el régimen de servicios públicos [art.150-23 CP] y por ello no es procedente cercenarle a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sus funciones propias”, quien es la única titular de la función de inspección, control y vigilancia en ese específico ámbito.

Con fundamento en lo anterior, concluye que la ley general sobre protección a la competencia no puede derogar ni modificar las normas especiales que sobre la misma materia ha establecido el Legislador en el tema de servicios públicos domiciliarios.

8.- Intervenciones ciudadanas

8.1.- Las ciudadanas María Berenice Mesa, Camila Sotelo, Lina Rodríguez, Jenny Arjona y Ángela Rincón, estudiantes de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, coadyuvan parcialmente la demanda. Sostienen que la competencia que se ha asignado a la Superintendencia de Industria y Comercio vulnera el artículo 370 superior, porque no es

posible que ella conozca de “forma privativa” de las investigaciones administrativas sobre protección a la competencia, “cuando por creación constitucional y legal le corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.

8.2.- El ciudadano Diego Fernando Marín Monje allegó a la Corte un artículo académico en el que se sostiene que la ley 1340 de 2009 “riñe abiertamente no sólo con el artículo 370 constitucional sino con todo un capítulo constitucional dedicado a los servicios públicos domiciliarios, que frente al sombrío diagnóstico de la prestación de los servicios públicos domiciliarios en las décadas de los años 80 y 90 del siglo pasado, señaló unos derroteros para solucionar la deficiente prestación de los servicios, y al hacerlo instituyó un ente especializado en el control y vigilancia”[4].

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, mediante concepto 5658, radicado el 23 de octubre de 2013, solicita a la Corte declarar exequibles las expresiones impugnadas.

A juicio de la Vista Fiscal, la ley 1340 de 2009 fue expedida con el objeto de centralizar en una sola autoridad la sanción de prácticas que limitan indebidamente la competencia, “pero ello no implica que haya despojado a las demás autoridades y entre ellas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de sus funciones constitucionales de regulación sectorial, control, inspección y vigilancia de las entidades que los presten”.

En su concepto, las tareas a las que hace referencia la norma constitucional tienen un fin específico, cual es garantizar la eficiencia de dichos servicios, sin excluir la posibilidad de que el legislador disponga, como en efecto lo hizo, que aspectos como la sanción de conductas que atentan contra la libre y leal competencia, circunscritos al ámbito eminentemente comercial de las empresas, puedan ser conocidos por otra entidad del Estado, especializada en la materia, como la Superintendencia de Industria y Comercio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1.- Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución, la Corte es competente para conocer el asunto de la referencia ya que se trata de una

demanda interpuesta contra expresiones de dos normas que hacen parte de una ley, en este caso la 1340 de 2009, “por medio de la cual se dictan normas en materia de protección a la competencia”.

2.- Problema jurídico y metodología de análisis

La demandante sostiene que las expresiones acusadas vulneran los artículos 4º, 365 y 370 de la Carta Política. En su sentir, la Constitución radicó exclusivamente en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD) las funciones de inspección, vigilancia y control a las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, de modo que el Legislador no podía atribuir a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) la facultad de conocer sobre infracciones a la libre competencia en relación con dichas entidades.

Aunque algunos intervinientes comparten esta postura[5], la mayoría de ellos[6] y el jefe del Ministerio Público consideran que las expresiones acusadas deben ser declaradas exequibles. Señalan que no todas las funciones estatales relacionadas con las empresas de servicios públicos domiciliarios están reservadas a la SSPD, y que como la Constitución no le asignó directamente el control de las prácticas restrictivas de la libre competencia, bien podía el Legislador radicar esa función en cabeza de la SIC.

En este orden de ideas corresponde a la Corte determinar si las normas que atribuyen a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad para conocer de las investigaciones administrativas e imponer multas por infracción a las reglas sobre libre competencia, “en forma privativa” y “cualquiera sea la actividad o sector económico”, despojan al Presidente de la República de la función de ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan dichos servicios; y si en consecuencia tales disposiciones vulneran los artículos 4º, 365 y 370 de la Constitución.

Desde esta perspectiva, el busilis consiste en establecer si la Constitución asignó directa y exclusivamente en la SSPD la protección a la libre competencia en el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, o si por el contrario dicha función puede ser asignada por el Legislador a otra autoridad.

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala abordará los siguientes tópicos: (i) marco general de los servicios públicos en la Constitución Política y su proyección en el ámbito de las libertades económicas; (ii) atribuciones del Congreso, del Presidente de la República y de la SSPD para ejercer las funciones de inspección, control y vigilancia; (iii) análisis constitucional de las normas parcialmente acusadas.

3.- Los servicios públicos en la Constitución Política y su proyección en el ámbito de las libertades económicas

3.1.- Es sabido que el Constituyente de 1991 reconoció a Colombia como un Estado social y democrático de Derecho, fundado en pilares como el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general (art. 1 CP). Al mismo tiempo señaló los fines esenciales del Estado y el compromiso de las autoridades de velar por la realización efectiva de los deberes sociales (art. 2).

La adopción de este modelo representó una profunda revisión axiológica y simultáneamente se tradujo en una nueva configuración institucional en asuntos particularmente sensibles como el de los servicios públicos, que la doctrina autorizada ha considerado incluso como uno de los asuntos con “tanta o más importancia que muchos de los temas clásicos del derecho constitucional[7].

No en vano la Constitución dedicó un apartado exclusivo a los servicios públicos (capítulo 5, Título XII), justamente teniendo en cuenta su notable incidencia en la calidad de vida y la dignidad de las personas, así como el importante rol que cumplen en el desarrollo económico de la sociedad. Dentro de ese marco constitucional, que es mucho más amplio[8], lo primero que hay que destacar es la consagración expresa de los servicios públicos como “inherentes a la finalidad social del Estado”, a quien le asignó la tarea de “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (art. 365). Se caracterizan además porque efectivizan otros derechos como la dignidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad; tienen vocación de universalidad; pueden ser prestados por el Estado, de manera directa o indirecta, por intermedio de comunidades organizadas o por particulares; se consideran un asunto de Estado por cuanto se encuentran en la esfera de lo público ante la obligación que recae en él de asegurar su prestación eficiente; se sujetan a un régimen jurídico especial, donde el Estado tiene un

deber de regulación, control y vigilancia permanente; su régimen tarifario exige tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; pueden ser estatizados por razones de soberanía o de interés social una vez se indemnice a los particulares afectados con tal medida; su prestación será descentralizada, en tanto corresponde su ejecución a las entidades territoriales; el pago de subsidios a estratos pobres involucra recursos de la Nación y de las entidades territoriales[9].

3.2.- En la medida en que el régimen de servicios públicos permite su prestación directa o indirecta por el Estado, por comunidades organizadas y por los particulares (art. 365 CP), surge un vínculo entre estos y las libertades económicas, la libertad de empresa y la libre competencia (arts. 333 y 334 CP). Así, teniendo siempre como norte que la prestación adecuada y eficiente de servicios públicos representa uno de los fines sociales del Estado[10], la Corte ha reconocido que las libertades económicas pueden desplegarse en este sector, donde el Estado interviene para regular su ejercicio, asegurar la libre competencia y evitar el abuso de quienes se encuentran en posición dominante[11].

En palabras de la Corte Constitucional, la regulación de los servicios públicos se proyecta como una de las formas de intervención del Estado en la economía. Así, respecto de la libre competencia económica, que se refleja en la tensión de intereses entre los agentes que participan en la prestación de servicios públicos[12], el rol del Estado se orienta a remover los obstáculos indebidos, “para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos”[13].

3.3.- En los escenarios descritos se activa la facultad del Congreso para ejercer funciones regulatorias. Es el llamado a diseñar el régimen jurídico de los servicios públicos, tanto en su dimensión social –inherente a los fines del Estado-, como en su faceta económica –ejercicio de la libertad de empresa y expresión del deber de intervención del Estado en la economía-[14].

Aun cuando la Constitución trazó algunos lineamientos estructurales, lo cierto es que no definió integralmente el régimen jurídico de los servicios públicos, ni la forma específica de intervención del Estado en ese sector económico. Optó por deferir al Legislador la regulación, facilitando con ello la implementación de reformas, más o menos profundas,

más o menos sensibles, de acuerdo con las necesidades sociales, las circunstancias económicas y otras variables que pudieren incidir en la definición concreta de la política pública.

Con relación a los servicios públicos, por ejemplo, el artículo 365 de la Constitución señala que “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”; el artículo 367 dispone que “la 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 más adelante concluye que “la ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas”. Asimismo, de acuerdo con el artículo 369, “la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de prestación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio”; y la misma norma le impone el deber de definir “la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios”.

En cuanto a las libertades económicas, el artículo 333 de la Carta advierte que el Estado, “por mandato de la ley”, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica, evitará o controlará el abuso de la posición dominante y delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. A su turno, el artículo 334 autoriza al Legislador a intervenir en la economía; y el artículo 150-21 reitera que corresponde al Congreso “expedir las leyes de intervención económica” a través de las cuales se precisen los fines, alcances y límites a las libertades empresariales.

Desde esta última perspectiva, le corresponde al Legislador concretar los instrumentos de protección a las libertades económicas y dentro de ellas a la libre competencia. Protección que, como garantía constitucional, “depende del ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado”, para evitar y reprimir conductas indeseables o lesivas de aquél[15].

3.4.- Siguiendo el derrotero constitucional, la jurisprudencia ha explicado que la regulación en torno a los servicios públicos exige concretar sus elementos centrales y delimitar su

contenido en varias dimensiones:

“De esta manera, el régimen jurídico especial que debe definir el Legislador en materia de servicios públicos comprende: (i) competencia, (ii) responsabilidades relativas a su prestación, (iii) cobertura, (iv) calidad y financiación, (v) régimen tarifario; (vi) deberes y derechos de los usuarios, (vii) régimen de protección, (viii) formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio; y finalmente, (ix) lo concerniente a las facultades del Presidente de la República, a quien corresponde señalar, con sujeción a la Ley, qué políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios deben aplicarse; así como ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los prestan”[16]. (Resaltado fuera de texto)

Para distribuir las competencias entre las diferentes autoridades, o entre estas y los particulares cuando cumplan funciones públicas, el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración, que se reduce en aquellos aspectos que han sido directamente definidos por la Constitución y obviamente debe ejercer dentro de los límites por ella impuestos. En tal sentido la jurisprudencia ha señalado que el margen de apreciación para regular una institución depende en buena medida del mayor o menor grado de detalle con el que la Carta constitucional se haya ocupado hacerlo directamente:

“Este margen de acción o libertad de configuración política, admite una gradación que depende a su vez del grado de precisión con el que el Constituyente perfila una institución jurídica, y del propio desarrollo constitucional de la misma. Así, podría decirse que la libertad de configuración del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una institución jurídica. A mayor precisión de las nociones constitucionales, menor libertad de acción para el legislador. A mayor desarrollo constitucional de la normatividad superior, menor espacio de acción para la ley.

(...)

No obstante esta libertad no es absoluta, pues debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad, determinados por la finalidad misma que persigue la definición del concepto (...)”[17].

Así, por ejemplo, en el caso de conceptos jurídicos indeterminados, la Corte ha entendido que entre mayor sea la precisión en las referencias constitucionales, menor libertad legislativa y viceversa. No obstante, es importante insistir en que el ejercicio de esa potestad no es absoluto ni puede conducir al simple capricho o la arbitrariedad, por lo que el Congreso debe atender los valores y principios superiores al momento de hacer el reparto funcional de competencias, fundando su decisión en criterios objetivos y legítimos de modo que su elección se encuentre constitucionalmente justificada[18].

4.- Atribuciones del Congreso, del Presidente de la República y de la SSPD para ejercer funciones de inspección, control y vigilancia

4.1.- En cuanto concierne a las funciones de inspección, control y vigilancia a la prestación eficiente y oportuna de servicios públicos, la Constitución establece un reparto funcional de competencias, en especial entre el Congreso y el Presidente de la República.

Según el artículo 150, al Congreso le compete “expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señale la Constitución” (numeral 8º), y específicamente “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos” (numeral 23). En concordancia con ello, el Presidente de la República debe “ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos” (art. 189, núm. 22).

Ateniendo esa genérica distribución de competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo, la Corte ha explicado que “el Congreso fija las directrices de acción en estas áreas [inspección, control y vigilancia] y el Gobierno las desarrolla, las lleva a la práctica”[19].

Asimismo, teniendo en cuenta que se trata de funciones de naturaleza eminentemente administrativa, el Congreso puede autorizar la delegación o desconcentración mediante la creación de instituciones especializadas, como ocurre con las superintendencias, que en el marco de la estructura de la administración pública cumplen esta clase de funciones, siempre bajo la vigilancia y control del Presidente de la República en su condición de suprema autoridad administrativa[20].

4.2.- Para cumplir ese cometido el Legislador también dispone de un amplio margen de maniobra “en la determinación de la estructura orgánica y funcional de la Administración

Pública”. Ello se explica por cuanto “en la Constitución Política no se consagra un criterio para distribuir las competencias de las entidades públicas del nivel central”[21]. De hecho, fue este el argumento que en la sentencia C-199 de 2001 sirvió de base a la Corte para declarar exequibles las normas que atribuyeron a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada las funciones de control y vigilancia a las escuelas de capacitación en seguridad, que mediante acción pública de inconstitucionalidad se reclamaban para el Ministerio de Educación Nacional:

“4.6 De conformidad con lo expuesto, es entonces necesario resaltar que en la Constitución Política no se consagra un criterio para distribuir las competencias de las entidades públicas del nivel central, en razón a la materia propia de las funciones jurídicas que se les asigna, lo que además de afianzar el amplio margen que tiene el legislador en la determinación de la estructura orgánica y funcional de la Administración Pública, deja sin piso aquellos cargos formulados por el actor contra las normas impugnadas, elaborados a partir de una presunta incompetencia del Congreso para asignar a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, las funciones de control y vigilancia sobre las escuelas de capacitación en seguridad y la regulación, de su constitución y funcionamiento”[22].
(Resaltado fuera de texto)

En el mismo sentido, en la sentencia C-305 de 2004 la Corte sostuvo:

“En cumplimiento de todo lo anterior, el legislador goza de un amplio margen de configuración, que se ve reforzado por la atribución constitucional de determinar la estructura de la administración pública nacional y, dentro de ese contexto, puede disponer la desconcentración en organismos técnicos y especializados, como lo son las superintendencias, de aquellas funciones de inspección, vigilancia y control de los servicios públicos que la Constitución Política le asigna al Presidente de la República”. (Resaltado fuera de texto)

No obstante, este Tribunal ha precisado que el grado de discrecionalidad del cual dispone el Legislador en la determinación de las funciones administrativas de inspección, control y vigilancia no es absoluto. De un lado, por cuanto en ningún caso esas atribuciones pueden llegar al punto de vaciar las funciones del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, ya que en ese ámbito existe una expresa “reserva

constitucional”. Es así como la Corte ha declarado inexecutable aquellas normas que desbordan los límites constitucionales, por ejemplo cuando el Legislador autoriza a los particulares a ejercer las funciones administrativas de inspección, control y vigilancia en la prestación de servicios públicos[23].

De otro lado, la actividad legislativa está condicionada “por la evaluación y valoración de las características técnicas de la materia a delegar y por la especialidad del órgano que puede ser creado para asumirla, buscando de este modo racionalizar la función administrativa”[24].

4.3.- Ahora bien, en el sector específico de los servicios públicos domiciliarios[25], el artículo 370 de la Constitución establece que el Presidente de la República debe fijar, “con sujeción a la ley”, las políticas generales de administración y control de eficiencia, así como ejercer, a través de la SSPD, las funciones de inspección, control y vigilancia a las entidades prestadoras de aquellos. Puntualmente dispone:

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

En estrecha relación con el reconocimiento de los servicios públicos como uno de los fines sociales del Estado, la norma reitera que es “la ley” el instrumento a partir del cual el Presidente debe señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia a los servicios públicos domiciliarios, así como ejercer las funciones de inspección, control y vigilancia. De esta manera se reivindica el rol protagónico del Congreso en el diseño estructural del régimen de servicios públicos (arts. 150-23 y 365 CP).

Adicionalmente, la disposición reafirma la competencia constitucional que ha sido reservada al Presidente de la República para ejercer las funciones administrativas de control, inspección y vigilancia a la prestación de servicios públicos. Previsión que guarda armonía con otros preceptos superiores (arts. 150-8 y 189-22 CP).

Por último, se prevé la existencia de un órgano especializado a través del cual, “con sujeción a la ley”, el Presidente de la República ejercerá las funciones de control, inspección

y vigilancia a las empresas prestadoras de servicios públicos: la SSPD.

¿Significa lo anterior que la SSPD es la única autoridad constitucionalmente autorizada para velar por la adecuada, eficiente y oportuna prestación de servicios públicos domiciliarios, y concretamente para ejercer las funciones administrativas de inspección, control y vigilancia de las entidades que los ofrecen?.

En concordancia con lo anterior, la Constitución tampoco exige que todas y cada una de las funciones administrativas de inspección, control y vigilancia que de alguna manera estén relacionadas con la prestación de servicios públicos domiciliarios deban ser ejercidas, en exclusiva, a través de la referida superintendencia, sobre todo si se tiene en cuenta que el ámbito de acción concerniente a la prestación de servicios públicos es muy amplio y se proyecta en varias dimensiones.

Por ejemplo, para el cumplimiento de su objeto social una entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios puede desarrollar simultáneamente actividades de naturaleza financiera dirigidas al fortalecimiento empresarial, celebrar contratos civiles y mercantiles encaminados al mejoramiento del servicio, asumir obligaciones de índole laboral y de seguridad social para ampliar su planta de trabajadores y con ello la cobertura o atención a los usuarios, atender o incumplir sus obligaciones fiscales y tributarias, entre muchos escenarios económicos.

Con tal panorama, no es extraño que en algún momento pueda haber una suerte de intersección en las competencias de dos o más autoridades para ejercer funciones de vigilancia administrativa a las numerosas actividades que desarrolla una misma empresa, por cuanto no siempre resulta fácil delimitar con absoluta precisión dónde terminan las atribuciones de una y dónde comienzan las de la otra.

En esa medida, es constitucionalmente válido que el Legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, radique en una única entidad como la SSPD todas las competencias administrativas de inspección, control y vigilancia a la prestación de servicios públicos domiciliarios (criterio orgánico), o por el contrario opte por establecer un reparto de competencias teniendo en cuenta la naturaleza misional de cada entidad, su vocación técnica y su grado de especialidad (criterio funcional), con el objeto de racionalizar su actividad y garantizar principios como el de eficiencia en el cumplimiento de las funciones

administrativas.

Lo anterior, siempre que actúe dentro de los linderos de la razonabilidad y la proporcionalidad; es decir, siempre y cuando el Presidente de la República mantenga inalterada su condición de suprema autoridad administrativa, y las competencias se circunscriban al ámbito funcional de la entidad responsable. En otras palabras, el Legislador puede apelar a un criterio estrictamente orgánico –a través de la SSPD[26]- o a un criterio funcional –según la naturaleza misional de cada entidad- para distribuir las labores de inspección, control y vigilancia a la prestación de servicios públicos domiciliarios entre las diferentes autoridades administrativas.

4.4.- Para tener una mayor claridad es importante recordar que en los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente quedó plasmada la preocupación por asegurar una adecuada y eficiente prestación de servicios públicos domiciliarios[27]. Desde las primeras propuestas se reconoció la necesidad de atribuir a la Superintendencia de Servicios Públicos, en los términos definidos por la ley, las funciones de inspección, control y vigilancia.

Sin embargo, el objetivo nunca fue centralizar todas las funciones de control en una sola entidad, al punto que también se contempló la creación de otras instituciones como el Consejo Nacional y los Consejos Regionales de Tarifas, además de la necesaria intervención del Legislador y del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa. Lo que se pretendió fue exigir que a través de la Superintendencia se ejerciera un riguroso “control de gestión” en materia de servicios públicos domiciliarios. Al respecto, en una de las propuestas presentadas en la Asamblea Nacional Constituyente, que sirvió de base para los debates posteriores, se dijo lo siguiente:

“De otra parte, la fijación de tarifas viene siendo de competencia desde 1968 de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, como organismo adscrito al Departamento Nacional de Planeación. Consideramos que la fijación de las políticas sobre tarifas debe ser atribución del organismo propuesto, el Consejo Nacional de Tarifas; y que las funciones de vigilancia, control y sanción sean atribuidas a la Superintendencia de Servicios Públicos.

Cabe registrar que las Superintendencias son organismos de la administración nacional central creados para ejercer un control de gestión, el que aplicado a los servicios públicos

no pueden tener como objetivo la maximización de utilidades, sino la satisfacción de necesidades colectivas y consideraciones de orden local, financiero y económico, amplia cobertura y bajos costos para los usuarios, de acuerdo con su capacidad económica”[28]. (Resaltado fuera de texto)

En términos similares, la ponencia para segundo debate dio cuenta de la necesidad de que el Presidente de la República ejerciera, por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos, un atento “control de eficiencia” como mecanismo de protección a los usuarios:

“Para cerrar y concluir el círculo, la nueva Constitución le otorga al Presidente de la República la facultad indelegable de señalar las políticas generales de administración de los servicios públicos y su control de eficiencia que, además de su vigilancia administrativa, tiene que cumplir a través de la Superintendencia de Servicios Públicos, entidad que el Constituyente directamente crea como una defensa efectiva de los intereses del ciudadano medio”[29]. (Resaltado fuera de texto)

La propuesta de crear la SSPD fue acogida entonces con el propósito de superar las deficiencias y anomalías del pasado. No obstante, en las discusiones también se reconoció que, habiendo servicios públicos domiciliarios muy diferentes, así como una pluralidad de municipios, “entonces de golpe podría ser un poco rígido decir que es una Superintendencia porque a la hora de la verdad en el futuro, la ley puede considerar que es mejor tener dos, o asignarle parte de las funciones a otro organismo”[30].

De esta manera, el Constituyente se abstuvo de definir un marco regulatorio concreto en materia de inspección, control y vigilancia administrativa a los servicios públicos domiciliarios. Dejó al Congreso un razonable margen de valoración para delimitar las competencias del Presidente de la República, tanto para fijar las políticas generales de administración y eficiencia, como para ejercer las funciones de inspección, control y vigilancia a través de la SSPD. Fue una decisión deliberada permitir que el Legislador configurara dicho régimen y, entre otros aspectos, determinara el contenido y alcance de las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Según lo reseñado por la jurisprudencia constitucional, en esta materia, como en otras tantas, solo se trazaron pautas generales:

“No se afecta en principio la autonomía de las entidades territoriales, porque el legislador

establezca de modo general el régimen jurídico de dichos servicios, pues esa fue la voluntad del Constituyente; es decir, que corresponde a éste señalar, en los términos de las normas antes reseñadas, el marco normativo atinente a las cuestiones básicas que estructuran la naturaleza propia de cada servicio, sus atributos de regularidad, permanencia, eficacia y eficiencia, los sujetos que los prestan, las relaciones usuario-entidad prestataria, la manera de establecer las tarifas que se pagan y los subsidios que demanda la universalidad y solidaridad del servicio, el contenido y alcance del control, inspección y vigilancia, atribuido a la Superintendencia de Servicios Públicos, y la financiación de ésta, librando a las entidades territoriales ciertos aspectos de naturaleza reglamentaria en relación con aquéllos asuntos no esenciales no regulados por el legislador, particularmente en los órdenes técnicos y operativos”[31]. (Resaltado fuera de texto)

4.5.- De otra parte, es necesario poner de presente que, en los términos del artículo 365 de la Constitución, el deber de asegurar la prestación eficiente de servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional corresponde al “Estado”. Por lo tanto, su garantía no fue encomendada a ninguna autoridad en particular sino que se concibió como un deber institucional, de todas las autoridades involucradas directa o indirectamente en ese sector[32].

En la sentencia C-272 de 1998 la Corte analizó la norma que autorizó al Presidente a delegar en las Comisiones de Regulación las políticas de administración y control de eficiencia en materia de servicios públicos. Precepto acusado de infringir el artículo 370 superior con el argumento de que esas eran funciones indelegables del Ejecutivo. La Corte explicó que la misión de velar por la adecuada prestación de los servicios públicos compete al Estado en su conjunto, sin señalar a una institución en concreto, lo cual comprende a todas las autoridades de los distintos órdenes territoriales, dentro de los límites que la Constitución ha fijado en algunas órbitas puntuales. Según sus palabras:

“Nótese que esta norma [art. 365 CP] atribuye genéricamente esa función de regulación al Estado, sin señalar explícitamente que ésta corresponde a una determinada institución específica. Ahora bien, esta Corte ha señalado que en general la palabra Estado se emplea en la Carta para designar al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales. Por ende, cuando una disposición constitucional se refiere al Estado, y le impone un deber,

o le confiere una atribución, debe entenderse prima facie que la norma constitucional habla genéricamente de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales (C-221/97). Por ende, la competencia de regulación de los servicios públicos es genéricamente estatal, lo cual obviamente no significa que esa facultad pueda ser atribuida por la ley a cualquier entidad estatal, por cuanto la Constitución delimita, en materia de servicios públicos domiciliarios, algunas órbitas específicas de actuación de las distintas ramas de poder, las cuales deben ser respetadas”. (Resaltado fuera de texto)

Con fundamento en lo anterior, la Corte concluyó que el Congreso sí tenía competencia para autorizar al Presidente a delegar esas funciones en las comisiones de regulación, por lo que declaró exequible la norma impugnada.

4.6.- Precisamente tomando en cuenta la responsabilidad “estatal” en la prestación eficiente de los servicios públicos, y como expresión del sistema de frenos y contrapesos propio de un Estado constitucional de Derecho, la Carta Política prevé una pluralidad de controles, tanto de orden jurídico como de naturaleza política. De lo que se trata, entonces, es de una sinergia entre las diferentes autoridades que propenda por la realización efectiva de los fines sociales del Estado, uno de los cuales es la adecuada y eficiente prestación de servicios públicos.

En este orden de ideas, el artículo 370 de la Carta no es la única norma que apunta a la realización de ese cometido. Todo el texto de la Constitución inspira transversalmente la realización de sus fines y, por lo mismo, reclama de otras autoridades involucrarse activamente en el ámbito de los servicios públicos, obviamente de acuerdo con el ámbito funcional trazado para cada autoridad.

Sobre el particular, en la sentencia C-107 de 2013 este tribunal analizó la norma que permite a los concejos municipales citar a control especial a los representantes de las empresas de servicios públicos domiciliarios, sean públicas o privadas[33]. La norma fue acusada de vulnerar el artículo 370 de la Constitución, con el argumento de despojar a la SSPD de una competencia de inspección, control y vigilancia que –según los accionantes– era exclusiva de dicha entidad.

El problema jurídico que debió resolver la Corte consistió en determinar si la Constitución le reserva al Presidente de la República y a la Superintendencia de Servicios Públicos

Domiciliarios la función de control sobre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, “y en consecuencia si ninguna otra autoridad tiene, de acuerdo con la propia Carta, atribuciones de control sobre ese tipo de entes”. En su análisis, del que la Sala se permite hacer transcripciones in extenso debido a su relevancia para el asunto bajo examen, este tribunal comenzó por explicar que el ordenamiento consagra mecanismos de control de alcance diverso, cuyo ejercicio compete también a diferentes autoridades:

“23. Los mecanismos de control diseñados en la Constitución no tienen una configuración homogénea, ni tampoco la misma influencia sobre el ejercicio del poder. En general, la Carta reconoce diversos tipos de control, y es posible encontrar que en su texto se habla por ejemplo de control fiscal (CP art. 267), de control de resultado (CP arts. 119 y 357), de control disciplinario (CP arts. 277 y s), de control político (CP arts. 40, 114, 138, 299, 312), de control de eficiencia (CP art. 370), de control de calidad (CP art. 78), de control de rendimiento (CP art. 256 núm. 4º), de control administrativo (CP art. 370) o de control de constitucionalidad (CP art. 278 núm. 5º). Los controles definidos por la Constitución se componen de prerrogativas y atribuciones específicas diversas, concretadas primero que todo en derechos de participación, pero también en potestades públicas heterogéneas, entre las cuales están las de enjuiciar entidades, actuaciones, normas, decisiones o funcionarios, imponer sanciones en casos de infracciones o ilícitos, vigilar, solicitar información, fiscalizar, citar a funcionarios o particulares para que absuelvan inquietudes o se sometan a un debate, adelantar procedimientos de verificación, proponer y votar mociones de censura, exigir responsabilidades, entre otras posibles”. (Resaltado fuera de texto)

“26. Todo lo anterior es relevante para resolver las cuestiones planteadas. En efecto, en primer término, en lo que respecta a la cuestión más general, debe decirse que la Constitución de 1991 no radicó en cabeza del Presidente de la República toda la función de control sobre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. El artículo 370 de la Carta no dice que el Presidente de la República sea, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la única autoridad competente para controlar a las empresas de servicios domiciliarios. Tampoco utiliza fórmulas semejantes, que den la idea de reserva de la función de control sobre esos entes. Este dato no basta, por cierto, para descartar por sí solo el cargo planteado por el actor. Pero si se tiene en cuenta en conjunto con otros elementos, tomados del contexto constitucional al que pertenece, en concepto

de la Corte sí logra desestimar el cargo. (Resaltado fuera de texto)

27. La Constitución de 1991 les atribuye a otras autoridades y organismos competencias relacionadas con el control sobre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. El artículo 365 de la Carta es inequívoco en esto. Dice expresamente que es “el Estado”, y no solamente el Presidente de la República, el que “mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”. Según jurisprudencia de esta Corte, cuando dicho artículo dice que es al “Estado” al que le corresponde el control sobre los servicios domiciliarios, se refiere no a un órgano en concreto, sino “al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales”.^[34] Y cuando establece que al Estado le compete mantener “el control y la vigilancia de dichos servicios”, se refiere no sólo al control sobre la actividad que consiste en prestar los servicios, sino también a los sujetos y a los actos y decisiones de estos que vayan aparejados a la prestación de los mismos^[35]”. (Resaltado fuera de texto)

Entre los diversos tipos de vigilancia a la actividad y prestación de los servicios públicos, la Corte hizo referencia al control político que ejerce el Congreso, al control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales, así como al control que indirectamente ejercen las autoridades judiciales, entre otras modalidades:

“28. El Ordenamiento Constitucional establece, en primer lugar, mecanismos de control directo sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios, que no le confía al Presidente sino a otros órganos. A título de ejemplos pueden mencionarse los siguientes. El Congreso puede ejercer el control político sobre el Gobierno y la administración (CP art. 114), razón por la cual es competente para ejercer control político cuando menos sobre las empresas de servicios domiciliarios que hacen parte de la administración.^[36] La Carta también le reconoce a la Contraloría General de la República la facultad de someter a control fiscal no sólo a la administración, sino también a “los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación” (CP art. 267). Y el control sobre la gestión fiscal en los departamentos, distritos y municipios en donde existan contralorías, les corresponde a estas últimas (CP art. 272). En ese sentido, la Contraloría General y las contralorías del orden territorial pueden fiscalizar por lo menos a las entidades prestadoras de servicios domiciliarios que administren fondos o bienes públicos, cada una según el origen de los

recursos.[37] Lo mismo podría decirse respecto de las Juntas Administradoras Locales, que según la Constitución controlan “la prestación de los servicios municipales en su comuna o corregimiento y las inversiones que se realicen con recursos públicos” (CP. art. 318, núm. 2°), lo cual implica que pueden controlar a quienes los presten.

29. La Carta también contempla formas de control indirecto sobre los entes prestadores de servicios domiciliarios, confiadas a organismos de las ramas legislativa y judicial. Por ejemplo, cualquiera de las Cámaras legislativas puede solicitar informes al Gobierno, relacionados con la prestación de servicios públicos que estén bajo su control administrativo, o citar y requerir a cualquier ministro, superintendente o director de departamento administrativo, que tenga funciones asociadas con los entes prestadores de servicios públicos domiciliarios (CP art. 135). Asimismo, las comisiones permanentes pueden “emplazar a toda persona natural o jurídica, para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas”, dentro de un procedimiento fijado por el artículo 137 de la Constitución. Esta facultad les permite citar a quienes sean funcionarios o incluso representantes legales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. También las autoridades judiciales pueden controlar indirectamente a estos últimos, al someter a control de legalidad o constitucionalidad sus actos, decisiones y procedimientos. Y sus directivos y funcionarios están sujetos, como todos los habitantes del territorio, entre otros, al control penal, disciplinario y policivo”. (Resaltado fuera de texto)

Con estas premisas, la Corte insistió en que el artículo 370 superior “no debe ser leído de forma insular, o por fuera del contexto al que pertenece”, por cuanto requiere de una lectura sistémica. Así, atendiendo ese criterio hermenéutico, precisó que la Constitución “no le reserva única y exclusivamente al Presidente de la República la facultad de ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, control sobre las entidades que presten este tipo de servicios”. Y concluyó que efectivamente el Legislador podía asignar a los concejos municipales la competencia para ejercer control político sobre las entidades prestadoras de servicios domiciliarios que no hacen parte de las administraciones locales, por lo que declaró exequible la norma demandada.

4.7.- Teniendo en cuenta estos criterios, en otras oportunidades la Corte también ha declarado la validez de las disposiciones que son expresión legítima de la potestad de configuración de la cual goza el Legislador. No obstante, excepcionalmente se ha visto

obligada a retirar del ordenamiento aquellas normas que exceden el margen de configuración, cuando despojan a una autoridad de las competencias que le han sido constitucionalmente reservadas.

Por ejemplo, en la sentencia C-263 de 1996 examinó la facultad de la SSPD de decidir los recursos de apelación contra las decisiones de las empresas en relación con las peticiones de los usuarios. La Corte reiteró que es el Legislador quien debe regular los servicios públicos, lo cual comprende una definición de “la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente”. También recordó que la Constitución no fija el alcance de cada una de esas funciones, siendo entonces el Congreso el encargado de delimitar el ámbito de competencias de la Superintendencia, lo que en todo caso debe hacer atendiendo criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad:

“c) No existe impedimento constitucional para que sea posible integrar como un todo funcional las actividades operativas y ejecutoras con las funciones de control, inspección y vigilancia. La Constitución no ha determinado el alcance de éstas; por lo tanto, puede el legislador determinar cuál es el ámbito de competencia de la Superintendencia al ejercer dichas funciones, obviamente con fundamento en criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Ello es así, si se considera que el inciso 2 del art. 365, aun cuando admite la prestación del servicio por particulares, perentoriamente dispone que ‘en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios’, y que el art. 365 defiere a la ley el señalamiento del régimen de protección de los derechos de los usuarios.

Referidas a las competencias asignadas a la Superintendencia, la función de control denota la idea de comprobación, fiscalización, inspección, intervención y vigilancia. Por lo tanto, dentro de ésta se comprende la función de inspección que da la idea de examen, revista o reconocimiento minucioso por quien ejerce la respectiva competencia, así como la función de vigilancia, que implica la actividad de cuidado, observación, atención, celo y diligencia que se debe desplegar en relación con las acciones que se desarrollan por las entidades encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios”. (Resaltado fuera de texto)

Con fundamento en lo anterior, la Corte concluyó que asignar a la SSPD la función de

resolver los recursos de apelación no era ajeno a las funciones de control, inspección y vigilancia, porque estas “pueden” aunarse con las que conciernen al régimen de protección de los derechos de los usuarios y son expresión legítima de la potestad de configuración del Legislador en la materia[38].

De otra parte, en la sentencia C-599 de 1996 la Corte declaró inexecutable los artículos 63.5 y 82 de la ley 142 de 1994, que autorizaban a los personeros municipales a imponer multas de hasta diez (10) salarios mínimos a las empresas de servicios públicos por las infracciones a dicha ley. En su análisis este Tribunal insistió en que la regulación de los servicios públicos es tarea propia del Legislador. Asimismo, aclaró que a nivel territorial existe una suerte de competencia concurrente con la atribución de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales para reglamentar la prestación de dichos servicios (arts. 298, 300-1, 311 y 313 CP).

Sin embargo, en aquella oportunidad la Corte consideró que se había despojado al Presidente de la República de una de las funciones administrativas de inspección, control y vigilancia que la propia ley 142 de 1994 ya le había asignado a la SSPD (artículos 79, 80 y 81 de ese estatuto), por lo que declaró la inexecutable de la norma. En todo caso, dejó incólume la capacidad del Ministerio Público de investigar y sancionar las conductas de los servidores públicos por incumplir los deberes relacionados con la prestación oportuna de servicios. Dijo entonces:

“Ahora bien: si es la misma Constitución la que le asigna al Presidente de la República la tarea de ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, actividades que debe realizar por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mal puede la ley atribuir dicha potestad a una autoridad distinta, como ocurre en el caso de estudio.

En efecto, como ya se ha expresado, en la norma que es objeto de demanda parcial, se faculta a los Personeros Municipales para imponer multas hasta de diez salarios mínimos mensuales a las empresas que presten servicios públicos en el municipio, por las infracciones a la ley (142/94) o a las normas legales a que deban estar sujetas, en perjuicio de un usuario residente en el municipio. Quiere esto significar que una de las funciones atinentes al control y vigilancia de dichas entidades, que constitucionalmente, compete en

forma exclusiva a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por obra del legislador, se ha trasladado a los Personeros Municipales, con clara violación del artículo 370 del Estatuto Supremo, razón por la cual será declarada inexecutable, la norma legal que tal cosa dispone.

Este control administrativo que realiza la Superintendencia sobre las entidades prestadoras de servicios públicos es distinto del control disciplinario que la Constitución les asigna a los Personeros Municipales y a la Procuraduría General de la Nación, pues este último se dirige a investigar y sancionar la conducta oficial de los funcionarios o empleados públicos por incumplir los deberes propios del cargo ya sea por omisión o por extralimitación de funciones, como por infringir la Constitución y las leyes. Estos dos controles tienen origen constitucional y no se excluyen entre sí, puesto que su finalidad es distinta, además de que los sujetos sobre los que recae cada uno también difiere, en el primer caso versa sobre las “entidades” que prestan servicios públicos (art. 370 C.N.) mientras que en el segundo, sobre los empleados públicos o las personas que desempeñen funciones públicas en tales empresas (arts. 118, 277 y 278 C.N.).

En consecuencia, bien pueden los Personeros Municipales abrir procesos disciplinarios, de acuerdo con las normas de competencia, contra los empleados públicos o trabajadores oficiales de las empresas de servicios públicos en el municipio respectivo, por violar los derechos de los usuarios, mas no sancionar a las citadas entidades porque el control, inspección y vigilancia de éstas por mandato constitucional (art. 370) le corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que tiene poderes sancionatorios para ejercer la defensa de los derechos de los usuarios, cuando han sido lesionados por las empresas de servicios públicos, como se lee en los artículos 79 y 80 de la ley 142 de 1994, que prescriben: (...). (Resaltado fuera de texto)

De esta manera, no sólo existe una competencia concurrente entre el Legislador y las autoridades territoriales, sino que el control que se ejerce puede tener origen distinto y no excluyente: el control administrativo en cabeza del Presidente de la República que ejerce a través de la SSPD pero de conformidad con la ley, y el control disciplinario que tiene el Ministerio Público respecto de los empleados públicos o trabajadores oficiales de las empresas de servicios públicos.

En otra ocasión, la sentencia C-290 de 2002, la Corte declaró inexecutable la norma que permitía a la SSPD exigir la contratación de auditorías externas y despojaba a las autoridades del control fiscal de una competencia que les había sido constitucionalmente reservada. La Sala Plena consideró “inconstitucional que la Superintendencia de Servicios Públicos señale cuáles de estas empresas requieren contratar una auditoría externa y evaluar su gestión, como también el que las Comisiones de Regulación definan la metodología que servirá de base para determinar los casos en que las empresas oficiales no requieran de una auditoría externa”, en contravía de lo previsto en el artículo 267 superior.

Con criterios que guardan alto grado de similitud, este tribunal ha considerado razonable que el Legislador atribuya a las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos funciones de intervención, administración y control de eficiencia. Al respecto, en la sentencia C-1162 de 2000 encontró conforme con la Constitución que el Presidente pudiera delegar a las Comisiones de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Ambiental, de Energía y Gas Combustible, y de Telecomunicaciones, la facultad de señalar las políticas generales en materia de servicios públicos.

Igualmente, en la sentencia C-389 de 2002 avaló la norma que permite a dichas Comisiones fijar toques a las tarifas, al advertir que su actuación estaba dirigida a desarrollar la finalidad social de la intervención del Estado en los servicios públicos, evitando que las empresas prestadoras abusen de su posición dominante. De acuerdo con el fallo:

“La 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”. (Resaltado fuera de texto)

La Corte interpretó que esta era una opción legítima del Legislador al valorar como necesaria la presencia de dependencias altamente especializadas “para que en desarrollo de un trabajo interdisciplinario adopten medidas administrativas de intervención policiva

que el mercado requiera”.

Finalmente, en la sentencia C-263 de 2013 este Tribunal declaró exequible el artículo 74 (parcial) de la ley 142 de 1994, que permite a las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos adoptar reglas de comportamiento diferencial según la posición de las empresas en el mercado. Encontró que no se desconocía la cláusula de reserva de ley y, por el contrario, era un mecanismo válido de intervención en ese sector de la economía para velar por la prestación eficiente de los servicios públicos:

“La intervención de las Comisiones de Regulación mediante tratamientos diferenciales no puede ser concebida entonces como una censura al éxito empresarial de una compañía; es, más bien, un mecanismo de racionalidad instrumental diseñado para adoptar con celeridad los ajustes técnicos requeridos en un mercado donde la libre competencia y la iniciativa privada se encuentran constitucionalmente protegidas, pero cuyo fin último es la prestación eficiente y adecuada de servicios públicos[39].

En este orden de ideas la Corte concluye que la competencia otorgada a las Comisiones de Regulación para adoptar “reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”, no desconoce la reserva de ley para regular la intervención del Estado en la economía, específicamente en la prestación de servicios públicos (artículos 150-21, 150-23, 333, 334, 365, 367 y 370 de la Constitución)”. (Resaltado fuera de texto)

4.8.- Una referencia aparte debe hacerse acerca de la facultad que tiene el Legislador para diseñar, en ejercicio de su facultad de configuración y en virtud del amplio abanico de posibilidades regulatorias, el modelo de intervención económica que estime conveniente para proteger la libre competencia y evitar el abuso de la posición dominante en el mercado[40], específicamente en cuanto a las funciones de inspección, control y vigilancia en el sector de los servicios públicos.

Al respecto, en la sentencia C-1344 de 2000 la Corte examinó la norma mediante la cual se designó a la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones, así como de todos los demás sectores económicos[41]. En su análisis este tribunal puntualizó que el régimen sobre libre y leal competencia puede referirse a todos los sectores de la economía, o complementarse con reglas especiales, sin que pueda

censurarse la técnica que pretenda una integración sistémica[42]:

“Las normas vigentes sobre libre y leal competencia económica – Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992, Ley 256 de 1996 -, se aplican por regla general a todos los empresarios y empresas que concurren al mercado a ofrecer sus bienes y servicios. Los límites a la actividad económica – asociados al régimen de las prácticas comerciales restrictivas o de las normas que garantizan la libre y leal competencia económica-, pueden referirse a todos los sectores o complementarse con regulaciones especiales que consulten las condiciones de un determinado género de empresas. Estas normas legales, en cierta medida, desarrollan los principios constitucionales que aseguran la libre competencia, garantizan los derechos del consumidor y proscriben abusos en el mercado.

No cabe entonces censurar al legislador que dispone la aplicación del régimen general de libre y leal competencia a la actividad económica que se propone regular de manera integral. De una parte, la remisión que se hace al anotado régimen corresponde a una técnica de integración normativa que puede legítimamente emplear la ley y que evita la reiteración innecesaria de cuerpos normativos aplicables al asunto tratado. De otra parte, el mandato legal que impone el respeto del régimen común de libre y leal competencia a las empresas de servicios no domiciliarios de comunicaciones, no es extraño al tema central que desarrolla la ley. Si el legislador pretendió dictar una regulación completa relativa a los operadores de dichos servicios, no se ve por qué no pueda entrar a establecer las reglas que ellos deben observar como partícipes de ese mercado. La lectura atenta de la ley lleva a la conclusión de que un objetivo sistemático persiguió el legislador. En efecto, en el estatuto se encuentran reglas que ordenan la relación del Estado con los operadores de los servicios de comunicación personal; asimismo, se establecen disposiciones que introducen pautas de comportamiento para gobernar las relaciones entre los operadores y los usuarios. El régimen de libre y leal competencia económica, por lo demás, básicamente se predica de las relaciones de los operadores entre sí como participantes de un mismo mercado”.
(Resaltado fuera de texto)

La Corte también destacó que la autonomía del régimen de libre competencia implica que puede ser regulado “con independencia del régimen de los diferentes servicios o actividades económicas”. Y para el caso que fue objeto de examen concluyó que si bien la Comisión Nacional de Televisión era –en aquel entonces- la autoridad encargada de regular

la política de televisión, ello no implicaba que “todo” lo que estuviera relacionado con la prestación del servicio necesariamente afectara el ejercicio de sus funciones. Insistió en que “el Legislador es libre de establecer la autoridad pública encargada de velar por el estricto cumplimiento de las normas legales en punto de la libre y leal competencia económica”, porque la asignación de funciones “no está predeterminada por la Constitución”, pudiendo entonces encomendarlas a una o varias autoridades administrativas. En palabras de la Corte:

“8. Aparte de la inconstitucionalidad que, por lo expuesto, afecta la frase transcrita del párrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000 [por violación del principio de unidad de materia], la Corte no estima que dicha norma viole ningún precepto de la Constitución Política. Dentro del marco de la Carta el legislador es libre de establecer la autoridad pública encargada de velar por el estricto cumplimiento de las normas legales en punto de la libre y leal competencia económica. La atribución de competencias, judiciales o administrativas, en esta materia, no está predeterminada por la Constitución. Puede, por tanto, el legislador concentrar un cúmulo de competencias en un organismo público - v.g. Superintendencia de Industria y Comercio -, o según su afinidad y objeto, distribuirlas entre varias autoridades.

En todo caso, la competencia económica libre y leal, como principio constitucional y legal, como objeto del derecho, tiene autonomía y admite ser tratado con independencia del régimen de los diferentes servicios o actividades económicas. Desde este punto de vista, el hecho de que corresponda a la Comisión Nacional de Televisión trazar y dirigir la política de la televisión, según lo determine la ley, en modo alguno significa que todo lo que atañe a los operadores de este servicio necesariamente comprometa el ejercicio de sus funciones. Estos sujetos son además destinatarios del resto del ordenamiento jurídico y, por serlo, se relacionan de manera distinta con múltiples procedimientos y autoridades. Como operadores económicos, actores del mercado de un servicio, no escapan a las reglas de la competencia leal y libre y, por consiguiente, a las autoridades instituidas por la ley para hacer efectivas las obligaciones y deberes de este régimen”. (Resaltado fuera de texto)

4.9.- Las anteriores consideraciones permiten a la Corte fijar algunas reglas acerca de la competencia y límites del Legislador para regular los servicios públicos, en general; y diseñar los mecanismos y funciones de inspección, control y vigilancia administrativa en el

ámbito de los servicios públicos domiciliarios, en particular:

(i) La prestación adecuada y eficiente de servicios públicos representa uno de los fines sociales “del Estado”, lo cual significa que en su realización no está comprometida ninguna entidad en concreto sino todas las autoridades, por supuesto dentro del marco de sus competencias funcionales[43].

(ii) En materia de servicios públicos domiciliarios la Constitución no definió las competencias de cada una de las autoridades responsables, de manera que por su estirpe democrática es el Congreso de la República el primer llamado a adoptar una regulación en la que se delimite el alcance de esas obligaciones[44]. Por ello, el amplio margen de configuración para regular los servicios públicos implica que, en cuanto sea posible, el juez constitucional debe preferir las reglas democráticas plasmadas en la ley.

(iii) La SSPD no es la única entidad que cumple funciones de inspección, control y vigilancia en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios. Esa no fue la voluntad del Constituyente; por el contrario, una interpretación sistemática de la Carta Política demuestra que en ella se han previsto diferentes tipos de control en relación con los servicios públicos. A modo simplemente enunciativo se puede señalar el control político que ejercen tanto el Congreso como los concejos municipales[45], el control fiscal a cargo de la Contraloría General y de las contralorías territoriales[46], las atribuciones concurrentes de las entidades territoriales[47], el control judicial indirecto[48], la facultad del Presidente de la República para fijar -con sujeción a la ley- las políticas generales de administración y control de eficiencia[49], las competencias de las Comisiones de Regulación[50], entre otros.

(iv) En el ámbito de los servicios públicos las funciones administrativas de inspección, control y vigilancia están radicadas en el Presidente de la República, en su condición de suprema autoridad administrativa (reserva constitucional), aun cuando el Congreso puede autorizar su delegación o desconcentración mediante la creación de instituciones especializadas como las superintendencias[51].

(v) La Constitución dispuso directamente la existencia de una entidad especializada a través de la cual el Presidente ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios -la SSPD-. Sin embargo, la propia Constitución

aclara que las funciones específicas de dicha entidad serán delimitadas por el Legislador[52].

(vi) Es constitucionalmente válido que el Legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, radique en una única entidad como la SSPD todas las competencias administrativas de inspección, control y vigilancia a la prestación de servicios públicos domiciliarios (criterio orgánico), o por el contrario opte por establecer un reparto de competencias teniendo en cuenta la naturaleza misional de cada entidad, su vocación técnica y su grado de especialidad (criterio funcional), con el objeto de racionalizar su actividad y garantizar principios como el de eficiencia en el cumplimiento de las funciones administrativas.

(vii) En todo caso, la delimitación de las competencias de la SSPD y de cualquier otra autoridad debe fundarse en criterios objetivos constitucionalmente legítimos; esto es, que atiendan parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. En esa medida, el Presidente de la República debe mantener inalterada su condición de suprema autoridad administrativa; la regulación no puede llegar al extremo de vaciar de contenido las funciones asignadas por la Carta Política –aunque de manera genérica- a la SSPD; ni puede despojarse a cualquier otra autoridad de las competencias constitucionales expresamente asignadas.

5.- Constitucionalidad de las normas parcialmente acusadas

5.1.- Con la expedición de la ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, el Congreso de la República fijó el marco general con miras al cumplimiento de uno de los fines sociales del Estado.

Entre los objetivos consagrados en dicho estatuto se señalaron los siguientes (artículo 2º): 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.

Varias disposiciones de la ley estuvieron encaminadas a garantizar el principio de libre competencia y evitar la utilización abusiva de la posición dominante (art. 2.6). Solo a manera de ejemplo, el artículo 11 impuso a las empresas prestadoras de servicios la obligación de “asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros”; el artículo 30 estableció que las normas sobre contratos se interpretarán “en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante”; el artículo 34 prohibió prácticas restrictivas de la competencia o el abuso de la posición dominante[53]; el artículo 73 asignó a las Comisiones de Regulación la función de intervenir para evitar prácticas que representen abuso de la posición dominante o restrictivas de la libre competencia; el artículo 74 dispuso que las Comisiones de Regulación deben propiciar la competencia en el sector y proponer las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y estimular la libre competencia; el artículo 86 señaló que deberán adoptarse “reglas relativas a las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia, y que implican abuso de posición dominante”; entre otras disposiciones.

5.2.- En el modelo diseñado en la ley 142 de 1994 el Congreso acudió a un criterio orgánico y optó por focalizar en la SSPD la mayoría de las funciones administrativas de inspección, control y vigilancia a las entidades prestadoras de dichos servicios. Para ello le otorgó un total de dieciséis (16) competencias principales[54], algunas facultades de apoyo a la participación de los usuarios[55] y la competencia para imponer a las empresas prestadoras de servicios las sanciones a que hubiere lugar por la violación de las normas en ella previstas[56]. No obstante, también entregó a las Comisiones de Regulación algunas funciones de promoción a la competencia entre quienes prestan servicios públicos y de control para evitar el abuso de la posición dominante en el mercado[57].

Posteriormente, con la reforma introducida por la ley 689 de 2001, “por la cual se modifica parcialmente la ley 142 de 1994”, el Congreso amplió considerablemente las funciones de la SSPD[58]. Entre otras, se le otorgó la facultad de adelantar investigaciones por

competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA. <ARTÍCULO MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 13 DE LA LEY 689 DE 2001> Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:

(...)

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

La regulación adoptada por el Legislador en aquellos estatutos fue, en términos generales, una expresión legítima de su potestad de configuración normativa, caracterizada entonces por centralizar en la SSPD las funciones de inspección, control y vigilancia relativas a los servicios públicos domiciliarios, incluidas las de protección a la libre competencia.

5.3.- No obstante, con la aprobación de la ley 1340 de 2009, “por medio de la cual se dictan normas en materia de protección a la competencia”, el Congreso de la República replanteó ese esquema para focalizar ahora en una única entidad la protección de la libre competencia, con independencia de cuál sea la actividad o sector económico en el que se desarrolle, inclusive tratándose de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

En la exposición de motivos de la que sería luego la ley 1340 de 2009 se planteó como objetivo central fortalecer la promoción y defensa de las libertades económicas a partir de tres factores: (i) la consistencia en la aplicación de reglas para proteger la libre competencia, (ii) la cuantía de las multas y (iii) el plazo dentro del cual deben investigarse y sancionarse las conductas.

Con relación al primer punto, la exposición de motivos dio cuenta expresa y detallada de la falta de consistencia en la aplicación de reglas, derivada de la presencia de múltiples

autoridades a cargo de amparar la libre competencia, especialmente en el ámbito de los servicios públicos, así como de la necesidad y conveniencia de concentrar en una sola entidad el ejercicio de esas funciones administrativas. Algunas de las consideraciones expuestas fueron las siguientes:

“Múltiples autoridades de competencia afecta la consistencia en la aplicación de las normas.

El legislador ha confiado a unas autoridades la promoción de la competencia, así como la sanción de las prácticas que la reprimen indebidamente. Esas autoridades incluyen las Comisiones de Regulación de Energía y Gas, CREG; de Telecomunicaciones, de Agua y Saneamiento Básico. Así lo decidió el Congreso mediante la Ley 142 de 1994. Estas autoridades han recibido el encargo de promover la competencia en las actividades de esos sectores donde ella resulte posible. Esto es, en actividades que no tiendan a los monopolios naturales. Para cumplir ese mandato el legislador les ha otorgado facultades de regulación sectorial. Sin embargo, la ley también ha confiado a varias Superintendencias la función de reprimir prácticas que restringen indebidamente la competencia. Tal es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, de la Superintendencia Financiera y de la de Servicios Públicos. Aunque la primera de esas entidades actúa sobre la base de una competencia residual, que la lleva actuar cuando la ley no ha asignado a cualquiera de las otras dos, ese reparto de funciones en materia de investigación y sanción presenta dificultades.

Son varias esas dificultades. Veamos algunas de ellas. En primer lugar, abre espacio para la discusión sobre el alcance de las funciones de cada una de las autoridades encargadas. Ese tipo de discusión interinstitucional económicamente hablando es infructífero. Lo que produce es incertidumbre jurídica para las empresas sobre la autoridad ante la cual deben responder por sus conductas. En segundo lugar, cada una de esas autoridades puede tener criterios diferentes sobre la aplicación de las normas. En este caso la incertidumbre para las empresas se traslada al campo sustancial donde más efectos indeseables se producen. De hecho, una empresa tiene derecho a saber si lo que hace en el mercado es legal o no.

Esa dispersión de funciones entre varias autoridades encargadas de sancionar prácticas restrictivas de la competencia limita el desarrollo coherente de la libre competencia.

El análisis de las prácticas en el mercado es de por sí suficientemente complejo como para agregarle incertidumbres innecesarias.

En primer lugar, cuando se expiden normas para cada sector o grupo de estos, no se adoptan iguales criterios legales. Así por ejemplo, el artículo 13 de la Ley 142 de 1994 considera que existe posición dominante cuando se tiene el 25% del mercado. Esa definición no la contempla la Ley 155 de 1959 para los demás sectores de la economía. Más aún, una definición con ese alcance no es universalmente aceptada en mercados abiertos. En ese tipo de mercados la existencia de una posición dominante depende de múltiples factores. Estos son dinámicos, como también lo son las barreras de entrada (legales, tecnológicas o estratégicas) que pueden crearse para defender indebidamente posiciones de mercado.

En segundo lugar, la valoración de las realidades en los mercados no es unívoca entre especialistas. Por ello, el resultado de los análisis de mercados en que se producen las prácticas que buscan reprimirse, depende de múltiples factores y de metodologías de análisis de información económica. Estas avanzan a la par con el desarrollo y complejidad de los mercados. Todo ello hace difícil intentar contrarrestar las prácticas restrictivas. Por ello es innecesario agregar una fuente más dificultada por la vía de preservar múltiples autoridades en el campo de la competencia para juzgar las prácticas en los mercados.

La dispersión de entidades, entonces, es un factor que debe contrarrestarse. Por esa razón, el artículo 2° del proyecto de ley propone centralizar en una sola autoridad la sanción de prácticas que reprimen indebidamente la competencia. El proyecto propone que sea la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, la encargada de ejercer esa función. Múltiples razones explican esa propuesta. Pero al menos dos parecen determinantes. En primer lugar, los logros que puede mostrar hasta ahora en esa tarea. En segundo lugar, que se le ha confiado la preservación de la competencia sin confinarla a un sector específico. Esas dos condiciones resultan cruciales para garantizar que puede continuar mostrando resultados consistentemente positivos.

Crear una autoridad única de competencia en materia represiva puede producir varios resultados deseables. En primer lugar, permitirá fortalecerla con recursos técnicos y humanos. Ello le permitirá asimilar los enormes avances que se producen

internacionalmente en este campo. En segundo lugar, con mayores recursos puede adoptar decisiones más ágiles y oportunas. Ese es uno de los principales retos para contrarrestar los efectos dañinos de las prácticas que restringen indebidamente la competencia. La libre competencia solo se ve defendida eficazmente si los ataques contra ella se combaten eficazmente.

Sin embargo, el alcance del proyecto se limita al campo de la represión, no al de la regulación sectorial. En tal sentido, debe puntualizarse que el proyecto no busca modificar las facultades legales actualmente atribuidas a entidades como las Comisiones de Regulación llamadas a promover la competencia directamente mediante la regulación sectorial. El proyecto tan solo busca asignar a la Superintendencia de Industria y Comercio la vigilancia de la observancia de las normas que prohíben prácticas que indebidamente restringen la competencia, así como el control previo de integraciones empresariales, cualquiera que sea el sector en que se produzcan.

Este hecho no puede desconocer que existen sectores con necesidades particulares, como son el bancario, asegurador, salud, servicios públicos y televisión, donde la decisión adoptada puede tener efectos diversos dentro del sector económico correspondiente, y es por ello que se debe considerar el concepto de las entidades encargadas de supervisar el sector económico relacionado con la decisión o por lo menos del ministerio del ramo correspondiente para que se tomen en cuenta las implicaciones de la decisión del Superintendente de Industria y Comercio. Así mismo la posibilidad de participación ya sea de la autoridad de supervisión o del ministerio correspondiente con el fin de propiciar la discusión y abrir el espacio para tener en cuenta las apreciaciones de los diferentes actores económicos". Proyecto de Ley 195 de 2007 Senado, "por medio de la cual se dictan normas en materia de integraciones y prácticas restrictivas de la competencia"[59].

5.4.- Fue así como el artículo 2º de la ley, al definir su ámbito de aplicación, señaló que las normas sobre protección de la competencia se aplicarán a todo aquél que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, al margen de su forma o naturaleza jurídica, y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos en los mercados nacionales, "cualquier sea la actividad o sector económico".

Por su parte, el artículo 6º dispuso que la SIC será la autoridad nacional de protección de la

competencia y conocerá, “en forma privativa”, de las investigaciones, impondrá las multas y en general adoptará las decisiones y medidas administrativas a que haya lugar por violación de las normas sobre protección de la competencia.

5.5.- En la sentencia C-537 de 2010 la Corte examinó la constitucionalidad de varias normas de esta nueva legislación, aclarando que las competencias que ejerce la SIC en su labor de inspección, control y vigilancia a la protección de la libre y leal competencia “son meramente administrativas”[60]. En aquella oportunidad este Tribunal recordó cómo durante el trámite de aprobación del proyecto de ley “se subrayó constantemente la necesidad de dotar de consistencia y seguridad jurídica al sistema unificado de protección de la competencia mediante la interpretación uniforme de las decisiones[61]”.

Con ello queda claro que el Congreso de la República, de manera consciente y deliberada, optó por centralizar en la SIC las funciones administrativas orientadas a proteger la libre y leal competencia, ejercidas hasta entonces por otras entidades como la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Seguros y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y por entidades como las Comisiones de Regulación de Energía y Gas, de Telecomunicaciones, y de Agua y Saneamiento Básico[62]. Con ello acogió también algunas recomendaciones especializadas en la materia[63].

5.6.- En criterio de la Corte, con esta nueva normatividad el Congreso de la República efectivamente modificó las reglas previstas en las leyes 142 de 1994 y 689 de 2001 para la protección de la libre competencia. Contrario a lo propuesto por algunos intervinientes, no es de recibo el argumento según el cual aquellas disposiciones conservan su vigencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios. La ley 1340 de 2009 es una norma especial (régimen de libre competencia) y posterior, de la misma jerarquía que las leyes 142 de 1994 y 689 de 2001, cuyo propósito fue precisamente el de unificar las normas sobre protección a la libre competencia y centralizar las funciones administrativas en una sola autoridad -la SIC-, con independencia de cuál sea el sector económico en el que se desarrolle la actividad.

5.7.- En el escenario descrito la pregunta que surge es entonces si al haber atribuido a la SIC la función de conocer de las investigaciones administrativas e imponer las multas por infracción a las reglas sobre libre competencia, “en forma privativa” y “cualquiera sea la

actividad o sector económico”, el Legislador desbordó sus límites constitucionales y despojó al Presidente de la República de la función de ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan dichos servicios.

La Corte considera que, a diferencia de lo alegado en la demanda, la regulación adoptada por el Legislador no desconoce los artículos 365 y 370 de la Constitución, ni indirectamente el artículo 4º del mismo estatuto. Por el contrario, el modelo de control adoptado por el Legislador –concentrado y unificado en la SIC- se refleja como expresión legítima de su potestad de configuración para regular la prestación de los servicios públicos, en general (art. 365 CP), y las funciones administrativas de inspección control y vigilancia del Presidente de la República y de la SSPD, en particular (art.370 CP). De la misma forma, es uno de los instrumentos a través del cual el Estado ejerce su función de intervención en la economía para impedir que se obstruya la libertad de empresa y reprimir el abuso de la posición dominante (arts. 333 y 334 CP).

5.8. La Corte desestima la acusación por desconocimiento del artículo 365 superior por cuanto, como ha sido explicado, la competencia para velar por la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos no fue constitucionalmente radicada en una sola entidad sino en el Estado en su conjunto y en cada una de sus instituciones, de manera que desde esta perspectiva bien podía el Legislador atribuir funciones a otra entidad.

El hecho de radicar en la SIC funciones administrativas para velar por la libre y leal competencia, incluso en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, antes que vulnerar la norma precitada contribuye a su realización efectiva, en cuanto representa una de las formas como el Estado se compromete con garantizar una adecuada prestación de servicios desde la óptica de la protección de las libertades económicas.

En este sentido debe recordarse que el propósito de las leyes de intervención “no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella”[64]. Asimismo, es necesario reiterar que la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: “de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en

últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos”[65].

Es cierto que el Legislador trasladó a la SIC una función que en principio correspondía cumplir a la SSPD, entidad a la cual había sido inicialmente asignada. Sin embargo, con ello no se ha despojado al Presidente de la República de su condición de suprema autoridad administrativa, por cuanto él mantiene la competencia para ejercer las funciones de inspección, control y vigilancia, solo que se canaliza a través de una entidad diferente cuando está de por medio la violación de las normas sobre libre competencia[66].

Como ha sido explicado, la Constitución no exige que todas funciones administrativas relacionadas con la prestación de estos servicios públicos domiciliarios sean ejercidas en forma exclusiva a través de la referida superintendencia. El ámbito concerniente a la prestación de servicios públicos domiciliarios presenta contornos difusos donde puede haber una suerte de intersección entre las competencias funcionales de varias autoridades, y en esa medida el Legislador estaba autorizado para radicar algunas competencias administrativas en una entidad como la SIC.

Es esta una regulación fundada en parámetros objetivos –criterios funcional y orgánico-, ampliamente justificada en el trámite congresional ante la necesidad de superar problemas estructurales en el control a la libre competencia, especialmente derivados de la pluralidad de autoridades, la falta de consistencia en la aplicación de las normas sustantivas y la situación de ineficiencia advertidos con la experiencia acumulada durante varios años, en particular en el caso de los servicios públicos domiciliarios.

La centralización de competencias a la SIC tuvo en cuenta que este es un organismo técnico y especializado en el ámbito empresarial[67], con miras a racionalizar la función administrativa y unificar la normatividad que hasta ahora era sectorial, criterios que han sido avalados por la jurisprudencia de esta corporación[68].

5.10.- Ahora bien, desde la óptica de la razonabilidad y proporcionalidad de la regulación, la Corte no advierte reparo alguno. De un lado, por cuanto en ningún momento se ha despojado a la SSPD de una función que le haya sido reservada directamente por la Constitución, ya que, como ha sido ampliamente reseñado, sus competencias puntuales

deben ser definidas por el propio Legislador.

De otro, porque no se han vaciado sus funciones administrativas de inspección, control y vigilancia a la gestión y eficiencia de las empresas responsables de la prestación de servicios públicos, ni restringido de manera excesiva su órbita funcional. Así lo demuestra el hecho de que, salvo en lo relativo a las normas sobre protección a la libre competencia, el amplio catálogo de las funciones previstas en el artículo 79 de la ley 142 de 1994 se mantiene inalterado.

5.11.- En definitiva, concluye la Corte que como la Constitución no asignó directa y exclusivamente en la SSPD la protección a la libre y leal competencia de las empresas de servicios públicos domiciliarios, el Legislador sí podía asignar esa función a otra entidad, en este caso a la SIC. Regulación que atiende parámetros constitucionalmente legítimos, razonables y proporcionados, en tanto el Presidente de la República mantiene inalteradas sus atribuciones como suprema autoridad administrativa; no se vacían las funciones de inspección, control y vigilancia a cargo de la SSPD; y por el contrario se pretendió racionalizar el cumplimiento de la función administrativa y superar los problemas estructurales identificados para alcanzar un adecuado control a la libre competencia en todos los sectores de la economía.

Naturalmente, el cumplimiento de estas funciones por parte de la SIC debe tener en cuenta la naturaleza especial de los servicios públicos domiciliarios, su esencialidad, su continuidad, el acceso a la población en condiciones de igualdad, y en general todas las variables que hacen de su realización efectiva uno de los fines sociales del Estado.

En consecuencia, por los cargos analizados se declararán exequibles las expresiones demandadas.

VII.- 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

Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados, las expresiones “cualquiera sea la

actividad o sector económico” y “en forma privativa”, contenidas en los artículos 2 y 6, respectivamente, de la Ley 1340 de 2009.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con excusa

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-172/14

CONTROL ATRIBUIDO DE MANERA PRIVATIVA A LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA-Decisión debió enfatizarse respecto a la naturaleza jurídica y las funciones de dicha Superintendencia (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente C~ D-9827. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 6 (parciales) de la ley 1340 de 2009, “por medio de la cual se dictan normas en materia de protección a la competencia”.

Magistrado ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Si bien comparto la decisión adoptada por la mayoría, considero que, a fin de complementar la parte considerativa de la sentencia de que aquí se trata, debió enfatizarse respecto a la naturaleza jurídica y las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto, resulta claro que la norma demandada aglutina la intención del Legislador de fortalecer la función y las competencias que le otorga la Ley a los entes de vigilancia en materia de protección a la libre y leal competencia, incluso en el ámbito de servicios públicos.

punto de vista funcional, entre la “administración y control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” y el “ámbito del comercio y la libre competencia en la compra y venta, inclusive, de servicios

públicos” de los cuales el primero está relacionado con la prestación y disfrute de los servicios públicos y, el segundo, con la prohibición de prácticas restrictivas y lesivas de la libre competencia. De manera que si bien en la parte considerativa de la sentencia se desplegó, con suficiencia, el estudio de lo referente a las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, también resultaba menester hacer lo propio respecto a la Superintendencia de Industria y Comercio y, de este modo, reforzar la idea según la cual los principios de libertad de empresa, libre competencia y libertad económica, como derechos radicados en cabeza de todos los ciudadanos, están sometidos a los límites que establezca la ley, lo cual robustecería la consideración del fallo que expone que el Legislador está facultado para concentrar en un solo órgano la función de velar por la libre y leal competencia, en todos los ámbitos que supongan comercialización de bienes o servicios, sin que quepa considerar las posibles distinciones al respecto, teniendo en cuenta que las reglas en la materia no están fijadas desde la Constitución.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

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

[2] “ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

[3] “ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. // Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el

Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

[4] Guillermo Sánchez Luque, “La Superintendencia de Industria y Comercio no es la autoridad de competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios, a pesar de lo dispuesto por la ley 1340 de 2009”. En: Contexto, Revista de Derecho y Economía, núm.32, 2010, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p.115-150)

[5] Universidad del Rosario e intervenciones ciudadanas.

[6] Departamento Administrativo de la Presidencia de la República; Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones; Ministerio de Industria, Comercio y Turismo; Superintendencia de Industria y Comercio; Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; y Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones (Andesco).

[7] Hugo Palacios Mejía, “La competencia en los servicios públicos”. En: Planeación y desarrollo, vol XXI, núm.3 sept-dic. 1993.

[8] Corte Constitucional, Sentencia C-741 de 2003: “El marco constitucional para la regulación de los servicios públicos está compuesto por varios de los principios fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución (Artículos 1, 2 y 5, CP); por ciertos derechos específicos consagrados en el Título II de la misma (Artículos 48, 49, 56, 58, 60, 64, 67, 76, 77 y 78, CP.); por las disposiciones relativas a la potestad de configuración del legislador y la potestad reglamentaria del Presidente en materia de servicios públicos (Artículos 150, numeral 23 y 189, numeral 22, respectivamente, CP); por las normas relativas a las competencias de las entidades territoriales en materia de servicios públicos (Artículos 106, 289, 302, 311 y 319, CP); por las normas del régimen económico y de hacienda pública (Artículos 333 y 334, CP) y, por las disposiciones del Título XII, capítulo 5 de la Constitución, que definen “la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos” (Artículos 365 a 370, CP)”.

[9] Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2013.

[10] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-1162 de 2000, C-1344 de 2000, C-815 de 2001, C-389 de 2002, C-150 de 2003, C-263 de 2013, entre otras.

[11] En la sentencia C-389 de 2002 la Corte puntualizó lo siguiente: “Quiso el Constituyente también que la prestación de los servicios públicos no se hiciera de manera directa y exclusiva por el Estado, sino que comunidades organizadas o particulares pudieran concurrir a ello (...). De manera que para la prestación de los servicios públicos, se permite la concurrencia tanto de particulares como del Estado, reservándose éste, de todas maneras, la regulación, el control y la vigilancia de dicha actividad (CP art. 365). Lo anterior, dado que según el artículo 334 Superior, la dirección general de la economía estará a cargo del Estado quien intervendrá, por mandato de la ley, en las áreas allí determinadas, entre ellas la relativa a los servicios públicos. // Participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos, que además está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución que garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, asegurando la libre competencia económica como derecho de todos que supone responsabilidades. Por tal razón, la Constitución prevé que el Estado, por mandato de la ley, impida que se restrinja u obstruya la libertad económica y evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, correspondiéndole a la ley delimitar el alcance de dicha libertad económica cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. // Entonces, si bien existe la libre actividad económica y la iniciativa privada, la Constitución también autoriza al Estado para intervenir, por mandato de la ley, en toda la economía, no para anularla sino con el fin de racionalizarla y le impuso la obligación de hacerlo particularmente en la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados 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. Intervención del Estado en la economía y en el mercado de bienes y servicios que tiene, por tanto, una finalidad de carácter social”.

[12] “La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el

ejercicio de una actividad económica lícita”. Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001.

[13] Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000. Cfr., C-263 de 2013.

[14] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-205 de 1995, C-284 de 1997, C-272 de 1998, C-389 de 2002, C-707 de 2012, C-895 de 2012, C-263 de 2013, entre muchas otras.

[15] Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010. La Corte analizó y declaró exequibles los artículos 9, 11, 12, 13 y 22 de la Ley 1340 de 2009, “por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”.

[16] Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2013. Cfr., Sentencias C-791 de 2002, C-265 de 2002 y C-150 de 2003, entre muchas otras.

[17] Corte Constitucional, Sentencia C-404 de 2001. La Corte declaró exequibles los artículos 1°, 2°, 7, 14 y 16 de la Ley 358 de 1997, “Por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”. En aquella oportunidad explicó que “en la regulación de lo que debe entenderse por ‘capacidad de pago de la Nación y de las entidades territoriales’, el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración política, toda vez que la noción no fue definida por el Constituyente”. Sin embargo, también aclaró que “esta libertad no es absoluta, pues debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad, determinados por la finalidad misma que persigue la definición del concepto “capacidad de pago”, finalidad que no es otra que impedir que la atención de la deuda pública se haga imposible. En efecto, la capacidad de pago es señalada por el artículo 364 de la Constitución como el límite fijado al endeudamiento de las entidades territoriales y de la Nación. Estas no podrán endeudarse por fuera del límite de tal capacidad”.

[18] Corte Constitucional, Sentencia C-940 de 2003. La Corte declaró exequible el artículo 111 de la Ley 795 de 2003, “por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”. De acuerdo con la Corte, “el que el legislador exprese que no constituye actividad aseguradora la prestación de servicios exequiales no viola ningún artículo de la Constitución Política, ni conlleva el someter a las cooperativas, personas o empresas que los prestan a las mismas reglas de vigilancia y

control que rigen la actividad aseguradora. Empero, hay que señalar que tales cooperativas, personas o empresas que presten servicios exequiales deben sujetarse a la vigilancia y control que legalmente les corresponda, según su naturaleza jurídica respectiva”. Asimismo, advirtió que, en todo caso, “al definir la actividad aseguradora el legislador también está sujeto a algunos principios y valores superiores, que aunque no constituyen referencias expresas y directas a dicha actividad, limitan su libertad de configuración; por ejemplo, no podría estimar que dos actividades que por su contenido material son idénticas, y que comprometen de manera igual el interés general presente en la actividad de intermediación financiera, queden sujetas a un régimen jurídico distinto que implique sólo en un caso la exclusión de la intervención, vigilancia y control estatales, pues con este proceder desconocería los principios de igualdad y de prevalencia del interés general sobre el particular que emanan de las normas superiores, y el papel de conductor de la economía que igualmente se le atribuye en la Constitución. (C.P art. 334)”.

[19] Corte Constitucional, Sentencia C-496 de 1998. Cfr. Sentencias C-199 de 2001, C-389 de 2002, C-305 de 2004, C-895 de 2012, entre otras.

[20] Los artículos 13, 66 y 82 de la Ley 489 de 1998 disponen lo siguiente:

“Artículo 13º.- Delegación del ejercicio de funciones presidenciales. Modificado por el art. 45, Decreto Nacional 019 de 2012. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales, el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado el ejercicio de las funciones a que se refieren los numerales 13, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la Constitución Política”.

“Artículo 66º.- Organización y funcionamiento de las superintendencias. Las superintendencias son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal”.

“Artículo 82º.- Unidades administrativas especiales y superintendencias con personería jurídica. Las unidades administrativas especiales y las superintendencias con personería

jurídica, son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos”.

[21] Corte Constitucional, Sentencia C-199 de 2001. También pueden consultarse las Sentencias C-617 de 2002, C-936 de 2003, C-305 de 2004 y C-805 de 2006, entre muchas otras.

[22] Corte Constitucional, Sentencia C-199 de 2001.

[23] En la Sentencia C-617 de 2002 la Corte sostuvo: “4. Para la Corte no hay duda de que resultan inconstitucionales las normas legales que permitan a los particulares ejercer las funciones de control, inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos, por ser asuntos cuya competencia está en cabeza del Presidente de la República. Es decir, existe reserva constitucional en el Presidente para el ejercicio de estas funciones”.

[24] Corte Constitucional, Sentencia C-199 de 2001.

[25] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-066 de 1997, C-741 de 2003, C-736 de 2007 y C-924 de 2007, entre otras.

[26] En este sentido, por ejemplo, el profesor Hugo Palacios Mejía sostiene que debido a su origen constitucional (art. 370 CP), todas las funciones de inspección, control y vigilancia a las empresas de servicios públicos domiciliarios deben ser asignadas a la SSPD. Cfr., Hugo Palacios Mejía, “El derecho de los servicios públicos”. Bogotá, Derecho vigente, 1999, p.74.

[27] Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, Gacetas Constitucionales núm. 21, 22, 53, 85 y 113, entre otras.

[28] Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucionales núm. 21, p. 18-19. Similares consideraciones fueron plasmadas en la Gaceta Constitucional núm.22, p. 55.

[29] Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucionales núm. 113, p. 31. Ponencia para Segundo Debate, Régimen económico, libre empresa e intervención del Estado.

[30] Comentario del Constituyente. Guillermo Perry. Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Transcripciones Asamblea Nacional Constituyente . Antecedentes del los artículos 365 a 370 de la Constitución. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-272 de 1998.

[31] Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 1997. En aquella oportunidad la Corte declaró exequibles los artículos 6 y 182 (parcial) de la ley 142 de 1994, relacionados con la prestación de servicios públicos por parte de municipios y la formación de nuevas empresas.

[32] Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

[34] Sentencia C-272 de 1998 (...).

[35] Así, por ejemplo, pueden controlarse no sólo los actos de prestación del servicio propiamente dichos, sino también los actos en los cuales se comunica la suspensión o corte de los mismos. Ver sentencia T-1108 de 2002. En ese caso, la Corte tuteló el derecho al debido proceso, entre otras razones “[...] porque los actos administrativos deben motivarse, y tanto el INPEC como el accionante desconocen las razones que condujeron a la accionada a suspender el servicio, no obstante haber recibido el abono acordado”.

[36] El artículo 39 de la Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, dice que pertenecen a la Administración Pública “los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y [t]odos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano”. Por su parte, el artículo 38 de la misma Ley establece que hacen parte de la rama ejecutiva del sector descentralizado por servicios “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”. Y también pertenecen a él “Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”. Con lo cual, según la sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional, pertenecen también al sector descentralizado por servicios de la rama

ejecutiva “las empresas mixtas o privadas de servicios”.

[37] Sentencia C-1191 de 2000. En esa ocasión, la Corte declaró inexecutable una norma legal que autorizaba al Contralor General de la República para ejercer funciones de fiscalización de fondos públicos del orden departamental y municipal, mediante acto administrativo debidamente motivado. La Corporación sostuvo que eso violaba el artículo 272 de la Carta, toda vez que “[...] los recursos propios de las entidades territoriales, constituidos por los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes de su propiedad o de las rentas tributarias obtenidas en virtud de fuentes tributarias, a saber, impuestos, tasas y contribuciones propias” debían ser sometidos a control fiscal por las contralorías de las respectivas entidades territoriales.

[38] De acuerdo con el fallo: “d) El conocimiento del recurso de apelación por la Superintendencia, no resulta por lo dicho ajeno a sus funciones de control, inspección y vigilancia, porque éstas pueden perfectamente aunarse con las que conciernen al régimen de protección de los derechos de los usuarios (...)”. En consecuencia, declaró executable los apartes acusados de los artículos 154 y 159 de la ley 142 de 1994.

[39] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-444 de 1998 y C-1162 de 2000, entre otras.

[40] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-1344 de 2000, C-617 de 2002, C-865 de 2004, C-228 de 2010, C-186 de 2011, entre muchas otras.

[41] Parágrafo del artículo 10 de la ley 555 de 2000, “por la cual se regula la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS y se dictan otras disposiciones”.

[42] La Corte avaló la constitucionalidad del parágrafo, excepto la frase “así como de todos los demás sectores económicos”, declarada inexecutable pero por desconocer el principio de unidad de materia.

[43] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-272 de 1998, C-107 de 2013.

[44] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-496 de 1998, C-199 de 2001, C-389 de 2002, C-305 de 2004.

[45] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-107 de 2013.

[46] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 2002.

[47] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 1996, 107 de 2013.

[48] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-107 de 2013.

[49] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000.

[50] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000, C-389 de 2002, C-263 de 2013.

[51] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-496 de 1998, C-199 de 2001, C-305 de 2004, C-805 de 2006, C-895 de 2012.

[52] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-199 de 2001 y C-305 de 2004.

[53] “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: (...) 34.6. 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”.

[54] “ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujeto de aplicación de la presente Ley, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia. Son funciones especiales de ésta las siguientes: (...) 79.16. Todas las demás que le asigne la ley”.

[55] “ARTÍCULO 80. FUNCIONES EN RELACIÓN CON LA PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS. La Superintendencia tendrá, además de las anteriores, las siguientes funciones para apoyar la participación de los usuarios: (...)”.

[56] “ARTÍCULO 81. SANCIONES. La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar

sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta: (...)”.

[57] “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 abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrá las siguientes funciones y facultades especiales: (...)”

[58] “ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA. <ARTÍCULO MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 13 DE LA LEY 689 DE 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. SON FUNCIONES DE ESTA LAS SIGUIENTES:

1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.
2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los “comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios”; y sancionar sus violaciones.
3. Dar conceptos, no obligatorios, a petición de parte interesada, sobre el cumplimiento de los contratos relacionados con los servicios a los que se refiere esta ley; y hacer, a solicitud de todos los interesados, designaciones de personas que puedan colaborar en la mejor prestación de los servicios públicos o en la solución de controversias que puedan incidir en su prestación oportuna, cobertura o calidad.
4. Establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar quienes presten servicios públicos, según la naturaleza del servicio y el monto de sus

activos, y con sujeción siempre a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

5. Definir por vía general las tarifas de las contribuciones a las que se refiere el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, liquidar y cobrar a cada contribuyente lo que le corresponda.

6. Dar concepto a las Comisiones de Regulación y a los ministerios sobre las medidas que se estudien en relación con los servicios públicos.

7. Vigilar que los subsidios presupuestales que la Nación, los departamentos y los municipios destinan a las personas de menores ingresos, se utilicen en la forma prevista en las normas pertinentes.

8. Solicitar documentos, inclusive contables; y practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

9. Mantener un registro actualizado de las entidades que prestan los servicios públicos.

10. Tomar posesión de las empresas de servicios públicos, en los casos y para los propósitos que contemplan el artículo 59 de la Ley 142 de 1994 y las disposiciones concordantes.

11. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación; publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes. El Superintendente podrá acordar con las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio, programas de gestión.

12. Adjudicar a las personas que iniciaron, impulsaron o colaboraron en un procedimiento administrativo, tendiente a corregir violaciones de las normas relacionadas especialmente con los servicios públicos, una parte de las multas a la que se refiere el numeral 81.2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, para resarcirlos por el tiempo, el esfuerzo y los gastos y costos en que hayan incurrido o por los perjuicios que se les hayan ocasionado. Las decisiones respectivas podrán ser consultadas a la Comisión de Regulación del servicio público de que se trate. Esta adjudicación será obligatoria cuando la violación haya consistido en el uso indebido o negligente de las facturas de servicios públicos, y la persona

que inició o colaboró en el procedimiento haya sido el perjudicado.

13. Verificar que las obras, equipos y procedimientos de las empresas cumplan con los requisitos técnicos que hayan señalado los ministerios.

14. Definir por vía general la información que las empresas deben proporcionar sin costo al público; y señalar en concreto los valores que deben pagar las personas por la información especial que pidan a las empresas de servicios públicos, si no hay acuerdo entre el solicitante y la empresa.

15. Organizar todos los servicios administrativos indispensables para el funcionamiento de la Superintendencia de Servicios Públicos.

16. Señalar, de conformidad con la Constitución y la ley, los requisitos y condiciones para que los usuarios puedan 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.

17. En los términos previstos en el parágrafo del artículo 16 de la Ley 142 de 1994, determinar si la alternativa propuesta por los productores de servicios marginales no causa perjuicios a la comunidad, cuando haya servicios públicos disponibles de acueducto y saneamiento básico.

18. Supervisar el cumplimiento del balance de control, en los términos del artículo 45 de la Ley 142 de 1994.

19. Velar por la progresiva incorporación y aplicación del control interno en las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia. Para ello vigilará que se cumplan los criterios, evaluaciones, indicadores y modelos que definan las Comisiones de Regulación, y podrá apoyarse en otras entidades oficiales o particulares.

20. Velar por que las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia, contraten una auditoría externa permanente con personas privadas especializadas.

21. Conceder o negar, mediante resolución motivada, el permiso a que se refiere el artículo 51 de la Ley 142 de 1994.

22. Verificar la consistencia y la calidad de la información que sirve de base para efectuar la evaluación permanente de la gestión y resultados de las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia, así como de aquella información del prestador de servicios públicos que esté contenida en el Sistema Unico Información de los servicios públicos.

23. Solicitar a los auditores externos la información indispensable para apoyar su función de control, inspección y vigilancia y para evaluar la gestión y resultados de las personas prestadoras de servicios públicos, conforme con los criterios, características, indicadores y modelos que definan las Comisiones de Regulación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley 142 de 1994.

24. Eximir a las entidades que presten servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de contratar la auditoría externa con personas privadas especializadas en la forma y condiciones previstas en esta ley.

25. Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios.

26. Dar traslado al Departamento Nacional de Planeación de la notificación que le efectúen los alcaldes en desarrollo de lo establecido en el artículo 101.3 de la Ley 142 de 1994.

27. Pedir a las autoridades competentes, en el evento de toma de posesión, que declaren la caducidad de los contratos de concesión, en los términos del artículo 121 de la Ley 142 de 1994.

28. Designar o contratar al liquidador de las empresas de servicios públicos.

29. Resolver los recursos de apelación que interpongan los usuarios conforme a lo establecido en el artículo 159 de la Ley 142 de 1994.

30. Emitir el concepto a que hace referencia el artículo 63 de la Ley 143 de 1994.

31. Podrá ordenar en el acto administrativo que resuelva el recurso de apelación de que tratan los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, la devolución de los dineros que una empresa de servicios públicos retenga sin justa causa a un usuario, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación de la decisión respectiva.

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

33. Todas las demás que le asigne la ley.

34. <Numeral derogado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011>

PARÁGRAFO 1o. En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. El Superintendente podrá, pero no está obligado, <sic> visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite.

La Superintendencia de Servicios Públicos ejercerá igualmente las funciones de control, inspección y vigilancia que contiene la Ley 142 de 1994, en todo lo relativo al servicio de larga distancia nacional e internacional.

Salvo cuando se trate de las funciones a las que se refieren los numerales 3, 4 y 14 <sic> del presente artículo, el Superintendente y sus delegados no producirán actos de carácter general para crear obligaciones a quienes estén sujetos a su vigilancia.

PARÁGRAFO 2o. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Son funciones del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios las siguientes:

1. Aprobar los estudios a que hace referencia el artículo 6.3 de la Ley 142 de 1994, en los términos y con el alcance previsto en dicho artículo.

2. Sancionar, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, a los alcaldes y administradores de aquellos municipios que presten en forma directa uno o más servicios públicos cuando incumplan las normas de calidad que las

Comisiones de Regulación exijan de modo general, o cuando suspendan el pago de sus obligaciones, o cuando carezcan de contabilidad adecuada o, cuando violen en forma grave las obligaciones que ella contiene.

3. Efectuar recomendaciones a las Comisiones de Regulación en cuanto a la regulación y promoción del balance de los mecanismos de control, y en cuanto a las bases para efectuar la evaluación de la gestión y resultados de las personas prestadoras de los servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia.

4. Asistir, con voz, a las Comisiones de Regulación, y delegar la asistencia únicamente en los Superintendentes Delegados.

5. Adelantar las investigaciones, cuando las Comisiones de Regulación se lo soliciten en los términos del artículo 73.18 de la Ley 142 de 1994, e imponer las sanciones de su competencia. En este caso el Superintendente informará a las Comisiones de Regulación sobre el estado y avance de dichas investigaciones, cuando éstas así se lo soliciten.

6. Autorizar, de conformidad con la ley, la delegación de algunas funciones en otras autoridades administrativas del orden departamental o municipal, o la celebración de contratos con otras entidades públicas o privadas para el mejor cumplimiento de ellas.

7. Imponer las sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, en los términos de los artículos 81 de la Ley 142 de 1994 y 43 de la Ley 143 de 1994”.

[59] Proyecto de Ley 195 de 2007 Senado, “por medio de la cual se dictan normas en materia de integraciones y prácticas restrictivas de la competencia”. Gaceta del Congreso 583 del 16 de noviembre de 2007, presentado por el Senador Álvaro Ashton Giraldo.

[60] Corte Constitucional, Sentencia C-537 de 2010. La Corte declaró constitucional el apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 que establece que, “tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”, en el entendido que este solo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal.

[61] Por ejemplo, en la Ponencia para primer debate de la Cámara se dijo que, “Es evidente

que los criterios de interpretación unificada del régimen de competencia, la seguridad jurídica como resultado de dicha interpretación y la eliminación del control que en materia de antimonopolios ejercen actualmente distintas entidades de nivel ejecutivo, serán en beneficio y proyección del desarrollo de los mercados en los diferentes sectores económicos del país” (Cámara de Representantes, Proyecto de Ley 333 de 2008, Ponencia para Primer Debate de la Cámara, Gaceta del Congreso 865, Bogotá, 26 de noviembre de 2008, p. 19).

[62] Corte Constitucional, Sentencia C-537 de 2010. Allí se registró como excepción la autorización previa de acuerdos y convenios en el sector agrícola, para lo cual dará concepto previo el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (art. 5 de la Ley 1340). Asimismo, la competencia de la Superintendencia Financiera para conocer de las integraciones empresariales en donde participen exclusivamente empresas vigiladas por esta entidad (numeral 2º del artículo 9º de la Ley 1340).

[64] Gaspar Ariño Ortiz, “La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia. Hacia un nuevo concepto de servicio público”. Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, p.99.

[65] Corte Constitucional, Sentencia C-389 de 2002.

[66] Aquí se marca una diferencia relevante con otras normas, como la que fue analizada en la Sentencia C-599 de 1996, donde la función de control, inspección y vigilancia se trasladó a los personeros municipales, quedando por fuera de la órbita del Presidente de la República.

[67] De acuerdo con el artículo 1º del Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, “la Superintendencia de Industrio y Comercio es un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal”.

[68] Corte Constitucional, Sentencias C-1344 de 2000 y C-199 de 2001.