



De la serie Espacios Interiores 2000
Clemencia Uribe Restrepo, profesora
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia

LA FUNCIÓN NORMATIVA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

José Raúl Serna Quintero*
Luz Eugenia Correa Rendón**

RESUMEN

Las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios son organismos de creación legal, adscritas a los ministerios respectivos y de carácter esencialmente técnico. Su función primordial, conforme a la Ley 142 de 1994, es promover la competencia entre los operadores de los servicios públicos domiciliarios, evitar abusos de la posición dominante y proteger los derechos de los usuarios.

Esta función de las comisiones implica la creación de normas jurídicas sobre diversos aspectos de los servicios públicos domiciliarios y en este sentido se puede hablar de una función normativa de las comisiones. Pero, ¿de qué tipo o función normativa específica se trata?, ¿están las comisiones reglamentando, cuasilegislando o su función normativa es nueva e independiente (función reguladora)?, ¿cuáles son las posiciones jurisprudenciales y doctrinales sobre la función normativa de las comisiones?

Palabras clave: servicio público, servicios públicos domiciliarios, Ley 142 de 1994, Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios, regulación, ley, reglamento, función normativa, fuentes de derecho

THE NORMATIVE FUNCTION OF THE DOMICILIARY PUBLIC SERVICES REGULATION COMMISSIONS [DPSRC]

ABSTRACT

The DPSRC are legally created bodies, attached to their respective ministry and with essentially technical nature. Their main function according to *Ley 142 de 1994* (Law # 142 of 1994), is to promote competence between domiciliary public services operators, to prevent abuse of the dominant position and to protect user's rights.

This function of the commissions implies the creation of legal regulations about several aspects of domiciliary public services, and in that sense it can be said about a normative function of the commissions. But ¿What kind of normative function specifically are we talking about? ¿Are the commissions regulating, almost-legislating or their normative function is new and independent (Regulative function)? ¿What are the jurisprudence and doctrine postures about that normative function?

Key words: public service, domiciliary public services, Law # 142 of 1994, DPSRC, law, regulation/control, normative function, sources of law.

* Abogado Universidad de Antioquia. Especialización en derecho administrativo Universidad Pontificia Bolivariana.

** Egresada Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Auxiliar judicial *ad honorem* del Tribunal Administrativo de Antioquia.

LA FUNCIÓN NORMATIVA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS*

En el presente artículo se pretende realizar un recorrido por las características y funciones de las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios, en adelante CRSPD; antes de creación legal y de reciente aparición en el contexto estructural del Estado colombiano, los cuales cumplen un importante papel en el nuevo modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios¹ adoptado con la expedición de la Constitución Política de 1991 y la Ley 142 de 1994. Dicha importancia está dada por las características y gran influencia de las normas que expiden para regular este sector de servicios.

Ahora bien, la discusión se centrará en la determinación del tipo de normas expedidas por las CRSPD, y su ubicación en el sistema de fuentes del derecho colombiano, valga aclarar, si constituyen legislación, reglamentación o una fuente nueva y autónoma.

* Este artículo es una síntesis de la monografía presentada por los autores como requisito para optar al título de abogado. Por tanto, sugerimos consultarla en caso de querer profundizar en alguno de los temas que aquí se tratan.

1 Entre las nociones de servicio público y servicio público domiciliario hay una relación de género a especie. Definiciones clásicas de servicio público pueden consultarse en: MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. 3.ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A.: 1982; RIVERO, Jean. *Derecho Administrativo*. Traducción de la sexta edición. Caracas: Universidad Central, 1984; FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 1995, 525 p.; VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Traducción de la sexta edición francesa por Juan Rincón Jurado. Madrid: Aguilar, 1980, 759 p.; LAUBADÈRE, André de. *Manual de Derecho Administrativo*. 11.ª ed. Traducción de Jesús Villamizar Herrera. Bogotá: Temis, 1984, 367 p. La mayoría de los autores clásicos sobre el tema, reconocen como caracteres esenciales y definitorios del servicio público la continuidad, la regularidad, la uniformidad o igualdad, la generalidad, la obligatoriedad, la obligación de adaptación del servicio público, y su primacía sobre los intereses privados. En la Ley 142 de 1994, los caracteres determinantes de los servicios públicos domiciliarios, además de los anteriores, son: la eficiencia, la intervención del Estado, la participación, y la libertad de empresa y competencia.

Legalmente, el servicio público ha sido definido en dos normas: el Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 80 de 1993 o estatuto de contratación de las entidades públicas.

La Ley 142 de 1994 enuncia los servicios públicos que para sus efectos se tienen como domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural), pero no brinda un concepto "general" que a futuro pueda servir para incluir en este tipo de servicios otros que actualmente escapan a lo establecido en esa ley, por ejemplo, la Internet.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia T-578 de 1992 con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, definió los servicios públicos domiciliarios en los siguientes términos: "son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas".

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Durante los últimos años la realidad económica y política de los Estados ha experimentado importantes cambios, los cuales han implicado una redefinición del papel del Estado y de su intervención en la economía. Si tradicionalmente se le endilgaba una función de prestador de los servicios públicos, ahora es garantizador de los mismos (art. 365 C. P.).

Teniendo como trasfondo esta realidad, fue expedida en Colombia la Ley 142 de 1994 mediante la cual se estableció el marco normativo principal que rige la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Esta ley que desarrolla los preceptos constitucionales sobre la materia, tiene en cuenta dos ejes fundamentales: el Estado como garantizador de los servicios públicos y de la vigencia real de los derechos fundamentales que se relacionan con ellos, y la libre competencia. Mientras el primer eje remite a la idea de Estado Social de Derecho, el segundo se relaciona con la libertad de mercados incluso en aquellos sectores que hasta ahora habían sido considerados monopolios naturales, por ejemplo, los servicios públicos domiciliarios.

El nuevo modelo de prestación de estos servicios que establece la ley, origina una contraposición de intereses: por un lado están los usuarios, quienes tienen derecho a acceder a los servicios mediante tarifas que puedan pagar, y por otro lado están los prestadores que inmersos en el mercado, buscan no sólo la eficiencia en la prestación sino también la recuperación de lo invertido más una ganancia adicional. Frente a esta contraposición de intereses, el Estado se ha ideado un mecanismo que permite beneficiar a ambas partes buscando el equilibrio, y es que si bien el Estado ya no es prestador exclusivo de los servicios públicos, sí es el garantizador de que esta prestación se realice y también tiene funciones de vigilancia y control. Se permite a diferentes operadores entrar en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, pero no se les deja en total libertad sino que el Estado interviene para garantizar la calidad, la eficiencia, la cobertura.

Aparecen entonces las CRSPD: agencias estatales de creación legal, adscritas al ministerio respectivo, y por medio de las cuales el Estado puede intervenir en la esfera de los servicios públicos domiciliarios para lograr la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los prestadores, de modo que no se beneficien excesivamente unos en desmedro de los otros. Estas comisiones tienen como función primordial:

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 opera-

ciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad (Ley 142 de 1994, art. 73).

Esta función de las comisiones implica la creación de normas jurídicas sobre diversos aspectos de los servicios públicos domiciliarios y en este sentido se puede hablar de una función normativa de las comisiones. Pero, ¿de qué tipo o función normativa específica se trata?, ¿están las comisiones reglamentando, cuasilegislando o su función normativa es nueva e independiente (función reguladora)?, ¿cuáles son las posiciones jurisprudenciales y doctrinales sobre la función normativa de las comisiones?

La respuesta a estos interrogantes no puede hacerse sin antes realizar un estudio sumario del concepto, estructura orgánica, composición y funciones de las CRSPD; definición y características de la ley, el reglamento y la regulación; y el estado del arte (posiciones jurisprudenciales y doctrinales sobre la función normativa de las CRSPD).

2. CONCEPTO, ESTRUCTURA ORGÁNICA, COMPOSICIÓN Y FUNCIONES DE LAS CRSPD

El modelo de servicios públicos domiciliarios implementado en Colombia incluye una serie de organismos e instituciones coexistentes que desde la teoría tendrían diferentes funciones, pero que en realidad presentan colisiones de competencia o simultáneos controles sobre los operadores, lo que no siempre beneficia el funcionamiento de dicho modelo.

Las CRSPD hacen parte de un engranaje de entidades que tienen competencias específicas respecto a los servicios públicos domiciliarios, y ellas son apenas una pieza en ese modelo para garantizar la prestación efectiva y eficiente de los servicios a las personas, como fin esencial del Estado.

Entre los principales organismos e instituciones intervinientes en el sector de los servicios públicos domiciliarios, se encuentran los siguientes: la Presidencia de la República, los ministerios a los que están adscritas las CRSPD, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el Departamento Nacional de Planeación, el legislador, los organismos de control y, por supuesto, las CRSPD.

2.1. Concepto de CRSPD

Las CRSPD son entes gubernamentales creados por la Ley 142 de 1994, en principio, para ejercer las funciones que la Carta Política en su artículo 370 atribuye al

Presidente de la República. Estas funciones no son otras que las de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

Estos entes reguladores han sido ideados y tienen plena operancia en aquellos modelos de prestación de servicios públicos en que el Estado ya no es el prestador exclusivo y la concurrencia de los particulares exige la creación de reglas claras para que el mercado funcione eficientemente, protegiendo los intereses y la legítima ganancia de los prestadores, así como los derechos de los usuarios.

En Colombia las comisiones de regulación no tienen la autonomía e independencia deseada, en tanto están organizadas como unidades administrativas especiales adscritas a los ministerios y carecen de personalidad jurídica. Esta pertenencia a la rama ejecutiva del poder público puede convertirlas en unos organismos dependientes de las decisiones gubernamentales.²

Las comisiones actualmente existentes son tres: la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento Básico y la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones.

Las normas definitorias y caracterizadoras de estos entes, están contenidas en los artículos 68 a 74 de la Ley 142 de 1994, los cuales se tomarán como base para presentar a continuación los aspectos fundamentales de las comisiones.

2.2. Estructura orgánica y composición de las CRSPD

La estructura orgánica de las CRSPD está consagrada en el artículo 70 de la Ley 142 de 1994, la cual revela que estos entes creados como manifestación de la intervención del Estado en la economía, y por las características propias del sector que regulan, tienen un carácter muy técnico.

Su composición es la establecida en el artículo 71 *ibídem*, es decir, están integradas por el ministro respectivo o su delegado, tres expertos comisionados de dedicación exclusiva, el director del Departamento Nacional de Planeación y el Superintendente de Servicios Públicos o su delegado, pero únicamente con voz.

² En países como Estados Unidos e Inglaterra los entes reguladores son autónomos, entendiéndose que esta autonomía abarca los siguientes tópicos: el nombramiento de sus miembros es por un período fijo, no se permite la concentración partidaria, las remociones sólo se producen por mal desempeño probado de sus funciones, el sistema de regulación es independiente en el manejo de sus fondos y de la aplicación de la regulación, tienen su propia personalidad jurídica y están separados de los órganos de la administración central. Datos tomados de la página web www.lafacu/comisioneeconomicaamlatinaycar/ar.

Esta composición ha sido duramente criticada porque no se entiende cómo un organismo que pretende establecer reglas para los operadores públicos y privados puede tener una composición esencialmente gubernamental. ¿Cómo se garantiza que un organismo de regulación estatal no favorezca los intereses de los operadores públicos?

2.3. Funciones de las CRSPD

Las funciones de las CRSPD están disgregadas a lo largo de toda la ley de servicios públicos domiciliarios. El hecho de que estos organismos recibieran tratamiento específico en los artículos 68 a 74 de la Ley 142 de 1994, no fue óbice para que el legislador les asignara funciones por fuera de los artículos ya mencionados.

Ahora bien, estas funciones pueden dividirse en “generales” y “específicas”. Las primeras son las contenidas en el artículo 73 y en otras disposiciones de la ley y que corresponden a todas las comisiones. Las segundas, son las enunciadas en el artículo 74, y están asignadas a cada comisión individualmente considerada. En aras de la brevedad, no se transcribirán todas las funciones, sino sólo aquellas que se considera tienen conexión directa con la función de regular, de producir normas. Citamos como ejemplo de éstas últimas las siguientes:

- Expedir la normatividad secundaria en el sector de los servicios públicos domiciliarios, es decir, cumplir funciones de “regulación”.
- Ejercer funciones de fijación tarifaria y de control de precios.
- Reglamentar sectorialmente en materia de títulos habilitantes para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.
- Determinar, de acuerdo con la ley, el establecimiento de un régimen de libertad regulada, libertad vigilada o libre fijación de tarifas.³
- Fijar normas de calidad a las que deben ceñirse los operadores de servicios públicos domiciliarios y definir criterios de eficiencia e indicadores y

³ En el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 se definen algunos términos de uso corriente en ella. Destacamos los siguientes:

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

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

modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de dichos operadores-empresas.

- Hacer obligatoria la inclusión en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrá facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás (artículo 31).
- Modificar las fórmulas tarifarias para estimular a las empresas de servicios públicos domiciliarios de energía y acueducto a hacer inversiones para facilitar a los usuarios la mejora en la eficiencia de estos servicios (artículo 96 inc. 2).
- Señalar por vía general, los casos en que el suscriptor se puede liberar ya sea temporal o definitivamente, de sus obligaciones contractuales (artículo 128 inc. 4).
- Señalar las condiciones de plazo, precio, participación de usuarios y terceros que deben llenar los contratos de distribución, transporte y suministro de hidrocarburos, para facilitar la competencia y proteger a los usuarios (artículo 176).

3. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA LEY, EL REGLAMENTO Y LA REGULACIÓN

Para desentrañar la función normativa específica de las CRSPD, se hace necesario el estudio, al menos sumario, de la teoría general sobre la ley, el reglamento y las relaciones entre estas dos fuentes de derecho, puesto que las normas que expiden las comisiones tienden a ser ubicadas en alguna de ellas o en un escaño intermedio.

En este aparte se pretende sentar las bases teóricas para asumir una posición sobre la naturaleza de los actos expedidos por las CRSPD, no sin dejar de reconocer que en la forma de abordar los temas de ley y reglamento existen diferencias conceptuales frente a su alcance, características, límites, etc. que no es objeto del presente artículo detallar y cuestionar. Teniendo en cuenta esta advertencia, los elementos teóricos aquí presentados sobre ley y reglamento corresponden a una descripción y recopilación de lo elaborado por diversos autores, así como lo establecido en el marco legal.

3.1. La ley

Sin desconocer la importancia de los diversos conceptos de ley que han elaborado los doctrinantes, para el presente artículo se tendrá en cuenta el concepto de ley

que trae el artículo 4 del Código Civil colombiano “La ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”. Esta definición legal, aunque simple, sirve para determinar lo que es la ley en el ordenamiento jurídico colombiano, porque realizando la remisión a la Constitución Nacional se encuentra que es el Congreso el órgano portador de la facultad general de hacer leyes (artículo 150 inc. 1 C. P.) y, extraordinariamente, el Presidente de la República también puede expedir normas, que aunque se denominan “decretos”, en realidad tienen la fuerza obligatoria de una ley. Esto conduce a la idea del sentido formal y material de la ley.

Ley en sentido formal, es la norma general, obligatoria e impersonal dictada por el poder legislativo conforme a los procedimientos específicamente preestablecidos. En este criterio se atiende al procedimiento de formación de la ley y también, de forma preferente, al órgano del cual emana la norma jurídica, es decir, el Congreso para el caso colombiano.

La ley en sentido material alude a toda norma jurídica cuyo contenido regula una multiplicidad de casos, haya sido dictada o no por el órgano legislativo. Es la ley una regla de conducta social obligatoria, de índole general, abstracta e impersonal, formulada por el poder público. Por medio de la ley en sentido material el Estado señala los preceptos de derecho objetivo u organiza instituciones destinadas a asegurar la aplicación del derecho objetivo. Es en este sentido material que el Presidente dicta, extraordinariamente, “leyes”. De otro lado, la importancia que ha cobrado la regulación en la vida económica y jurídica de los Estados, ha propiciado que algunos autores la ubiquen precisamente como una cuasilegislación, teniendo en cuenta que la idea de ley en sentido material no exige que su origen esté en el órgano legislativo, llámese Parlamento o Congreso.

A la ley como norma jurídica se le han endilgado unos caracteres esenciales que la diferencian de otro tipo de normas. Aquí se enuncian los que han sido de común tratamiento en la doctrina, no sin advertir que no existe uniformidad sobre el tema. Son ellos: la generalidad,⁴ la obligatoriedad, la impersonalidad, la abstracción, la permanencia y la autenticidad.

3.2. El reglamento

La otra fuente de derecho que ha sido relacionada con la naturaleza de las normas que expiden las CRSPD, es el reglamento. Respecto a los caracteres definitorios

⁴ La generalidad no sería un carácter esencial de la ley, si se tiene en cuenta que pueden existir leyes de alcance particular, como la “ley de honores”.

del reglamento, existen discrepancias entre los diversos autores, lo cual se podría explicar por las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados. Así por ejemplo, no es igual hablar de reglamento en el contexto del ordenamiento jurídico francés en el que ocupa un lugar preeminente frente a las demás fuentes de derecho (incluso la ley), que en un Estado con tradición más legislativa.

Sea lo primero advertir que el reglamento casi siempre ha sido encasillado como una norma jurídica producida por las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público. Esto no es cierto, en tanto el reglamento debe relacionarse más con la función administrativa materialmente considerada y no con el órgano que tradicionalmente la desarrolla.

Para Ignacio de Otto “con el término reglamento se alude a las normas jurídicas dictadas por la administración o, más en general por órganos del Estado o del poder público que no ostentan la potestad legislativa”.⁵ Es el acto unilateral que emite un órgano de la Administración Pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales.

Así como la ley tiene unos caracteres esenciales que definen que sea ley y no otro tipo de fuente de derecho, el reglamento también cuenta con unas notas definitorias así: generalidad, permanencia en el tiempo, y, particularmente, la potestad en ejercicio de la cual se expide, que no es otra distinta a la administrativa.

La potestad reglamentaria radica inicialmente en la rama ejecutiva del poder público (art. 115 C. P.) tanto a nivel nacional como departamental (art. 300 núm. 1 y 8 C. P.) y municipal (art. 313 C. P.). También hay otros órganos que tienen potestad reglamentaria, tal es el caso del Banco de la República, las universidades, el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Nacional Electoral, la Corte Constitucional, la Registraduría Nacional del Estado Civil, las Contralorías, entre otros. En este orden de ideas, es lógico pensar que si las CRSPD pertenecen a la rama ejecutiva, podrían tener potestad reglamentaria.

La titularidad de la potestad reglamentaria puede ser otorgada por la Constitución o por la ley. En este último caso debe respetarse la Constitución, en el sentido de no quitarle la potestad a un órgano para atribuirle a otro en desconocimiento de la norma superior.

La titularidad de la potestad reglamentaria no depende de que a un órgano específico se le dé por ley o por Constitución la facultad de “reglamentar”. Puede ocurrir que la potestad reglamentaria no se encuentre atribuida en esos térmi-

5 DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional-Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel. 1991, 315 p.

nos, sino que de las funciones propias del órgano pueda desprenderse razonablemente tal potestad.

3.3. La regulación

La regulación como actividad de los órganos encargados de establecer reglas mínimas en un mercado regido por la libre competencia, que propicie el desarrollo empresarial y a la vez proteja a los usuarios, puede considerarse básicamente desde dos perspectivas: la económica y la jurídica.

Desde una perspectiva económica, la regulación se relaciona más que todo con el carácter técnico de los organismos regulatorios, con su poder de fijar fórmulas tarifarias, lo cual es un aspecto bastante sensible dentro del mercado de los servicios públicos domiciliarios y todas las variables que se interrelacionan en el sector. Es entendible el impacto que pueden tener en el mundo económico las decisiones tomadas por la entidad reguladora para un sector de tanta importancia y que mueve un capital y recursos considerables, necesarios para el desarrollo de las empresas; así como el impacto social que tiene la prestación efectiva de los servicios públicos domiciliarios a la población de un Estado, como indicador del desarrollo y calidad de vida de sus habitantes.

Los economistas han asumido diferentes posiciones con relación al fenómeno regulatorio. Hay quienes opinan que el mercado con todas sus imperfecciones se autorregula y funciona de manera eficiente, lo cual haría innecesaria la intervención estatal a través del mecanismo de la regulación. Otros consideran que las fuerzas de la oferta y la demanda traen como consecuencia la ineficiencia del mercado si no se realiza una intervención directa de los poderes públicos, intervención que se hace concreta, entre otros, por medio de la regulación de un sector específico.⁶

Desde un punto de vista jurídico, la regulación es una categoría íntimamente relacionada con la creación de normas jurídicas, por cuanto la fijación de fórmulas tarifarias, la intervención en el mercado de los servicios, las decisiones en beneficio de los usuarios y demás funciones de las comisiones, son ejercidas, la mayoría de las veces, mediante la expedición de resoluciones y normas de diferente alcance, y con carácter vinculante. Además, como la regulación puede abarcar diversos temas, surgen diversos tipos así: regulación de la concentración en la industria; regulación de la relación empresa-usuario; regulación civil, de policía administra-

6 Ideas tomadas de ORTEGA MARTÍN, Eduardo. *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 2000, 350 p.

tiva o social, económica y burocrática; regulaciones de conducta y de estructura, entre otras.⁷

En fin, la noción de regulación abarca muchos aspectos y no se puede decir que este vocablo tenga un significado unívoco. Fenómeno parecido sucede con la noción de “ente regulador”, pues este término no es tan preciso ni definido como podría parecer. Según Alberto B. Bianchi, “lo primero que debe anotarse sobre los entes reguladores es que poseen una caracterización multifacética que merece ser analizada tanto desde un punto de vista estático-jurídico como dinámico operativo”.⁸

Es importante destacar que en Colombia, a diferencia de otros Estados, la regulación no se concibe como una conjunción de las funciones de regulación y control en una sola entidad, sino que el mismo constituyente decidió separar las funciones de regulación y de control, otorgando esta última a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. A pesar de esto, si se tiene en cuenta que la regulación es una manifestación de la intervención del Estado en la economía y que esta intervención normalmente implica el establecimiento de límites a los operadores y sus conductas, entonces, forzoso es concluir que las CRSPD, indirectamente, también ejercen funciones de control sobre el sector que regulan.

4. POSICIONES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES SOBRE LA FUNCIÓN NORMATIVA DE LAS CRSPD

Tanto desde el ámbito académico como desde el jurisdiccional se ha manifestado cierta preocupación por dilucidar si la función de “regulación” que cumplen las comisiones implica una nueva forma de crear derecho que no se pueda encuadrar en las tradicionales, legislación o reglamentación, por ejemplo. Algunos cuestionamientos van más allá y se dirigen a establecer si las comisiones sí pueden ejercer funciones de regulación que inicialmente le pertenecerían al Presidente, es decir, si es constitucional la delegación que se hizo en ellas para que se ocuparan de esta materia.

Jurisprudencialmente se pueden citar como básicos y antagónicos los enfoques que al tema le han dado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional colombianos, lo cual es signo de la dificultad para encuadrar dicha función regulatoria en las posibilidades de fuentes normativas existentes en el sistema jurídico colombiano.

7 Véase a CRUZ FERRER, Juan de la. *Liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*. Madrid: Marcial Pons. 1999, 503 p.

8 BIANCHI, Alberto B. *La regulación económica*. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 2001, 415 p.

4.1. Jurisprudencia

La función normativa de las CRSPD ha sido estudiada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional con motivo de algunas demandas interpuestas ante estas corporaciones. En el caso del Consejo de Estado, el pronunciamiento se produjo gracias a la acusación de nulidad que se hizo en contra de los artículos 9, 25, 26 y 27 de la Resolución 028 del 14 de diciembre de 1995 dictada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. La Corte Constitucional a su vez, ha entrado a estudiar de fondo el problema debido a unas demandas de inconstitucionalidad interpuestas en contra de diversos artículos de la Ley 142 de 1994 referentes a las Comisiones (artículos 68 y 69).

4.1.1. Consejo de Estado

En sentencia del 25 de septiembre de 1997 con ponencia del consejero Carlos Betancur Jaramillo, la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió inaplicar los artículos 68 y 74.3 literal d) de la Ley 142 de 1994 por razones de inconstitucionalidad. Igualmente declaró la nulidad de los artículos 9, 25, 26 y 27 de la Resolución 028 de 1995 dictada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Interesan a la presente exposición los argumentos que esgrime a favor de la inconstitucionalidad del artículo 68, que se refiere a la delegación de funciones presidenciales en las CRSPD.

En la norma citada aparece la posibilidad de que el señalamiento de las políticas generales de administración y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que inicialmente compete al Presidente de la República en virtud del artículo 370 constitucional, pueda ser delegado en las comisiones de regulación en los términos que la Ley 142 de 1994 prevé.

El Consejo de Estado considera que si bien la multiplicidad y complejidad de las funciones presidenciales hace entendible que en algunos casos muchas de ellas deban ser delegadas, existen funciones que por definición no puede ejercer sino el Presidente: las que cumple en su papel de jefe de Estado y de gobierno, porque a través de ellas se cumple la política gubernamental.

Las funciones que el artículo 370 superior atribuye al Presidente tienen el carácter de indelegables, según el Consejo de Estado. La formulación de políticas generales de administración está ligada de tal forma al programa de gobierno que se compromete a desarrollar el Presidente, que prácticamente es una función indelegable en un funcionario, organismo, dependencia o agencia de inferior categoría, es decir, en las CRSPD.

Agrega el máximo juez de lo contencioso administrativo que:

La formulación de políticas generales de administración, que no puede confundirse con el poder reglamentario que el Presidente ejerce como función propia en los términos del numeral 11 del artículo 189 de la Carta, y con el que desarrolla cuando el Congreso le concede facultades extraordinarias, le compete, exclusivamente, al mencionado funcionario, con sujeción a la ley. Es así una competencia compartida con el legislador.

Tampoco podría el legislador delegar en las Comisiones supuestos poderes legislativos, "porque si esto fuera así se encontraría la Sala frente a la delegación de potestades legislativas en un órgano o agencia de la administración (ni siquiera en el superior jerárquico), no autorizada por la Carta".⁹

4.1.2. Corte Constitucional

Esta corporación se ha referido a las CRSPD y su función normativa en diferentes sentencias, y al respecto expone ideas diametralmente opuestas a las del Consejo de Estado. Se destacan por ilustrativas las sentencias C-272 de 1998 y C-1162 de 2000.

En la sentencia C-272 de 3 junio de 1998 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero) se sostiene una tesis contraria a la ya sentada por el Consejo de Estado, porque se declara exequible el mismo artículo 68 de la Ley 142 de 1994 que este inaplicó por considerar inconstitucional. A juicio de la Corte, por regla general, es procedente la delegación de funciones presidenciales. Sólo de forma excepcional la

9 Para complementar este tema, y al margen de la posición asumida por el Consejo de Estado, es interesante mencionar que aunque en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 se prevé la delegación como mecanismo para que las comisiones de regulación puedan cumplir sus funciones, en el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 se atribuye una serie de funciones a la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) de forma directa, es decir, sin mencionar para nada que sea necesaria una delegación presidencial o de otro órgano. Se pregunta: ¿si la constitucionalidad y funcionamiento de las comisiones han sido relacionados por las cortes y la mayoría de los doctrinantes con la delegación de funciones que a ellas hace el Presidente, qué sucede respecto a la CREG?, ¿es inconstitucional el artículo 23 de la Ley 143 por no atar las funciones del órgano regulatorio a una previa delegación presidencial?, ¿es admisible jurídicamente que las comisiones puedan ejercer funciones por el sólo mandato de la ley, sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 370 constitucional?

Podría existir una inconstitucionalidad en el artículo 23 ya citado, por cuanto atribuye las mencionadas funciones directamente a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, desconociendo lo establecido en el artículo 370 constitucional, en el que se le asigna al Presidente de la República el señalamiento, con sujeción a la ley, de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. En virtud de esta norma constitucional se podría afirmar que las funciones que la Ley 143 asigna a la CREG, son propias del Presidente de la República y es necesario que éste las delegue en aquélla para que sean ejercidas sin violación de la norma superior.

delegación es improcedente, y es cuando se trata de una atribución que compromete a tal punto la integralidad del Estado y la investidura presidencial que se requiere una actuación directa del Presidente para garantizar la unidad nacional.

La función de que trata la norma acusada (artículo 68 de la Ley 142 de 1994) es delegable porque, razona la Corte Constitucional, no compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional. Tanto así, que desde el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se consideró viable atribuir la facultad referida en la norma a un órgano autónomo. Los antecedentes de debate en la asamblea señalan que el constituyente quiso dejar a la ley la definición del régimen general de los servicios públicos y dejó abierta la posibilidad de que la ley se valiera de mecanismos como la delegación de funciones para asegurar un esquema de eficiencia y calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En la sentencia C-1162 de 2000 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo), frente a la demanda de los artículos 69, 128 y 129 de la Ley 142 de 1994, la Corte se pronuncia sobre la facultad del Congreso para la creación de unidades administrativas especiales, la posibilidad de delegación de funciones presidenciales en materia de servicios públicos y el alcance del concepto "regulación".

Frente a la facultad del Congreso para crear unidades administrativas especiales como son las Comisiones de Regulación, sostiene la Corte que basta recordar el artículo 150 numeral 7 de la Constitución que reconoce a este órgano la facultad de determinar la estructura de la administración nacional, y en desarrollo de esta facultad puede fijar las características de los órganos creados, modificar las características o aún suprimirlas.

Consecuencia del anterior argumento es que las comisiones de regulación no tienen fundamento o razón de ser sólo en consideración a las funciones que en ellas pueda delegar el Presidente de la República, sino que tienen una existencia deseada y justificada por el legislador directamente, en uso de la facultad constitucional de configuración ya mencionada.

Frente a la posibilidad presidencial de delegar funciones en otros órganos, la Corte reitera la tesis expuesta en la sentencia C-272 de 1998 ya referida, es decir, que la fijación de políticas generales y de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios puede realizarse a través de las CRSPD, en el evento de que el Presidente decida delegar dicha función.¹⁰

10 Es conveniente aclarar que el artículo 10 de la ley 489 de 1998 exige que el acto de delegación sea escrito. La delegación presidencial de las funciones a que se refiere el artículo 68 de la ley 142 de 1994, se realizó mediante las siguientes normas: artículos 1.º y 3.º del Decreto 1524 de 1994, publicado en el Diario Oficial N.º 41.453 del 21 de julio de 1994 y artículos 1.º y 2.º del Decreto 2253 de 1994, publicado en el Diario Oficial N.º 41.561 del 7 de octubre de 1994.

Se rescata como argumento importante de la sentencia, la ubicación de la función reguladora de las comisiones como una de las funciones que el Presidente les delega, en cumplimiento de lo señalado en el primer aparte del artículo 370 constitucional. No es otro el significado de los siguientes extractos de la sentencia:

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

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

Para la Corte Constitucional ni la autorización legal al Presidente para delegar, ni el hecho mismo de que delegue, significa la posibilidad de endilgar a las comisiones de regulación una capacidad normativa equivalente a la ley, ni tampoco una atribución de reglamentar las leyes en materia de servicios públicos, ya que todos los actos de regulación de estas comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente y a las políticas que dicte el gobierno en la respectiva área. Adicionalmente, por estar adscritas las comisiones a los respectivos ministerios, las normas que dicten también deberán estar subordinadas a las orientaciones y políticas del correspondiente ministro.

Por último, la Corte trata de delimitar el concepto de regulación, diferenciándolo del ejercicio de la función legislativa y de la potestad reglamentaria. En su concepto, las comisiones de regulación son sólo órganos especializados de carácter técnico que concretizan la intervención del Estado en la economía para corregir fallas del mercado, delimitar el ejercicio de la libertad de empresa y preservar la sana competencia, sin que ello implique la posibilidad de incoar competencias legislativas o reglamentarias, ya que las atribuciones a ellas conferidas se deben ejercer con sujeción a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales.

Se destaca que la Corte somete el ejercicio de la facultad reguladora de las comisiones a unos requisitos precisos, que se citan textualmente:

La facultad reguladora asignada a las comisiones se debe ejercer sólo respecto de las materias expresamente señaladas en el primer aparte del artículo 370 de la Carta y siempre que se dé la previa delegación del Presidente de la República (artículos 211 C. P. y 68 de la Ley 142 de 1994), facultad que esta Corporación encontró acorde con la Constitución.

La Corte Constitucional enfatiza y concluye sobre la función reguladora de las comisiones, que:

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

4.2. Doctrina

El nuevo modelo de prestación de servicios públicos domiciliarios en Colombia y dentro de él, la operancia de organismos regulatorios como son las CRSPD, ha motivado a diversos autores de derecho administrativo y a personas vinculadas al sector de este tipo de servicios, a tratar de dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de los actos que expiden estos nuevos entes. A continuación presentaremos las posiciones e ideas de algunos de estos autores, queriendo con ello mostrar cómo la complejidad del tema ha dado lugar a planteamientos disímiles y con diversos matices entre sí.¹¹

En un texto publicado en la revista *Letras Jurídicas* con el título “Una aproximación al concepto de regulación”, Carlos Alberto Atehortúa Ríos, afirma que: “La regulación es un concepto que está ubicado entre la ley y el acto administrativo, sin ser claramente uno u otro; es creador del derecho y en eso su naturaleza es legislativa, pero está sometida a los límites generales de la ley y en eso su naturaleza es administrativa”.¹² Para este autor la regulación es un tipo normativo autónomo y a la vez mixto, en cuanto participa de características pertenecientes a la ley y al reglamento. Pero se ocupa de diferenciarla explícitamente de la reglamentación teniendo en cuenta cuatro puntos básicos:

1. La reglamentación le corresponde al Presidente en el orden nacional; en el territorial a las Asambleas y Concejos; dentro de los límites de sus competencias, a los Alcaldes y Gobernadores; la regulación en cambio, le co-

11 Por razones de espacio y brevedad, sólo se incluirán las exposiciones de cuatro autores. Las ideas que sobre el tema han elaborado Luis Fernando Arteaga Vélez, Gustavo Jiménez Perdomo y José Antonio Molina Torres, pueden consultarse en la monografía “La Función Normativa de las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios” de los autores del presente artículo.

12 ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Una aproximación al concepto de regulación. En: *Letras Jurídicas*. Vol. 4. N.º 1. EPM. 1999. pp. 69-82.

responde al Estado; esto en algunos casos, implica la actuación del Congreso y de otro organismo, que puede ser el mismo Gobierno, pero que también puede ser una autonomía constitucional o una agencia estatal determinada por la ley.

2. La reglamentación no genera propiamente derecho; se limita a aplicarlo o a hacerlo aplicable; en cambio la regulación puede tener alcance normativo y se formula proposición jurídica completa entre la ley y el mandato regulatorio.

3. La reglamentación es siempre de carácter general y abstracto, en cambio, la regulación puede tener dos modalidades, pues se regula mediante acto general o mediante actuaciones de carácter particular.

4. En materia de reglamentación el legislador no tiene límites y por tanto la ley puede ser reglamentaria a arbitrio del legislador, en cambio, en la regulación la competencia es concurrente y por tanto el legislador no debe intervenir en asuntos de detalle, los cuales le están asignados a la actuación de otras autoridades.

El profesor Húbed Bedoya Giraldo, en un artículo publicado con el título "Existencia jurídica de la regulación", afirma que, con el término genérico "regulación" no sólo se señala un número disímil de materias y temas, sino que se entregan atribuciones a diversos entes u organismos, sin determinar exactamente la existencia en el nivel constitucional de la regulación como tipo jurídico normativo autónomo, y hallándose envuelto el término dentro de muchas alusiones siempre de carácter genérico.

Según el autor, es necesario encontrar un referente conceptual constitucional que brinde validez al término dentro del contexto normativo. La Constitución Política al utilizar los términos "regular", "regulación", y todas sus formas derivadas, alude a la facultad genérica de producir normas, la cual está, en principio, en cabeza del Estado. Pero de esta alusión genérica algunos autores pretenden extraer un tipo jurídico normativo con alto grado de autonomía y especialización.

Dado que el anclaje normativo de la regulación está en la Ley 142 de 1994, y por esa vía, sólo de manera indirecta en la Constitución, el autor concluye que la facultad normativa de las comisiones tiene sujeción a la ley, es decir, sus decisiones tienen que someterse tanto a la Constitución como a la ley. El contenido y forma de sus actos se controlarían en la instancia contenciosa administrativa.

Es interesante el planteamiento del doctor Bedoya Giraldo consistente en diferenciar las funciones que ejercen las comisiones por delegación del Presidente (artículo 370 C. P. y 68 inc. 1 de la Ley 142 de 1994) y las que ejercen por mandato

expreso de la ley.¹³ Concluye que, contrario a lo que piensa la Corte Constitucional en la sentencia ya citada, la cual concibe la regulación como una función delegable en las comisiones de regulación por parte del Presidente de la República, la regulación es asignada directamente por la ley en las comisiones de regulación una vez se haya presentado la utilización de la autorización del Presidente para delegar la atribución que le señala el artículo 370 superior. Es el Presidente de la República quien adquiere nuevas competencias (las de regulación, propias de las comisiones) si por la decisión suya de no delegar, no son ejercidas por los entes mencionados.

El doctrinante Hugo Palacios Mejía, entiende por facultad de regular los servicios públicos domiciliarios

la de dictar normas de carácter general que deben obedecer las personas que prestan o reciben aquellos, para no quedar sujetos a algún tipo de sanción, y llamo regulación a tales normas. Por supuesto, muchas de estas regulaciones son límites a la competencia y a la libertad de empresa, pero muchas pueden tener el propósito, precisamente, de proteger una y otra.¹⁴

Aclara este autor que la Constitución atribuye al Presidente de la República la facultad de establecer reglas generales sobre políticas de administración y control de eficiencia de servicios públicos (artículo 370 superior). Esta facultad es especial y diferente a la potestad reglamentaria establecida en el artículo 189 numeral 11 *ibídem*, ya que si hubiese sido la misma, no habría razón para incorporar en el texto constitucional una norma particular. En resumen, para este autor la facultad de regular y la potestad reglamentaria son distintas, lo cual conlleva que las normas creadas por las comisiones de regulación no se puedan catalogar como reglamentos. Para complementar esta idea, sostiene que "la facultad del artículo 370 permite crear "políticas generales" y por tanto, a diferencia de la potestad reglamentaria común, puede "completar" la ley, pues este artículo no expresa que sea sólo para ejecutarla".¹⁵

Por último, considera que la potestad normativa contenida en el artículo 370 constitucional es propia del Presidente de la República, y no puede la ley trasladar a los ministros o comisiones la facultad de dictar normas de carácter general en materia de servicios públicos domiciliarios, pero la ley sí podría conferir a este tipo de organismos otras funciones que no serían ni legislativas ni delegadas por el Presidente.

13 BEDOYA GIRALDO, Húbed. "Existencia jurídica de la regulación". En: *Letras Jurídicas*. Vol. 6, N.º 1. EPM. 2001, pp. 31-45.

14 PALACIOS MEJÍA, Hugo. *El derecho de los servicios públicos*. Santafé de Bogotá: Ed. Derecho vigente, 1999, 285 pp.

15 *Ibídem*, p. 72.

En un artículo inédito titulado “La competencia de las Comisiones de Regulación ante la jurisprudencia”, el consejero de Estado Ricardo Hoyos Duque hace un estudio de la naturaleza jurídica de las comisiones de regulación y la competencia de las mismas según la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Tangencialmente se refiere a la naturaleza de los actos expedidos por los mencionados entes regulatorios.

Inicialmente establece que las comisiones de regulación no son cosa distinta a delegatarias del ejercicio de las funciones atribuidas al Presidente por el artículo 370 de la Constitución Política.

Además de lo anterior, es necesario tener en cuenta que según el artículo 48 de la Ley 489 de 1998 las comisiones de regulación tienen competencia para la regulación de los servicios públicos domiciliarios no sólo en virtud de la delegación por parte del Presidente sino mediante asignaciones de la propia ley.¹⁶

A nuestro juicio no es posible sostener, como lo hace el doctor Hoyos Duque, que las comisiones pueden ejercer sus funciones por atribución directa de la ley y por delegación presidencial, teniendo como base lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 489 de 1998.¹⁷ Si el artículo 370 constitucional atribuye al Presidente las funciones allí contenidas, mal puede entenderse que una norma de inferior jerarquía como la Ley 489 de 1998 pueda desconocer este mandato y asignar estas funciones presidenciales directamente a las comisiones de regulación, es decir, sin exigir la previa delegación. En este orden de ideas, y a primera vista, el mencionado artículo 48 deviene en inconstitucional.

Continuando con lo expuesto por el Consejero de Estado, la facultad normativa contenida en el artículo 370 superior se ejercería por el Presidente a través de decretos reglamentarios, por tanto, si esta función o facultad es delegada a las comisiones, los actos expedidos por éstas con apoyo en aquélla se pueden considerar reglamentos.

Para concluir este aparte de posiciones jurisprudenciales y doctrinales, se puede decir que el tema de las comisiones de regulación y su facultad de producción

16 Un ejemplo de esto se puede encontrar en la Ley 143 de 1994 artículo 23, donde se enuncian las funciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas sin referirlas a la delegación de funciones presidenciales.

17 “Artículo 48. Comisiones de Regulación. Las comisiones que cree la ley para la regulación, de los servicios públicos domiciliarios mediante asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, para promover y garantizar la competencia entre quienes los presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación”. (negrillas fuera de texto).

normativa, ha generado diversos enfoques, los cuales oscilan entre la inconstitucionalidad misma de estos entes regulatorios, y la consideración de sus normas como legislación secundaria. Otro problema que tampoco tiene una solución unánime es el relacionado con el ejercicio de sus funciones por parte de las comisiones: ¿este ejercicio tiene apoyo y sentido exclusivamente desde la delegación que en ellas haga el Presidente, o puede hablarse de funciones ejercidas y atribuidas directamente por el legislador?

Por otro lado, la regulación en sí misma considerada, también ha sido objeto de estudio por parte de la jurisprudencia y la doctrina, destacándose los siguientes puntos de vista fundamentales:

- La regulación es un tipo normativo autónomo, diferente de la ley y el reglamento, pero de naturaleza mixta por tener elementos de ambas fuentes de derecho.
- La regulación no es un tipo normativo autónomo, sino que puede encuadrarse dentro de la legislación o los actos administrativos. Es simplemente un concepto referido a la facultad que tienen los organismos del Estado para producir normas.
- La regulación no es un tipo normativo autónomo y como se ejerce en virtud de la delegación presidencial, entonces la naturaleza de los actos que con ella se producen, es la de los actos del delegante, es decir, reglamentos.
- El término “regulación” no implica la existencia de un tipo normativo autónomo o una nueva categoría jurídica. Dentro de la Constitución y la legislación misma, esta expresión alude más a la producción normativa de los diferentes órganos del Estado y es utilizada para designar distintas actividades. Es decir, su significado no es unívoco.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Con base en los elementos teóricos expuestos en los apartes anteriores, en este se asumirá una posición acerca de la naturaleza de las normas que expiden las CRSPD.

Independientemente de la conclusión a que se llegue, es preciso subrayar que las mencionadas normas son de vital importancia para el desarrollo integral del sector, máxime si se tiene en cuenta que los avances en el mismo son indicadores de bienestar de la comunidad. Las normas expedidas por las CRSPD son la manifestación de organismos esencialmente técnicos, con cuya creación se buscó imprimirle dinamismo a los servicios públicos domiciliarios, los cuales se hallaban

limitados por factores como la ineficiencia administrativa, la corrupción y la burocratización.

Ahora bien, no porque estas normas sean importantes, ha de verse en la regulación un tipo jurídico autónomo, ya que como lo expuso el profesor Húbed Bedoya en el artículo ya citado, la expresión "regulación", "regular" ha sido de común utilización en el lenguaje jurídico, incluso en la misma Constitución. Es decir, si bien la regulación como fenómeno económico se relaciona con los movimientos de "modernización" e intervención del Estado que se han manifestado en las últimas décadas, si se estudian los efectos de las normas expedidas como resultado de la "regulación", no se encuentra que sean algo sui generis o distinto que no pueda ser entendido desde el sistema de fuentes ya existente en el ordenamiento jurídico colombiano. Esta posición también es avalada por Luis Ferney Moreno quien sostiene que:

Ante todo es necesario aclarar la diferencia entre regulación y reglamentación. Al respecto es importante decir que se trata de un problema ante todo semántico derivado de la traducción de la palabra *reglementation* del francés al español, porque *reglementation* en francés se refiere a lo que en español podemos denominar regulación; sin embargo, algunos doctrinantes colombianos han tratado de hacer teoría sobre la diferencia entre regulación y reglamentación, aunque la realidad, tal como se ha sostenido, es que la regulación es una función estatal de intervención en la economía.¹⁸

Sea cual fuere la fuente de derecho en donde se decida ubicar las resoluciones y normas expedidas por las CRSPD, debe tenerse en cuenta que su validez dependerá de la consonancia que tengan con otras de superior jerarquía. Esto es manifestación del principio de jerarquía normativa, muy propio de un Estado de Derecho como el colombiano.

Las CRSPD en Colombia no son organismos autónomos ni independientes. Como ya se estudió más arriba, son unidades administrativas adscritas a los ministerios, con lo cual se puede afirmar, sin lugar a dudas, que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público. En la rama ejecutiva sólo el Presidente, excepcionalmente,¹⁹ tiene la facultad de expedir normas con rango de ley; a ningún otro funcionario u organismo autoriza la Constitución para hacerlo. Entonces, desde una perspectiva de competencias constitucionalmente atribuidas, las comisiones no pueden expedir normas que formal o materialmente sean consideradas como leyes, con todo el proceso de formación y los efectos que de ello se derivan.

18 MORENO, Luis Ferney. *Servicios públicos domiciliarios: perspectivas de derecho económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001, 345 p.

19 Ver, entre otros, artículos 150 numeral 10, y 215 de la Constitución Política.

La regulación, tal y como se define en el artículo 14 numeral 18 de la Ley 142 de 1994,²⁰ comparte con la ley el carácter general que pueden tener sus disposiciones, pero no puede considerarse ley por este solo hecho, ya que en esta misma norma se somete la regulación a la Constitución y a la ley. Ahora bien, la ley como fuente de derecho sólo está sometida a la Constitución, es decir, la ley no tiene por qué someterse a la ley si está en el mismo nivel y puede derogarla. Obviamente, esto tiene sus matices si se tienen en cuenta los diversos tipos de ley y las reservas que ellos pueden tener (es el caso de las leyes orgánicas y leyes estatutarias). En conclusión: si las normas regulatorias que expiden las comisiones tienen que estar sometidas a la ley, es porque se encuentran en un escaño inferior frente a esta fuente de derecho, valga agregar, porque no son leyes.

La justificación de la existencia de las comisiones de regulación y de las normas que expiden, se encuentra estrechamente relacionada con el criterio lógico para justificar la existencia de los reglamentos. Según este criterio, la administración está mucho mejor preparada para reglamentar cuestiones que requieran preparación técnica y jurídica, que el Congreso, como órgano esencialmente político, puede no tener. El mercado de los servicios públicos tal y como fue concebido en la Ley 142 de 1994, requiere dinamismo y decisiones rápidas para poder llevar a la práctica los caracteres y principios esenciales del servicio público, como son la continuidad, la eficiencia, la ampliación de la cobertura; lo cual no puede lograrse si las normas expedidas por las comisiones se ubicaran en el rango de la ley, porque entonces se produciría una especie de "congelación del rango", dificultando con ello el cambio del derecho vigente en el sector de los servicios públicos domiciliarios de acuerdo con las necesidades que en él se presenten.

Se recuerda que las reservas de ley sólo pueden fijarse constitucionalmente. Pues bien, en la Constitución de 1991 no se encuentra ninguna norma que someta las materias de que actualmente se ocupan las comisiones de regulación, a un proceso legislativo. Es decir, no es obligatorio que las materias y asuntos que tratan las comisiones se revistan bajo la forma de la ley, entonces pueden ser desarrolladas por normas de naturaleza distinta, como pueden ser los reglamentos.

Algunos autores sostienen que las funciones que cumplen las CRSPD tienen su apoyo y sustento en la delegación que en ellas hizo el Presidente de la República,

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

14.18. Regulación de los servicios públicos domiciliarios. La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos.

es decir, sin delegación las comisiones no podrían desarrollar ninguna función; otros, en cambio, afirman que las comisiones pueden desarrollar funciones con fundamento en la Ley 142 de 1994, con cierta independencia de la delegación que en ellas haga el Presidente. Sin necesidad de tomar partido por una u otra posición doctrinal, se puede llegar a la conclusión de que las normas expedidas por las comisiones son verdaderos reglamentos si se recuerda el tema de la titularidad de la potestad reglamentaria.

Si las comisiones desarrollan sus funciones por delegación presidencial, debe considerarse que la potestad normativa natural del Presidente es la potestad reglamentaria y sólo esto podría delegar en las comisiones. Las facultades legislativas que extraordinariamente tiene el Presidente, no pueden ser delegadas en otros organismos o funcionarios, precisamente por su carácter extraordinario. Además, téngase en cuenta que el artículo 370 constitucional que atribuye al Presidente la facultad de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, condiciona a que este señalamiento se haga con sujeción a la ley. Si el Presidente ejerciendo esta función directamente tiene que sujetarse a la ley, también deben hacerlo las comisiones de regulación si dicho funcionario decide delegarla en ellas. Se itera: si una norma expedida por la administración tiene que someterse a la ley, es porque se está actuando en ejercicio de la potestad reglamentaria, con lo cual se estaría dando origen a un reglamento.

Respecto a la delegación de funciones presidenciales es necesario tener en cuenta que el artículo 211 constitucional permite, en principio, la delegación de cualquier función, siempre y cuando medie la autorización legal. La Corte Constitucional afirmó en sentencia ya citada,²¹ que “excepcionalmente es improcedente la delegación cuando se trata de una atribución que compromete a tal punto la integralidad del Estado y la investidura presidencial, que se requiere una actuación directa del Presidente como garantía de unidad nacional”. Nosotros consideramos que es perfectamente posible la delegación por parte del Presidente de las funciones contenidas en el artículo 370 constitucional ya citado, pero es importante tener en cuenta que esa delegación está limitada a que el Presidente sí decida delegar las citadas funciones y lo haga mediante acto escrito, tal y como lo exige la Ley 489 de 1998;²² además, por mandato expreso de la Ley 142 de 1994, sólo puede hacerlo en las comisiones de regulación. Si el Presidente ejerce directa-

21 Remitimos al tema de “posiciones jurisprudenciales y doctrinales sobre la función normativa de las CRSPD”.

22 Ley 489 de 1998. “Artículo 10. Requisitos de la delegación. En el acto de delegación, **que siempre será escrito**, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren [...]” (negritas fuera de texto).

mente la función, lo hará por medio de la expedición de reglamentos, como normalmente se expresa este funcionario. Y en caso de delegar la función tantas veces mencionada, las comisiones también la ejercerán valiéndose del mismo tipo de norma jurídica que habría utilizado el delegante.

Si las comisiones desarrollan sus funciones con apoyo directo en la Ley 142 de 1994, puede considerarse la posibilidad de que expidan reglamentos, en tanto la titularidad de la potestad reglamentaria no sólo es dada por la Constitución sino también por la ley. Es más, no se hace necesario que la ley diga explícitamente que confiere la potestad de “reglamentar” a cierto órgano, sino que de las funciones que él desarrolle, ésta se pueda desprender razonablemente. La potestad reglamentaria apoyada en la ley sólo tendría un límite y es la Constitución, por cuanto no se puede despojar a un órgano de la potestad reglamentaria atribuida constitucionalmente para otorgarla a otro.

Relacionando los caracteres esenciales del reglamento ya mencionados,²³ con las funciones que la Ley 142 de 1994 le confiere a las comisiones, se encuentra que las siguientes, para citar sólo algunos ejemplos, pueden servir como argumento para predicar la existencia de la potestad reglamentaria en cabeza de estos organismos:

- Artículo 73.3. “Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones”.
- Esta definición de criterios de eficiencia y los indicadores y modelos para evaluar la gestión, no pueden ser dictados por las comisiones para cada prestador concreto, sino para la generalidad de ellos. Situación semejante se presenta con el artículo 73.4 en virtud del cual deben “fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio”. Para cumplir con estas funciones las comisiones emiten “resoluciones”, que no son cosa distinta que normas reglamentarias que se aplican a una generalidad de sujetos, no se agotan con su aplicación a un caso concreto y se expiden en desarrollo de la función administrativa, buscando lograr el cabal cumplimiento de la ley.
- Artículo 73.11. “Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre”.

23 Generalidad, permanencia en el tiempo y potestad en ejercicio de la cual se expide el reglamento.

Artículo 73.12. “Determinar para cada bien o servicio público las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo y definir, con bases estadísticas y de acuerdo con parámetros técnicos medibles y verificables, apropiados para cada servicio, quienes puedan considerarse ‘grandes usuarios’.

Las dos normas transcritas reflejan uno de los mayores poderes de las CRSPD, consistente en el establecimiento de fórmulas tarifarias y la regulación de aspectos técnicos (unidades de medida y de tiempo) que los operadores deben aplicar. Estas funciones también se desarrollan mediante de normas de carácter general y con permanencia en el tiempo, que sólo podrían ser derogadas por otra resolución emitida por ellas mismas u, obviamente, por normas de superior jerarquía.

- Artículo 73.17. “Dictar los estatutos de la comisión y su propio reglamento, y someterlos a la aprobación del gobierno nacional”.

Se identifica en esta norma una potestad reglamentaria *ad intra*, es decir, para establecer normas que regirán al propio ente u organismo que las emite, en este caso las comisiones. El hecho de que este reglamento interno de las comisiones tenga que someterse a la aprobación del gobierno no significa que no actúen en ejercicio de una potestad reglamentaria, sino que debe entenderse como manifestación de la subordinación que tienen estas agencias frente al ejecutivo, porque, se itera, en Colombia las comisiones no son independientes ni autónomas como en otros ordenamientos.

- Artículo 73.22. “Establecer los requisitos generales a que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; asimismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo a las reglas de esta ley”.

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

En las normas transcritas se manifiesta la potestad reglamentaria, y sobre todo el sometimiento de las normas que las comisiones expidan con base en ella, a la Ley 142 de 1994 y con ello, a la ley como fuente de derecho. Es

evidente la aplicación del principio de jerarquía normativa: los reglamentos están sometidos a la ley,²⁴ y ésta a la Constitución.

Con el debido respeto por los planteamientos de la Corte Constitucional en la sentencia C-1162 de 2000, según los cuales la regulación emanada de las comisiones no constituye una función reglamentaria porque no encuentra fundamento en el artículo 189.11 de la C. P. (potestad reglamentaria general del Presidente de la República) sino en el artículo 370 inc. 1 C. P., es claro para nosotros que este último artículo sí consagra una potestad reglamentaria, sólo que se encuentra dirigida a un campo específico: el de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Es decir: no toda potestad reglamentaria dada por el constituyente al Presidente de la República, e indirectamente a los organismos en que él la delegue, tiene que tener apoyo en el artículo 189.11 C. P.

La potestad reglamentaria de las CRSPD se encuentra limitada al sector de estos servicios, no sólo por lo establecido en el artículo 370 superior, sino por la limitación de funciones que hace la Ley 142 de 1994. En virtud de ello, no podrán estas comisiones expedir normas sobre temas distintos, porque entonces se invadirían las órbitas y competencias de otros organismos, incluso, del mismo Presidente de la República.

Las comisiones de regulación en ejercicio de la potestad reglamentaria sí pueden crear derecho, en tanto esta potestad no puede ser entendida como simple repetición de las normas superiores, como son la Constitución y la ley. Esto, además de inútil, entorpecería en gran medida el mercado que pretenden regular y dinamizar, pues lo que éste necesita precisamente es que esas normas (la ley y la Constitución) sean desarrolladas y se lleven a la realidad concreta del funcionamiento de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.

Es preciso aclarar que hasta el momento se ha sostenido que la función normativa de las comisiones de regulación encuentra su concreción en normas de carácter reglamentario porque lo que más se conoce de estos entes en el ámbito jurídico son sus resoluciones con alcance general. Pero la regulación también puede tener un alcance particular²⁵ y cuando las comisiones se expresan mediante este tipo de actos, se aplica la teoría de los actos administrativos. Al respecto, se recuerda que los reglamentos también son actos administrativos, la diferencia está en las nor-

24 Se aclara que en unos pocos casos los reglamentos no están sometidos a la ley, sino directamente a la Constitución.

25 Ley 142 de 1994. “Artículo 14.18. Regulación de los servicios públicos domiciliarios. La facultad de dictar normas **de carácter general o particular** en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos” (negritas fuera de texto).

mas aplicables y acciones procedentes cuando el acto es de contenido general o particular.

Ahora bien, si la función normativa de las CRSPD es de carácter reglamentario, cabe preguntarse a qué controles jurídicos están sometidas las normas que expiden como manifestación de esta función normativa. Teniendo en cuenta que las comisiones de regulación son simples agencias estatales, organizadas como unidades administrativas adscritas a los ministerios respectivos, pertenecientes a la rama ejecutiva y que expiden reglamentos, sus normas están sometidas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual podrán ser acusadas de nulidad o inconstitucionalidad, recurriendo a las acciones previstas en el C. C. A.

De otro lado, téngase en cuenta que las comisiones de regulación también expiden actos de contenido particular a los cuales se aplica la teoría de los actos administrativos. Estos actos tienen diferentes mecanismos de control, como son la acción de nulidad²⁶ y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Adicionalmente, y de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 4 superior, frente a los actos administrativos emanados de las comisiones, cabe un control constitucional difuso, es decir, su inaplicación por parte de los operadores jurídicos en caso de contravenir flagrantemente la Carta Política.

Las ideas expuestas no son óbice para manifestar algunas situaciones que se pueden presentar en el día a día de la regulación, y aunque no hacen parte del análisis estrictamente jurídico, sí pueden incidir en lo normativo. A pesar de que el propósito inicial de los organismos regulatorios es la protección del interés general, la evidencia empírica sugiere que en muchos casos su comportamiento y las normas que expiden terminan reflejando los puntos de vista e intereses de los operadores, en tanto sus pérdidas y beneficios se relacionan de forma directa con las decisiones que tomen los entes regulatorios. Es por esto que no escatiman recursos para lograr que las resoluciones y normas sean favorables a sus intereses, en desmedro de los derechos e intereses de los usuarios. De esta forma, los reguladores concentran los beneficios de la regulación en grupos de interés, desdibujando con ello el propósito matriz de la regulación: de un lado, propiciar la libre competencia, y de otro, intervenir para proteger al usuario de los servicios públicos domiciliarios.

26 Mediante sentencia C-426 de 2002 la Corte Constitucional determinó que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y **particulares**, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico (exequibilidad condicionada del artículo 84 del C. C. A.). Para la Corte es inexacta la interpretación del Consejo de Estado que limita la procedencia de esta acción contra actos particulares a los casos que indique la ley o cuando dichos actos representan un interés para la comunidad. Cuando se anula un acto de contenido particular en ejercicio de la acción de simple nulidad, el juez está obligado a mantener intangible el derecho en cuestión, pues el pronunciamiento judicial es sólo de legalidad en abstracto.

En razón de que las comisiones de regulación se encuentran sometidas a las presiones e influencias anteriormente mencionadas, no es conveniente que se les dote de una total independencia frente a la organización estatal. Hay quienes opinan que la falta de independencia de las comisiones de regulación en Colombia es inconstitucional, por contravenir lo dispuesto en el artículo 113, que permitiría que la función regulatoria como una función no adscrita a otra rama del poder público, se realice por medio de organismos totalmente independientes, como es el caso del Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión —CNTV—. En nuestro concepto este argumento no es admisible, por cuanto la independencia del Banco de la República y de la CNTV tiene un origen constitucional claro, lo cual no puede predicarse de las comisiones, cuya creación misma es legal. Adicionalmente téngase en cuenta que la actividad financiera y la televisión no son servicios públicos, en contraste con las funciones de las comisiones de regulación, orientadas al sector de los servicios públicos domiciliarios. Estos últimos constituyen un asunto de interés general, cuya prevalencia está consagrada en el artículo 1.º constitucional.

Independientemente de la naturaleza jurídica de las normas expedidas por las CRSPD, es necesario entender que dentro del nuevo paradigma de prestación de este tipo de servicios, a los órganos regulatorios se les debe reconocer y dotar de legitimidad y autoridad para que cumplan cabalmente con las funciones que les ha asignado la ley y la Constitución indirectamente, todo ello en búsqueda del desarrollo integral del sector de los servicios públicos domiciliarios, que por mandato constitucional (artículo 365 C. P.) son inherentes a la finalidad social del Estado.