

**DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES
(Un acercamiento a su naturaleza jurídica, a sus principales
funciones y a la problemática en cuanto a su ubicación
en la estructura del Estado)**

MIGUEL EFRAÍN POLO* **

*“...No aspiro a cambiar nada. Escribo
para comprender”.*

JOSÉ SARAMAGO

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia y la doctrina colombiana han analizado a las comisiones de Regulación con suma reserva y ambigüedad, sin denotar la problemática jurídica que con dichas interpretaciones se puede llegar a consolidar al interior de nuestro ordenamiento constitucional y legal. Son varias las jurisprudencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que han abordado el tema, sin que en las mismas se realice un

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario.

** El autor agradece a CARLOS PABLO MÁRQUEZ por la colaboración prestada, a LAURA REYES por sus valiosos aportes y a SANDRA TRUJILLO por la corrección y comentarios al mismo.

estudio más o menos claro sobre la regulación como función constitucional y de los órganos de creación legal que tienen bajo el marco de sus competencias, su ejecución y desarrollo¹.

Por otra parte, la doctrina fluctúa entre quienes asumen como ciertas e indiscutibles las posiciones esgrimidas por la jurisprudencia nacional, especialmente, por la Corte Constitucional² y aquellos otros que llaman la atención sobre las graves inconsistencias en la forma en que se ha desarrollado dicho modelo de regulación³, llegando a proponer incluso su inexequibilidad⁴.

Es pertinente aclarar que el origen del presente estudio se remonta al análisis particular sobre el acto de creación y las principales funciones que desarrolla al interior del ordenamiento jurídico colombiano la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Dicho estudio comenzó a mediados del año 2003, siendo profundamente revaluado a comienzos del presente año.

Básicamente, el descubrimiento de nuevas jurisprudencias y el juicio a profundidad de la escasa doctrina, me llevaron a revisar lo escrito y a intentar consolidar una nueva visión sobre el alcance constitucional de la regulación, especialmente, a partir del hallazgo de posturas jurisprudenciales diversas e inconexas sobre el tema. De esta perspectiva, aun cuando el presente escrito asume como objetivo el análisis en concreto de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, fue necesario en gran parte del mismo desbordar dicho límite para analizar temas como la intervención, la reglamentación, la regulación y, por ende, los órganos que tienen asignadas dichas funciones.

Con fundamento en las anteriores advertencias, puede sostenerse que el propósito inmediato de las siguientes líneas, es el estudio de la naturaleza jurídica y principales funciones de la CRT (o Comisión de Regulación de Telecomunicaciones). Asimismo, se tendrá como objeto mediato el análisis, desarrollo y armonización de las funciones

-
- 1 Quizás una de las sentencias más importantes sobre la materia fue proferida por la Corte Constitucional en el año 2003. Lastimosamente, el exceso de reflexiones no relacionadas directamente con el principio, regla o razón de la decisión (llámense *obiters dicta*), hicieron que la valiosa exposición doctrinaria allí prevista, perdiera el valor histórico pretendido por el ponente (Véase, sentencia C-150 de 2003. MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA).
 - 2 Véase, BARRERA CARBONELL, ANTONIO, La regulación en servicios públicos, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, n° 11, junio de 2000.
 - 3 Véase, VIDAL PERDOMO, JAIME, Las Comisiones de Regulación en los servicios públicos, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, n° 11, junio de 2000.
 - 4 Véase, SÁNCHEZ GARCÍA, CARLOS ANDRÉS. VILLEGAS CARRASQUILLA, LORENZO, *Regulación de los servicios públicos: redefinición constitucional del Estado colombiano, derecho constitucional, perspectivas críticas*, Editorial Legis, n° 2°, 1ª edición, 2001.

constitucionales de intervención, regulación y reglamentación, conforme a su comprensión y desarrollo en la jurisprudencia y doctrina. Finalmente, se concluirá con el señalamiento de algunas reglas constitucionales y legales sobre la materia y, a su vez, con la formulación de una nueva propuesta para el entendimiento del tema.

2. INTERVENCIÓN Y REGULACIÓN

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que simultáneamente con las denominadas partes dogmática y orgánica, en nuestra Carta Fundamental existe la denominada *Constitución económica*. Su importancia radica en que se convierte en el soporte material para la efectividad de los derechos fundamentales y, a su vez, comporta el elemento trascendental de relativización de las libertades individuales a partir de su ponderación con los derechos sociales⁵.

La Corte Constitucional ha definido a la Constitución Económica, como aquella parte del Texto Fundamental que consagran los principios, valores y cánones reglamentarios que vigilan, desarrollan y regulan el contenido económico-social del Estado colombiano⁶.

El mandato normativo del Estado social de derecho exige que las libertades económicas se interpreten bajo las premisas fundamentales de una economía social de mercado, es decir que, aun cuando se permite la libertad para participar o no en las distintas etapas de los procesos productivos o de comercialización, sin barreras artificiales de entrada u otras prácticas restrictivas análogas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita, su ejercicio se encuentra sujeto a las limitaciones o regulaciones que realice el legislador, siempre y cuando resulten necesarias, razonables y proporcionales, en aras de salvaguardar el bien común, el interés general, la justicia, la equidad y la solidaridad social (CP art. 1º, 95, 333 y 334), sin llegar por ello a desconocer o alterar su núcleo esencial.

Para permitir la concurrencia de las libertades económicas y la exigencia constitucional de propender por el logro de una sociedad democráticamente justa, el Ordenamiento Superior le atribuye al legislador la facultad de intervenir en la economía (CP art. 150-21 y 334).

5 Véase, PÉREZ LUÑO, ANTONIO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998.

6 Corte Constitucional, sentencias T-426 de 1992, C-265 de 1994 y C-624 de 1998.

Por regla general dicha intervención se desarrolla mediante leyes ordinarias⁷, en las cuales deben precisarse sus fines y alcances, y especialmente, los límites a la libertad económica. Dentro de los propósitos no taxativos reconocidos por la Carta Fundamental, se encuentran:

“(…) racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.

Adicionalmente, se interviene en aras de:

“(…) dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”.

Y, en últimas, una ley de intervención debe dirigirse a:

“promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”. (CP art. 334)⁸.

Estas exigencias de razonabilidad legislativa reconocidas por el constituyente, se encuentran previstas como cargas mínimas que debe asumir el Estado por el solo hecho de tener bajo el ámbito general de su competencia, la dirección general de la economía (CP art. 344). Ahora bien, es pertinente señalar que la observancia de dichas cargas cumple el papel trascendental de preservar el contenido o núcleo esencial de las libertades económicas fundamentales, pues establecen con certeza los límites de los ciudadanos al momento de participar en igualdad de oportunidades en un determinado mercado, y a su vez, permiten verificar que los fines que se pretenden con el señalamiento de condiciones especiales de regulación o con la imposición de restricciones a su alcance, resulten proporcionales y razonables en los términos reconocidos por la jurisprudencia constitucional, es decir, que no sólo sean necesarios y adecuados al fin propuesto, sino también que no impliquen el sacrificio de un principio,

7 Así, por ejemplo, la intervención del Estado en la economía en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, se lleva a cabo a través de leyes y decretos marco (véase, artículo 150, numeral 19, literal d) y artículo 335 de la Constitución Política).

8 Sobre la materia puede consultarse la sentencia de la Corte Constitucional C-867 de 2001. MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

valor o derecho constitucional de mayor entidad a aquél que se pretende o quiere sacrificar. En este contexto, una ley de intervención que carezca de un fin constitucional válido o que no señale los límites de su alcance o que no salvaguarde en términos de proporcionalidad la entidad de una libertad económica fundamental, de conformidad con las premisas expuestas en nuestra Carta Fundamental, es manifiestamente inconstitucional.

Tradicionalmente se ha reconocido que la intervención estatal cumple cinco grandes funciones en un Estado social de derecho, a saber: (i) una función de redistribución del ingreso y de la propiedad (preámbulo y artículos 58, 60, 66, 334 y 367 de la CP); (ii) una función de estabilización económica o de racionalización en el manejo de los recursos públicos (CP art. 334, 339 y 347); (iii) una función de asignación de recursos, es decir, de distribución del patrimonio público entre los diferentes órganos del Estado con el fin de cumplir los deberes a él asignados, principalmente, en obligaciones constitucionales indelegables e intransferibles, tales como, garantizar el acceso universal y solidario a la educación y salud (CP art. 350, 356 y 357); (iv) una función de defensa a la libre y leal transparencia del mercado, corrigiendo las externalidades que afecten su normal funcionamiento (CP art. 75, 78 y 333); y (v) una función de regulación económica y social (CP art. 150 -numerales 21, 22, 23 y 24-, 335 y 365).

Bajo este contexto, no queda duda alguna en que el concepto '*intervención*' hace relación a las diferentes formas en las que las autoridades públicas participan directa o indirectamente en la economía.

De acuerdo con la definición contenida en el *Diccionario de la Real Academia Española*, el término '*intervenir*' significa:

“Dirigir, limitar o suspender [por] una autoridad el libre ejercicio de actividades o funciones”.

De la noción anteriormente transcrita surge entonces el siguiente interrogante: ¿cuál es la finalidad de la intervención del Estado en la economía?

En palabras del tratadista GAKBRAITH⁹, existen cuatro razones fundamentales que justifican la intervención del Estado en la economía, tal como se explica a continuación:

9 GAKBRAITH, *Una sociedad mejor*, Crítica, Barcelona, 1996.

“Hay cuatro factores que obligan a la intervención y a la regulación pública. Está, en primer lugar, la necesidad de proteger ahora y a largo plazo el planeta, requisitos normativos que suelen describirse como destinados a impedir la destrucción del medio ambiente. En segundo lugar, la necesidad de proteger a los más vulnerables de los empleados del aparato productivo contra los efectos adversos de la máquina económica (...) En tercer lugar, la propensión más que ocasional de la economía a producir y vender bienes o servicios deficientes o materialmente perjudiciales. Y, por último, el sistema contiene dentro de sí tendencias que son autodestructivas de su eficaz funcionamiento”.

Nótese cómo, es evidente que aunque la intervención debe ser respetuosa de los derechos de las personas y de las empresas, es necesaria para garantizar a todos los habitantes de un Estado, el acceso a los bienes y servicios que les permitan satisfacer sus necesidades básicas¹⁰.

A lo largo de la historia, han existido diferentes formas de intervención del Estado en la economía, dentro de las cuales podemos destacar: El dirigismo, la planificación, el servicio público, y de manera más reciente, la regulación. En este sentido, los términos intervención y regulación guardan una relación de género a especie. Para entender el origen de la técnica regulatoria, debemos remontarnos entonces a la crisis de la noción del servicio público.

En efecto, uno de los títulos clásicos de intervención del Estado en la economía y que sirvió como base para la estructuración del concepto del derecho administrativo en países como Francia, fue la construcción de la noción de servicio público como una técnica a través de la cual el Estado asumía directamente o a través de delegados la prestación de una actividad en desarrollo del interés general, para garantizar su acceso y disposición a todos los habitantes del territorio nacional¹¹.

En palabras del tratadista GONZÁLEZ VARAS¹²:

10 De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 2º de la Carta Política “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución;...”

11 De acuerdo con lo establecido en el artículo 365 de la Carta Política: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

12 GONZÁLEZ-VARAS, SANTIAGO, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transporte*, Editorial Comares, España, 2001.

“Los servicios públicos están basados en una concepción jurídica según la cual el poder público puede asumir un determinado sector o actividad (mediante un acto llamado *publicatio*) con el fin de satisfacer de esta forma necesidades básicas de la población que todo el mundo debe tener a su alcance, tales como el transporte, el correo, la luz, el agua, etc.”.

En términos similares, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han establecido que una actividad económica se convierte en servicio público, cuando se dirige:

“(…) a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o de simples personas privadas...”¹³.

Dentro de ese contexto, podemos afirmar que la noción tradicional de servicio público descansaba sobre la base de los siguientes postulados: (i) Asunción de una actividad por el poder público (*publicatio*); (ii) sometimiento de dicha actividad a las reglas especiales del derecho administrativo; y (iii) control judicial a su prestación y ejecución por intermedio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, hacia mediados del siglo XX la noción tradicional del servicio público entra en crisis, y el modelo del Estado intervencionista propugnado hasta ese entonces, empieza a desaparecer, retornando a la filosofía política, jurídica y económica la idea posrevolucionaria francesa del ‘Estado mínimo’, lo cual se evidencia en el auge de las técnicas privatizadoras y de la liberalización de los servicios. Este fenómeno ha sido descrito por el tratadista GARRIDO FALLA¹⁴ en los siguientes términos:

“Si esta era la situación que a mediados del siglo pasado —es decir, ayer para quienes hemos vivido esos años de juventud—, la situación actual supone la reversión absoluta de cuanto queda expuesto: hoy día las corrientes económicas neoliberales postulan la vuelta al ‘Estado mínimo’ con el consiguiente fenómeno de desregulación y privatización total o parcial de las empresas económicas en manos públicas. O lo que es lo mismo, la ‘muerte del servicio público’ (la

13 Corte Suprema de Justicia, sentencia de agosto 18 de 1970. MP EUSTORGIO SARRIA, Corte Constitucional, sentencia C-623 de 2004. MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

14 GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, undécima edición, Editorial Tecnos, España, 2002.

expresión es de uno de nuestros colegas administrativistas) y la regulación mínima de las actividades privadas”.

En esta medida, con el paso de las empresas públicas al sector privado, y la liberalización de los servicios entendida como aquella situación en la cual:

“el poder público deja de gozar de la exclusiva gestión de la actividad publicada”¹⁵.

Se impulsa la técnica de la regulación como el título de intervención estatal en la economía por excelencia, el cual ha ocupado en la actualidad el lugar que en su época tuvo el servicio público. Dicho fenómeno ha sido definido por el profesor RICARDO RIVERO de la siguiente manera¹⁶:

“La regulación es el nuevo paradigma del intervencionismo público sobre la economía, ya que tiene el protagonismo que en otras épocas históricas correspondía a la planificación, al servicio público o a la empresa pública, técnicas que por otro lado no han desaparecido del panorama administrativo, pero que sí han experimentado mutaciones en algunas de sus características”.

En consecuencia, con el paso de la teoría clásica del servicio público a la liberalización de los mismos, es decir, con la desmonopolización en su prestación, el papel del Estado se reduce a funciones de tipo regulatorio que le permiten corregir las fallas del mercado y mantener su presencia en el mismo.

La Corte Constitucional ha reconocido que al margen de la evolución del derecho administrativo del ‘Estado prestador’ al ‘Estado regulador’, es claro que el constituyente de 1991 concibió la *regulación* en general y, en especial, en los servicios públicos, como un tipo de intervención estatal en la economía al cual le dedicó un capítulo especial de la Constitución:

“el capítulo 5 del título XII ‘Del régimen económico y de la hacienda pública’. Ello se aprecia al interpretar armónicamente los artículos de la Carta al respecto,

15 *Ibidem*.

16 RIVERO ORTEGA, RICARDO, *Introducción el derecho administrativo económico*, 2ª edición, Editorial Ratio Legis, España, 2001.

principalmente, los artículos 1º, 2º, 150 núms. 22 y 23, 189 num. 22, 333, 334 y 365 a 370¹⁷.

Precisamente, una interpretación armónica de los artículos 334 y 365 de la Constitución Política permiten concluir que una de las modalidades de intervención del Estado en la economía y, especialmente, en la prestación de los servicios públicos, es a través de la técnica regulatoria. En efecto, el artículo 334 del Texto Superior dentro del catálogo de materias susceptibles de intervención establece a los servicios públicos¹⁸ y, por su parte, el artículo 365 del mismo ordenamiento constitucional, reconoce que es obligación y competencia del Estado *regular*, controlar y vigilar la prestación de dichos servicios¹⁹.

Ahora bien, la intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos a través de la técnica regulatoria, se caracteriza por²⁰:

Primero.- La regulación de los servicios públicos es competencia del *Estado*, y no de un órgano específico o conjunto de autoridades predeterminadas (CP art. 365). Sin embargo, le corresponde al legislador, de conformidad con lo previsto en los artículos 150-23, 334 y 365, señalar el régimen jurídico básico para la prestación de dichos servicios. Las materias que según la Constitución se encuentran sujetas a reserva de ley²¹, son:

17 Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003. MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

18 En lo pertinente establece el artículo 334: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (...)”. (Bastardilla por fuera del texto original).

19 Señala la citada disposición, que: “(...) 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 (...)”. (Bastardilla por fuera del texto original).

20 Sobre la materia puede consultarse la sentencia de la Corte Constitucional C-150 de 2003. MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

21 Esto significa que se trata de materias excluidas de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en virtud de lo previsto en el artículo 189-11 de la Constitución. Precisamente, en relación con estos temas, la Corte Constitucional ha dicho que:

“(...) la doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa.

¿Qué factores determinan que ello ocurra?

- Las reglas que permitan la concurrencia u oposición en su prestación. De suerte que no sólo participe el Estado, directa o indirectamente, sino también las comunidades organizadas, o los particulares.
- Tratándose de servicios públicos domiciliarios, las disposiciones destinadas a fijar competencias y responsabilidades en su prestación, cobertura, calidad y financiación. Además, el señalamiento de las reglas para establecer el régimen tarifario, así como la entidad competente para fijar dichas tarifas. Estas últimas deberán tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos.
- Por último, el artículo 369 somete a reserva legal, la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la intervención de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que suministren los servicios públicos domiciliarios.

Segundo.- El artículo 370 le atribuye al Presidente de la República la facultad de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

Esto significa que existe en dichas materias una distribución de competencias específica de rango constitucional entre el ejecutivo y el legislativo. En este sentido, según el

En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro o precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.

No obstante, esta capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución, tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras, la regulación de materias tales como impuestos o leyes estatutarias. Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, sopena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (CP art. 152 y 338).

Otro límite corresponde a la voluntad del Constituyente de sujetar la regulación de ciertas materias a topes máximos o mínimos de flexibilidad, con el propósito de permitir a través de la reglamentación presidencial, su adecuación al cambio permanente y constante de circunstancias móviles y aleatorias.

A manera de ejemplo, en el campo económico, la incertidumbre de sus variables, condujo a que por voluntad propia del constituyente (CP art. 150-19), se imponga -para adelantar su regulación- la necesaria distribución de competencias normativas entre el Congreso y el ejecutivo. Precisamente, para alcanzar dicho objetivo, se establecieron en el ordenamiento constitucional, las denominadas leyes marco y leyes de autorizaciones (...)" (Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004. MP RODRIGO ESCOBAR GIL).

propio Constituyente, puede concluirse que es obligación del legislador, permitir y hacer efectivo el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en el señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Se trata en esencia de un poder reglamentario especial y autónomo de origen constitucional, por virtud del cual el legislador se encuentra limitado para regular directamente en la ley dichas materias, pues su competencia se restringe a establecer las condiciones para permitir que el presidente proceda a la reglamentación querida por la Constitución.

Se aclara que se trata de un poder reglamentario *específico*, pues bien puede suceder que, en relación con otras materias, se acuda a la técnica de reglamentación prevista en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, cuando se estime que es necesario auxiliarse de un decreto reglamentario para la debida ejecución de la ley de servicios públicos domiciliarios. Así, entre otras, en desarrollo de la Ley 142 de 1994, el Presidente de la República ha ejercido su potestad reglamentaria, en los siguientes temas:

(i) Decreto 548 de 1995,

“por el cual se compilan las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se establece su estructura orgánica, y se dictan otras disposiciones”.

(ii) Decreto 1429 de 1995,

“por el cual se reglamente el capítulo 1 del título V de la Ley 142 de 1994, en relación con el control social de los servicios públicos domiciliarios”.

Una pregunta obvia surge entonces: ¿qué diferencia existe entre ambas modalidades de reglamentación? En primer lugar, la prevista en el artículo 370 de la Constitución Política es una exigencia positiva del constituyente al legislador, de manera que no corresponde a su voluntad política, permitir o no la reglamentación en dichas materias. En segundo término, el resto de reglamentaciones provienen de la facultad autónoma reconocida al Presidente de la República por la Carta Fundamental, en el artículo 189, numeral 11, según el cual, dichas reglamentaciones se sujetan a la necesidad explícita o implícita de ejecutar una ley.

Es preciso recordar que el ejercicio de la potestad reglamentaria se sujeta al cumplimiento estricto de dos requisitos, a saber: (i) *la necesidad de reglamentar*²², es decir, que

22 Dice textualmente el artículo 189, numeral 11: “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes *necesarios* para la cumplida ejecución de las leyes”. (Bastardilla por fuera del texto original).

ante el vacío explícito (en aplicación de la clásica fórmula: ‘*El gobierno reglamentará la materia*’ o similares) o implícito del legislador (cuando en la ley se guarda silencio), el presidente se encuentre comprometido a adoptar las medidas indispensables para hacer efectiva la correcta ejecución de la ley²³; y el de (ii) la *competencia para ejercer el poder reglamentario*, o en otras palabras, que el contenido que se pretenda reglamentar no se encuentre sujeto a estricta reserva constitucional de ley, como por ejemplo, en tratándose de disposiciones que configuren o desarrollen el núcleo esencial de los derechos fundamentales (CP art. 162. num. a)²⁴ o que, por virtud de la misma Constitución, la reglamentación se encuentre asignada a otra autoridad, impidiendo la concurrencia en su desarrollo, tal es el caso del Banco de la República en materias monetaria, cambiaria y crediticia (CP art. 372).

Sin embargo, es pertinente destacar que el ejercicio de la potestad reglamentaria especial prevista en el artículo 370 de la Carta Fundamental, no debe ser entendida como una modalidad de la técnica legislativa de las leyes marco, pues la Constitución no establece una competencia concurrente entre la ley y el decreto, sino exclusivamente la necesidad de sujetarse a la ley, para que el presidente pueda llevar a cabo su función constitucional

La Corte Constitucional ha señalado que la efectividad de la técnica legislativa de las leyes marco, supone que el Congreso fija las pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse una determinada materia, y el Presidente de la República, se encarga de desarrollar dichos parámetros a través de sus propios decretos administrativos o ejecutivos²⁵.

23 En relación con este requisito, el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de febrero de 1962 (CP CARLOS GUSTAVO ARRIETA), estableció que: “Así como el legislador sólo puede desarrollar los mandatos de la Carta Política que realmente requieran un desenvolvimiento para su adecuada aplicación, pero no aquellos otros que por sí mismos constituyen ordenamientos claros e incondicionados que no necesitan regulaciones adicionales para su inmediata ejecución, así también el órgano administrativo únicamente podrá reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como normas de derecho. Si así no fuera, el legislador y el ejecutivo forzosamente se pondrían en uno de estos dos extremos: o repiten exactamente lo que ya está expuesto por el mandato superior, caso en el cual el nuevo precepto será superfluo; o adicionan o recortan el alcance de la regla constitucional o legal, incurriendo en ostensible violación de las disposiciones superiores de derecho. Estas apreciaciones fluyen espontánea y naturalmente del principio de la jerarquía de la legalidad que informa todo nuestro sistema constitucional y particularmente del artículo 120 numeral 3o. de la Carta que dice: Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones *necesarias* para la cumplida ejecución de las leyes. Allí se da la medida exacta de los poderes jurídicos de la administración pública en estas materias: si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el gobierno puede dictarlo. Pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece en razón de que no existe el supuesto básico de su ejercicio. Hay sustracción de materia reglamentaria, porque el estatuto superior se realiza en su plenitud sin necesidad de ordenamientos adicionales”.

24 Véase: Corte Constitucional, sentencia C-313 de 1994. MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

25 Véase: Corte Constitucional, sentencia C-781 de 2001. MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

En el caso puntual de los servicios públicos domiciliarios (CP art. 370), no existe una competencia concurrente para regular dicha materia como ocurre con las leyes marco, pues tan sólo se exige la ley para llevar a cabo la función de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los citados servicios, sin que la misma tenga que establecer como condición para su existencia y/o validez, pautas, parámetros, criterios o normas generales que limiten el ejercicio de la función constitucional asignada al Presidente.

Sobre la materia, el Tribunal Constitucional ha sostenido que:

“(…) la distribución de competencias entre el legislativo y el ejecutivo en estas materias no sigue la técnica de las leyes marco, usual cuando se trata de regular sectores económicos como por ejemplo el financiero, el bursátil o el de comercio exterior (art. 150, num. 19 de la C.P). Por eso, el principio de reserva de ley exige que el legislador no se limite a definir un marco general. Como el régimen de los servicios público es fijado por una ley ordinaria, el legislador puede ocuparse de aspectos puntuales y específicos respecto de la regulación de los servicios públicos. *Así, el principio de reserva de ley en esta materia impide que el legislador delegue implícitamente en los órganos de regulación competencias que el Constituyente le atribuyó al Congreso de la república*”.

Dichas materias fueron objeto de precisión en el numeral primero de la presente explicación²⁶.

Tercero.- La Constitución Política defirió en el legislador la facultad de establecer el régimen jurídico básico de los servicios públicos domiciliarios, pudiendo, entre otras, crear un organismo destinado a la regulación de dichas materias, con sujeción a lo previsto en los artículos 150-7 y 365 de la Carta Fundamental. Valga la pena aclarar que dicha potestad de regulación, es una facultad autónoma en cabeza del Estado, distinta de la facultad de reglamentación, cuyo origen se encuentra en el citado artículo 365 Superior, cuando establece que le corresponde a la organización estatal mantener la regulación, control y vigilancia en la prestación de dichos servicios. Nótese cómo, dicha atribución puede ser otorgada por el legislador, por cuanto la Constitución, en ningún momento, creó un órgano autónomo de regulación; limitándose a señalar que la inspección y vigilancia sobre las empresas que presten los servicios públicos domiciliarios corresponde a una superintendencia especial (CP art. 370).

Ya la Corte Suprema de Justicia en un fallo del 13 de noviembre de 1928, había reconocido que la atribución constitucional para ejercer una función de raigambre superior, no sólo

26 Bastardilla por fuera del texto original.

se limita a desarrollar el contenido expreso previsto en una disposición, sino que también involucra la posibilidad de escoger los medios necesarios y oportunos para cumplir con la exigencia constitucional que en ella se imponga²⁷. De manera que, si al legislador le corresponde establecer el régimen jurídico básico para adelantar la prestación de los servicios públicos y, entre otras medidas, debe asignar los medios para cumplir con la obligación constitucional de regular su efectivo cumplimiento (C.P. art. 365), bien puede, si lo estima necesario, crear un organismo independiente para asignar dicha función²⁸.

Cuarto.- La finalidad de la regulación en dichas materias se encuentra sujeta al logro de los mismos objetivos de la intervención, es decir, propender por el bienestar común, el interés general, la equidad, la justicia y la solidaridad social.

Por consiguiente, la técnica regulatoria corresponde a una modalidad de intervención del Estado en la economía, cuyo origen deviene de la transformación del Estado prestador monopólico al Estado vigilante, cuya finalidad es preservar la transparencia, legalidad y concurrencia en un determinado mercado, especialmente, en la prestación de servicios públicos²⁹. Para el efecto, es deber de la organización estatal prever las condiciones para hacer efectivos los pilares de la economía social de mercado, corrigiendo las disfunciones, fallas o externalidades que impidan su correcto funcionamiento. Como bien lo ha sostenido la Corte Constitucional,

“(…) el mercado económico no es un fenómeno natural sino que depende de que el Estado establezca una serie de instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual cuya efectividad obedece a que exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar.

27 En aquella oportunidad sostuvo la Corte Suprema de Justicia: “Son postulados de derecho constitucional generalmente reconocidos hoy y respaldados por altas autoridades, los siguientes: 1o. Todos los poderes del Estado que tienen atribuciones constitucionales para ejercer una función o la obligación de ponerla por obra, tienen también, de acuerdo con los dictados de la razón, la facultad de escoger los medios necesarios y adecuados a esos fines, siempre que no estén prohibidos y sean coherentes con la letra y el espíritu de la disposición constitucional a que acceden”. (Véase, sentencia Consejo de Estado, Sección Cuarta, 24 de mayo de 1973).

28 Véase: VIDAL PERDOMO, JAIME, “Las comisiones de regulación en los servicios públicos”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, número 11, junio de 2000.

29 Sobre la materia, se pueden consultar: SÁNCHEZ GARCÍA, CARLOS ANDRÉS, VILLEGAS CARRASQUILLA, LORENZO, *Regulación de los servicios públicos: redefinición constitucional del Estado colombiano, derecho constitucional, perspectivas críticas*, Editorial Legis, n° 2°, 1ª edición, 2001. PALACIO JARAMILLO, MARÍA TERESA, “Resurgimiento o crisis de la noción de servicio público”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, n° 11, junio de 2000.

3. NOCIÓN DE REGULACIÓN

Aunque la elaboración de un concepto de regulación desde el punto de vista jurídico es bastante compleja, la doctrina ha efectuado varias aproximaciones al tema dentro de las cuales destacamos las definiciones doctrinales que se citan a continuación:

El derecho foráneo nos asiste con la siguiente definición:

“El concepto de regulación, en el diccionario de la Real Academia, remite a varias ideas: ajustar al funcionamiento de un sistema a determinados fines, o determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona. Pero no son éstas explicaciones suficientes del significado del término, pues en definitiva se trata de un concepto económico (no siempre coincidente con su significado jurídico) inspirado además en modelos anglosajones de intervención en sectores estratégicos. Se asocia, además, a la liberalización de la economía, la creación de autoridades independientes y la nítida separación de la iniciativa económica en el mercado de las decisiones pretendidamente, neutrales de fijación de reglas, control de su cumplimiento y solución de conflictos planteados en su interpretación y planificación”³⁰.

Por su parte, la doctrina nacional ha sostenido que:

“La regulación es el conjunto de normas generales y específicas impuestas por las agencias de regulación del Estado que interfieren directamente en el mecanismo de asignación del mercado, o indirectamente alterando las decisiones de oferta y demanda de los usuarios y de las empresas prestadoras de servicios”³¹.

La Corte Constitucional igualmente pretendió definir el alcance de la función de regulación, en los siguientes términos:

“la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los

30 RIVERO ORTEGA, RICARDO, *Introducción el derecho administrativo económico*, 2ª edición, Editorial Ratio Legis, España, 2001.

31 SÁNCHEZ GARCÍA, CARLOS ANDRÉS. VILLEGAS CARRASQUILLA, LORENZO, *op.cit.* pág. 108.

finés que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades”³².

De los textos anteriormente transcritos podemos concluir que la función de regulación se encuentra directamente relacionada con los siguientes aspectos: (i) Es una consecuencia de la liberalización de los servicios públicos; (ii) tiene como objetivo intervenir mediante la expedición de normas para corregir las fallas del mercado; (iii) propende por la realización de los fines del Estado social de derecho; (iv) confluyen en su desarrollo las ramas legislativa y ejecutiva del poder público³³ y, por lo general; (v) se encuentra relacionada con la creación de autoridades especiales, ya sea con autonomía constitucional o independencia legal.

La doctrina, siguiendo a GONZÁLEZ VARAS³⁴, ha dicho que son dos los argumentos que hacen necesaria la intervención en la economía mediante la regulación, por una parte, la consecución de los fines del Estado que deben prevalecer sobre los intereses de los agentes del mercado; y en segundo lugar, la necesidad de corregir las fallas del mercado. En idénticos términos, la Corte Constitucional ha sostenido que,

“La regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado”³⁵.

En apoyo de lo anterior, se ha dicho que,

“la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al

32 Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003. MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

33 Previamente se explicó como sucede ello en Colombia, a partir de lo previsto en los artículos 150-23, 334, 365 y 370 de la Constitución Política.

34 Véase: GONZÁLEZ-VARAS, SANTIAGO, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transporte*, Editorial Comares, España, 2001.

35 Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003. MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

concepto de ‘fallas del mercado’³⁶. En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones —además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó— se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. Por eso la Corte ha dicho que —[l]a regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia’³⁷.

Partiendo de las citadas consideraciones, podemos concluir que la función constitucional de regulación, reconocida en el artículo 365 del Texto Superior, consiste en la facultad del Estado de expedir normas de carácter general y/o particular de alcance no sólo jurídico sino también económico e informativo, destinadas a preservar con exclusividad el normal y transparente funcionamiento del mercado, corrigiendo las fallas que atenten contra su habitual estabilidad. Dichas normas son impuestas por las agencias de regulación, que complementan de manera técnica las disposiciones que emanan del Congreso en virtud de su estricta reserva legal y de la potestad reglamentaria reconocida por la Constitución al presidente.

Visto lo anterior, y en estrecha relación con lo expuesto, se procederá a profundizar en: (i) el origen histórico de las comisiones de Regulación y, en especial, la de telecomunicaciones; (ii) la fuente normativa que explica la existencia actual de dichas Comisiones; (iii) las principales características y atributos de los agentes de Regulación; y adicionalmente, (iii) las diferencias existentes entre la regulación y las distintas modalidades de reglamentación vigentes en Colombia.

36 Corresponden a típicas ‘fallas del mercado’, fenómenos como: la ausencia de información completa, veraz e imparcial, los monopolios naturales, las barreras de entrada o de salida, la competencia desleal, el abuso de la posición dominante, las prácticas restrictivas de la competencia, etc.

37 *Ibidem*.

4. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN Y, EN ESPECIAL, DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES

Las comisiones de regulación tienen su origen en la denominada Junta Nacional de Tarifas creada a través del decreto 3069 de 1968, bajo la presidencia de CARLOS LLERAS RESTREPO. Ello en desarrollo del mandato que le fuera conferido por intermedio de la Ley 65 de 1967, en donde se determinó su objeto consistente en *controlar y fiscalizar las tarifas de los servicios públicos*.

Esta entidad surgió de la facultad de intervención en la economía que preveía la Constitución Política de 1886 desde su reforma de 1936, y se concibió como un organismo adscrito al Departamento Nacional de Planeación.

A la citada Junta Nacional de Tarifas se le asignaron, entre otras, las siguientes funciones de control y fiscalización, a saber: (i) velar porque las entidades prestadoras de dichos servicios aseguraran la protección de sus activos y fomentaran el ahorro nacional mediante niveles de tarifas que cubrieran los costos reales de su prestación y, además, (ii) se les imponía la obligación de reglamentar los plazos dentro de los cuales las empresas debían comunicar cualquier reajuste de tarifas.

Más adelante mediante decreto 49 de 1976, se adicionó a la Junta Nacional de Tarifas la función de controlar y fiscalizar los servicios públicos de telecomunicaciones y, a su vez, en desarrollo de la Ley 81 de 1988 y del decreto ley 1900 de 1990 se le impuso algunas otras funciones relacionadas con la vigilancia a la política de precios en la determinación de tarifas, creando diversos regímenes de control, tales como: el control directo, la libertad regulada y la libertad vigilada.

A partir de la reforma constitucional de 1991, el presidente de la República CÉSAR GAVIRIA TRUJILLO, en ejerciendo de las facultades previstas en el artículo transitorio 20 de la Constitución, expidió el decreto 2122 de diciembre de 1992, mediante el cual reestructuró el Ministerio de Comunicaciones y creó en su artículo 2° *la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones* como una unidad administrativa especial sin personería jurídica, formando parte de la estructura del ministerio y cuya función principal consistía en regular y promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones. Esta norma dio origen al nacimiento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones³⁸.

38 La citada norma disponía que: "*Artículo 2° Comisión de Regulación de Telecomunicaciones . - Créase la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la cual tendrá el carácter de Unidad Administrativa*

Con posterioridad, mediante Decreto 2167 de 1992, se dispuso, en el artículo 28, la supresión de la *Junta Nacional de Tarifas*, trasladándole sus funciones a las Comisiones de Regulación recientemente creadas, entre ellas, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones³⁹.

No obstante, más adelante se profirió Ley 142 de 1994, como un intento para fortalecer una política unificada en materia de servicios públicos, en ella se consolidó normativamente a las comisiones de Regulación y, en especial, a la de Telecomunicaciones, al disponer en su artículo 186 la derogatoria de los artículos 2º, 3º y 4º del decreto 2122 de 1992 y de algunas normas de la Ley 81 de 1988, acomodando las citadas disposiciones al nuevo esquema contemplado.

El legislador de 1994, quiso implementar un nuevo esquema de regulación y especializar o limitar el campo de acción de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, al sector de las telecomunicaciones domiciliarias, es decir, a los servicios de telefonía pública básica conmutada, de larga distancia nacional e internacional y de telefonía móvil rural, excluyendo a la telefonía móvil celular, la cual se debería regir en todos sus aspectos por la Ley 37 de 1993 y sus Decretos reglamentarios o por las normas que los modifiquen, complementen o sustituyen.

Entre las funciones asignadas por esta ley a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones se tienen, entre otras, las siguientes: (i) la de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones cuando la competencia no sea posible; (ii) la de promover la competencia entre quienes presten esos servicios con el fin de que esta competencia sea económicamente eficiente, evitando el abuso de la posición dominante y, además; (iii) exigiendo la prestación de los citados servicios con calidad.

Posteriormente, se profirió el decreto 1130 de 1999, por virtud del cual se define a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones como un organismo regulador del

Especial, y cuyo objetivo será el de regular y promover la competencia para que las operaciones sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad.

Parágrafo.- Esta Unidad Administrativa especial no tendrá personería jurídica y será parte de la estructura administrativa del Ministerio de Comunicaciones”.

39 Dispone la norma en cita: “Artículo 28. Supresión de la Junta Nacional de Tarifas y de la División Especial Secretaría Técnica de la Junta Nacional de Tarifas - Suprimanse la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos y la División Especial Secretaría Técnica de la Junta Nacional de Tarifas, cuyas funciones en los respectivos sectores serán asumidas por las comisiones reguladoras energética, de telecomunicaciones, y de agua potable y saneamiento básico.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará a partir del momento en que las respectivas comisiones de regulación comiencen a desarrollar sus funciones (...).”.

mercado de las telecomunicaciones en Colombia, que tiene el propósito de promover tanto el desarrollo del sector como la prestación eficiente de los servicios de telecomunicaciones a todos los usuarios, dentro de los lineamientos definidos por el Estado, a través de la promoción de la competencia, la inversión y su integración al ámbito internacional.

Por último, mediante Ley 619 de 2001, se modificaron algunas funciones correspondientes a las Comisiones de Regulación asignadas por la Ley 142 de 1994, las cuales se analizarán más adelante.

5. DE LA FUENTE NORMATIVA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN Y EN CONCRETO, DE LA CRT

El origen de las funciones de las comisiones de regulación, entre ellas, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, guarda una relación de conexidad con el contenido normativo previsto en la Constitución Política de 1991. En efecto, su antecedente remoto se encuentra en el propósito de contribuir al logro de las finalidades sociales del Estado y a la salvaguarda de los derechos fundamentales de los asociados (CP art. 2º, 366 y 367), mediante el ejercicio de la función constitucional de regulación (CP art. 365)⁴⁰.

Recuérdese que la Constitución Política, en su artículo 365, dispone que los: “servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”. Y que podrán ser prestados:

“por el Estado, directa o indirectamente, por las comunidades organizadas o por los particulares”,

40 Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-389 de 2002 (MP CLARA INÉS VARGAS), determinó que: “El contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer las necesidades básicas esenciales de las personas. Por lo tanto, ‘la idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.’. Connotación esencial de estos servicios públicos que se consagró expresamente en el artículo 4º de la Ley 142 de 1994, para efectos de lo establecido en el inciso primero del artículo 56 de la Carta”.

con la finalidad de propender por el bienestar general, a través del mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Sin embargo, en virtud de la organización económica del Estado colombiano, y en atención a lo previsto en el artículo 334 de la Carta Fundamental, según el cual, le corresponde al Estado la dirección general de la economía, surge como competencia o atribución del *legislador* la facultad para regular “*la prestación de los servicios públicos*”, entre ellos, los denominados servicios públicos domiciliarios (artículo 150 # 23 CP).

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha sostenido que,

“(…) Ahora bien, con la vigencia del nuevo orden plasmado en la Constitución de 1.991, el tratamiento del tema de los servicios públicos, en general, debe tener en cuenta, básicamente, que la economía se encuentra bajo la dirección general del Estado, por lo que las distintas actividades en esa materia, entre ellas, las relacionadas con la prestación de dichos servicios, son objeto de su intervención, por mandato legal, para ‘ racionalizar la economía, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano’” (CP art. 334), atribución que armoniza con la competencia general que el mismo mantiene de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos (...)”⁴¹.

En idéntico sentido, la citada Corporación manifestó 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 (...)”⁴².

A partir de la citada *reserva legal*, es obligación del legislador—como ya se ha expuesto—establecer el régimen jurídico de los servicios públicos, las competencias y

41 Sentencia C-444 de 1998 MP HERNANDO HERRERA VERGARA.

42 Sentencia C-389 de 2002 MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

responsabilidades relativas a su prestación, el régimen tarifario, las entidades competentes para señalar la cobertura y/o calidad de los servicios y, fundamentalmente, los derechos y deberes de los usuarios.

Con todo, igualmente se ha dicho que, apartándose de la citada reserva legal, el artículo 370 Superior dispone como función constitucional autónoma de reglamentación del Presidente de la República, la potestad de señalar “las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios”, con sujeción a la ley.

De conformidad con lo anterior, el legislador procedió mediante Ley 142 de 1994, no sólo a regular el régimen jurídico general de los servicios públicos domiciliarios y a fijar sus principios, normas generales y objetivos, sino también a establecer los criterios para llevar a cabo el ejercicio de la función constitucional reconocida al Presidente de la República en el artículo 370 Superior. Así, en el artículo 68 de la citada ley, se creó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, cuyo antecedente directo se encontraba en el decreto 2122 de 1992, como un organismo regulador con funciones administrativas especializadas, directamente concebidas y estructuradas para ejercer las atribuciones que en materia de servicios públicos domiciliarios (en telecomunicaciones) se encuentran reconocidas al Presidente de la República en el Texto Fundamental.

El legislador creó a la Comisión de Regulación como unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Comunicaciones, con funciones *delegadas* a partir de la disposición autónoma del Presidente de la República, en los precisos términos previstos en dicha ley.

En esencia, el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, determina que:

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

Las normas de esta ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyan a las comisiones” (bastardillas por fuera del texto original).

Consecuentemente con lo anterior mediante decreto 1524 de 1994,

“Por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”,

se establece —en el artículo 1°— que:

“Delegarse las funciones del Presidente de la República, a las que se refieren el artículo 68 y las disposiciones concordantes, de la ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones’, en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que crea esa ley, para que las ejerzan en la forma allí prevista en relación con cada uno de los servicios públicos respectivos”.

Por otra parte, la Corte Constitucional mediante sentencia C-272 de 1998 (MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO), declaró la constitucionalidad del mencionado artículo 68 de la Ley 142 de 1994. En dicha providencia, encontró viable la citada delegación, así como la existencia misma de tales Comisiones, con base en los siguientes argumentos:

“Así, como ya se vio, se trata de una disposición legal que autoriza la delegación de una función que es delegable. De otro lado, la competencia no es ajena al delegante, porque es una función que expresamente se le asignó al presidente como garante y promotor de la gestión administrativa en los servicios públicos domiciliarios. Igualmente existe no sólo el acto presidencial de delegación de funciones sino la potestad legal que le permite al titular de la función, entiéndase el presidente, delegar o no esa función en cabeza de las comisiones de regulación. En cuarto término, las comisiones de regulación son aptas para operar como delegatarias pues se trata de agencias del Estado que la misma ley ha determinado. En este caso, la Ley 142 de 1994 le dio a las comisiones de regulación el carácter de unidades administrativas especiales (artículo 69) y en virtud del artículo 150.7 de la Carta el Congreso le atribuyó a las mismas sus objetivos y su estructura. En quinto término, en lo concerniente a la responsabilidad, resulta también claro que la titularidad de los actos del delegatario, —léase comisiones de regulación— se reputan pertenecientes a dichas unidades administrativas especiales y no se compromete entonces la responsabilidad del delegante. Por eso frente a tales actos, pueden interponerse los recursos que señala la Ley 142, lo que no es óbice para que en todo momento el presidente pueda recuperar sus funciones

delegadas y por ende tenga la facultad de reformar o revocar las actuaciones de las comisiones de regulación (...)

(...) Conforme a lo anterior, el Legislador tenía competencia constitucional (artículos 365, 367 y 370 de la CP) para atribuir a las comisiones, si el Presidente lo estimaba conveniente y procedía a efectuar dicha delegación, las funciones relativas a señalar las políticas generales de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. También por expresa disposición constitucional, éstas eran competentes para recibir esas funciones, producto de la delegación, en su calidad de agencias del Estado fijadas por la ley. Además, esas funciones, cuya naturaleza es típicamente de la administración, podían, por razones de eficiencia y efectividad real de los servicios públicos, recaer perfectamente en los organismos especializados que conocieran específicamente del sector, como lo pretendía el constituyente y como lo plasmó el Legislador. Por consiguiente, la Corte no encuentra ningún vicio de inconstitucionalidad en el artículo 68 de la ley 142 de 1994, por lo cual declarará su exequibilidad”.

En conclusión, a juicio del legislador y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Ley 142 de 1994 creó a las comisiones de regulación —entre ellas, la de telecomunicaciones— con el objeto de cumplir las funciones administrativas reconocidas al Presidente de la República en el artículo 370 Superior, bajo la condición imprescindible y necesaria de su previa delegación, sí éste así lo estima conveniente, tal y como ocurrió mediante decreto 1524 de 1994.

Sin pretender desconocer las afirmaciones realizadas por la Corte Constitucional en la citada sentencia, la cual recoge en esencia la postura de dicha Corporación⁴³, es preciso resolver algunos interrogantes que surgen de su lectura y de las consideraciones hasta el momento expuestas en el presente escrito. Para mayor precisión se recogerán dichos interrogantes a manera de pregunta, en los siguientes términos: ¿qué tipo de funciones le atribuye el artículo 370 de la Constitución Política al Presidente de la República?; ¿dichas funciones son de naturaleza reglamentaria o de contenido regulatorio?; ¿existe alguna diferencia entre dichas funciones?; ¿es necesario la delegación de funciones para poder crear y poner en funcionamiento a las comisiones de regulación, o eventualmente, puede acudirse a otro método constitucional? Nótese cómo, las posibles respuestas a las citadas preguntas, permiten entender con mayor facilidad la dinámica actual de las comisiones de regulación.

43 Igual doctrina se reitera en la sentencia C-389 de 2002. MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

6. DE LAS DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LAS FUNCIONES REGLAMENTARIAS Y REGULATORIAS

Desde sentencia del 25 de abril de 1970, el Consejo de Estado ha venido sosteniendo que la potestad reglamentaria, consiste en:

“la atribución que tiene el gobierno de expedir normas generales, impersonales y abstractas a fin de que las leyes tengan un debido cumplimiento; tal potestad es de la esencia misma de la función administrativa que sin ella no podía desarrollarse. KELSEN afirma que el poder reglamentario es el primer acto de ejecución de la ley y HAURIUO por su parte afirma que el reglamento emana de la naturaleza misma de las cosas. En efecto: es imposible que la ley contemple todas las reglas de detalle necesarias para su debida aplicación, el casuismo en la ley es indicio claro de una falta de técnica legislativa, en consecuencia, la función de hacer operante la norma legislativa en cuanto a los detalles la cumple el reglamento, es decir, la ley sienta los principios generales y el reglamento los desenvuelve en sus pormenores”⁴⁴.

En idéntico sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que:

“La potestad reglamentaria es ‘... la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real’⁴⁵. Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley.

Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del presidente y el ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo”⁴⁶.

44 Consejo de Estado, sentencia del 25 de abril de 1970, CP HERNANDO GÓMEZ MEJÍA.

45 Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 1993. MP VLADIMIRO NARANJO MESA, doctrina recogida en la sentencia C-350 de 1997.

46 Corte Constitucional, sentencia C-805 de 2001. MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

Partiendo de la citada doctrina, puede sostenerse que la potestad reglamentaria es una facultad autónoma del Presidente de la República, reconocida por la Constitución Política (CP art. 189-11), cuya finalidad es hacer efectivos los mandatos normativos previstos en la ley, sin necesidad previa de un acto de delegación explícito del legislador⁴⁷. El ejercicio de dicha potestad se manifiesta en la producción de un acto administrativo general, impersonal y abstracto, subordinado a la ley, cuya expedición requiere la firma del presidente y del ministro o director de Departamento Administrativo correspondiente (CP art. 115).

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que la potestad reglamentaria no puede atribuirse por la ley a otros órganos administrativos distintos del Presidente de la República, pues tal atribución la hace directamente el Constituyente y, por lo mismo, no puede ser variada por el legislador. En palabras de la misma Corte:

“la potestad reglamentaria no puede atribuirse por la ley a otros órganos administrativos distintos del Presidente de la República. La atribución de tal competencia la hace la Constitución a un órgano constitucional como es el Presidente de la República y por tanto no puede ser variada por la ley. *Atribuir la parcialmente por la ley a un órgano distinto, implicaría disminuir y limitar la competencia que, sin condicionamiento alguno, ha sido atribuida por la Constitución*”⁴⁸.

Sin embargo, la prohibición implícita reconocida al legislador por la Corte Constitucional a partir de una interpretación conforme de la Carta Fundamental, no conduce a desconocer el derecho que le asiste al Presidente de la República de delegar la potestad reglamentaria, cuando lo estime conveniente y necesario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 211 del Texto Superior, conforme al cual:

“la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine (...)”.

Disposición que, en lo pertinente, fue objeto de desarrollo por la Ley 489 de 1998, en el artículo 11, al establecer que:

47 La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 13 de noviembre de 1928, había señalado que: “(...) el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del gobierno de hacer cumplir las leyes, que no es atribución delegada sino propia conferida por la Carta”.

48 Corte Constitucional, sentencia C-805 de 2001, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

“Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación: 1º.- La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley”.

A la par de la potestad reglamentaria y con fundamento en la citada prohibición, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la doctrina nacional, han venido reconociendo que otras autoridades administrativas de la rama ejecutiva, como es el caso de los ministros o de los superintendentes, en el preciso marco de sus competencias, tiene la potestad de expedir reglamentos, regulaciones técnicas o normas generales, bajo las siguientes condiciones: (i) se trata de disposiciones regulatorias cuyo origen es distinto al ejercicio de la potestad reglamentaria, encontrándose por ello subordinadas a la misma; (ii) su aplicación es residual o subordinada frente a los decretos reglamentarios, pudiendo entonces desarrollar aspectos técnicos o especializados de los mismos, sin adquirir competencia para suplir sus vacíos; (iii) el límite a su extensión se encuentra estrechamente vinculado a las funciones del cargo, prohibiéndose su uso para regular aspectos extraños o diferentes a su misma naturaleza.

El tratadista Vidal Perdomo, sobre la materia ha dicho:

“En relación con este último aspecto debe distinguirse entre la potestad reglamentaria, estrictamente hablando, y la facultad de dictar normas generales, conceptos que en ocasiones se confunden pues los *reglamentos* suelen ser preceptos de carácter general. Y si bien existen algunas autoridades como el Presidente de la República que por la Constitución tienen la autorización de dictar normas de desarrollo de las leyes, y los gobernadores y alcaldes de ordenanzas y acuerdos, según doctrinas del Consejo de Estado, hay otras: Ministros, jefes de direcciones o divisiones ministeriales, juntas directivas de superintendencias o establecimientos públicos, gobernadores, alcaldes, por ejemplo, que pueden recibir de la ley o de ordenanzas y acuerdos, *la potestad de dictar normas de desarrollo de disposiciones que suelen envolver la expedición de normas generales*. Si no se hace la distinción entre poder reglamentario y facultad de dictar reglas generales, así sean de carácter administrativo local, puede llegarse a parálisis administrativas y a que se declaren inconstitucionales disposiciones que no significan mengua de los titulares de la potestad reglamentaria, que por ser de origen constitucional no puede serles arrebatada, y a tomar como manifestación de ella la formulación de reglas por asambleas y consejos que más parecen corresponder a la de dictar normas de contenido jurídico general que al ejercicio de una potestad reglamentaria”⁴⁹.

49 VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, 8ª edición, Temis, Bogotá, 1985, pág. 39. (Bastardilla por fuera del texto original).

El Consejo de Estado, asimilando la citada doctrina el 24 de agosto de 2000, manifestó:

“El Presidente de la República es, ciertamente, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no quiere decir que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas no pueda adoptar medidas de *carácter general* a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los *asuntos a su cargo*, de donde, como titulares de autoridad administrativa, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria. De allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo”⁵⁰.

Debe aclararse que el Consejo de Estado, en el citado fallo, reconoció la posibilidad de asignarle a la Superintendencia Nacional de Salud la facultad de expedir normas de carácter general en los asuntos de su cargo, independientemente del equívoco de relacionarlas con el ejercicio de la potestad reglamentaria de la administración, la cual, según se vio, no puede ser asignada directamente por el legislador a otra autoridad distinta del Presidente de la República, por manifiesta prohibición constitucional.

En sentencia C-805 de 2001 (MP RODRIGO ESCOBAR GIL), la Corte Constitucional declaró infundadas unas objeciones presidenciales que estimaban que al Ministerio de Minas y Energía, se le habían otorgado facultades reglamentarias en el señalamiento de la calidad y cantidad de componentes oxigenados para la utilización de gasolina en el país. A juicio del citado Tribunal, la norma no le atribuía a dicho ministerio facultades de reglamentación, por el contrario, se limitaba a asignar la posibilidad de expedir reglamentos de carácter general, en esas precisas materias. Al respecto, en algunos de sus apartes, manifestó:

“Lo anterior no obsta para que, de manera general, se pueda afirmar la existencia de ciertas competencias de regulación para órganos administrativos diferentes, y para el caso concreto, para los ministros del despacho. Pero tales competencias para la expedición de normas generales por los ministros sólo pueden ejercerse, frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, con *criterio residual y subordinado*.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. CP JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA. Bogotá D.C., 24 de agosto de 2000. Radicación número 6096. (Bastardilla por fuera del texto original).

(...) en este caso los ministros del despacho, expidan *reglamentos*, pero tales reglamentos, no tienen, en el sistema de fuentes, la misma jerarquía de aquellos que expide el Presidente de la República en ejercicio de la Potestad Reglamentaria, sino que se encuentran subordinados a ellos. Así, por ejemplo, no podría un ministro, obrando dentro de su ámbito competencial, expedir un reglamento o una regulación técnica que sea contraria a lo dispuesto en un Decreto Reglamentario del Presidente de la República.

En ese contexto, es posible que la ley atribuya a los ministerios, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, la función de expedir normas de carácter general, sin que por ello se entienda disminuida la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Ello no implica que en cada caso concreto sea el propio legislador el que determine el ámbito propio de la potestad reglamentaria frente a las competencias de regulación que puedan tener o que se les atribuyan a los ministerios, por cuanto eso equivaldría a vaciar de contenido la Potestad Reglamentaria, la cual quedaría reducida al espacio de regulación que quede después de que por los ministros se haya ejercido la función de regulación atribuida por la ley. Es claro que cuando el legislador atribuye una competencia de regulación a un ente administrativo, la misma debe ejercerse sin desconocer el espacio propio de la potestad reglamentaria. Así, cuando el legislador señala que corresponde a un determinado ministerio expedir la regulación técnica o especializada de cierta materia, resulta evidente que tal regulación debe hacerse con sujeción a la ley y al reglamento que por virtud de la competencia general que le asigna la Constitución expida el Presidente de la República.

Se tiene entonces que los ministros pueden ejercer competencias de regulación de carácter netamente administrativo, dentro del ámbito de sus funciones y subordinadas, en todo caso, a los reglamentos que el Presidente de la República haya expedido para la cumplida ejecución de las leyes. (...)”⁵¹.

Siguiendo la anterior jurisprudencia, se puede sostener que si bien el legislador no puede asignar la potestad de reglamentación a una autoridad administrativa distinta del Presidente de la República, sí puede, cuando lo estime necesario, atribuir competencias explícitas a dichas autoridades para expedir reglamentos de carácter general, en los asuntos sometidos a su cargo. De igual manera, no es indispensable que el legislador reconozca expresamente dicha posibilidad, en virtud de la aplicación *mutatis mutandi* de la teoría sobre las competencias implícitas de la reglamentación, es decir, si un decreto reglamentario requiere de normas generales que desarrollen aspectos técnicos

51 Corte Constitucional, sentencia C-805 de 2001. MP RODRIGO ESCOBAR GIL. (Bastardilla por fuera del texto original).

o especializados, no es indispensable que así se exprese en la ley o en el decreto, pues ello conduciría a una parálisis de la administración, contrariando los principios que regulan el correcto funcionamiento de la administración pública (C.P. art. 209)⁵².

En sentencia C-917 de 2002 (MP MARCO GERARDO MONROY CABRA), la Corte Constitucional retomando lo expuesto en providencias C-397 de 1995 y C-350 de 1997, sobre el tema propuesto, manifestó que:

“en el ordenamiento jurídico existen fuentes de reglamentación diferentes a la del Jefe del Ejecutivo, éstas se encuentran sometidas al imperio de la reglamentación presidencial y, por razón de dicha sumisión, su espectro de acción se restringe a la regulación de aspectos residuales o *complementarios* de la legislación general, encaminados fundamentalmente a facilitar la penetración de la voluntad del legislador en los problemas prácticos a los ésta va dirigida”⁵³.

Contrario a lo expuesto en la citada providencia, y retomando las consideraciones previamente reseñadas, se estima que la posibilidad de expedir reglamentos de contenido general, por ningún motivo, puede dirigirse a *complementar* el ejercicio de la potestad reglamentaria, pues ello implicaría añadir en un plano de igualdad con el decreto reglamentario, un contenido normativo que por su propia naturaleza se encuentra jerárquicamente subordinado⁵⁴.

52 Así las cosas, podría sostenerse que la prohibición de delegación del artículo 11 de la Ley 489 de 1998, conforme a la cual, no puede delegarse la potestad de expedir reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley, igualmente se aplica para las competencias de regulación general reconocidas a los ministros, directores de departamento, superintendentes, etc.

53 Corte Constitucional, sentencia C-917 de 2002. MP Marco Gerardo Monroy Cabra. (Bastardilla por fuera del texto original). En la sentencia C-397 de 1995 (MP Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO), a la cual alude la citada providencia, se expresó que: “La actividad del Estado en esas materias no se agota en la definición de políticas, en la expedición de las leyes marco, ni en la de los decretos reglamentarios que vayan adaptando la normatividad a las nuevas circunstancias, sino que necesita desarrollarse en concreto, *bien mediante normas generales que, en virtud de una competencia residual, expidan entes administrativos como las superintendencias en lo no establecido por la normatividad jerárquicamente superior, ya por las actividades de control, inspección y vigilancia a cargo de tales organismos especializados.* (...) Bien puede la ley establecer que el Gobierno actuará por conducto de los aludidos entes, los cuales pueden tener a su cargo funciones reguladoras, *siempre que se sometan a los órdenes normativos de más alto rango, y ser titulares de atribuciones concretas de intervención, control y sanción sobre quienes caen bajo su vigilancia en cualquiera de las actividades enunciadas.*”

“No podría sostenerse una tesis que prohiciera la absoluta imposibilidad de que las funciones gubernamentales en tan importantes y complejos asuntos fueran ejercidas por órganos desconcentrados, *si bien bajo la dirección y la orientación del propio Gobierno y dentro de los lineamientos trazados por la ley.*” (Bastardillas fuera del original).

54 *El Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, define ‘complementar’ como: “*dar complemento a una cosa*”, y dicha palabra significa: “*cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra cosa para hacerla perfecta*”.

Todo lo expuesto se complica aún más, cuando se admite que la Carta Política establezca un sistema reglamentario especial, exclusivo y excluyente, en algunas materias y a favor de ciertas autoridades, a la par de la existencia de la potestad reglamentaria general asignada al Presidente de la República, en los términos anteriormente expuestos.

En sentencia C-805 de 2001 (MP RODRIGO ESCOBAR GIL), la Corte explicó el alcance de dicha potestad reglamentaria especial, en los siguientes términos:

“El constituyente de 1991 introdujo respecto de ciertas materias y para determinados órganos un sistema de reglamentación especial. Se trata de ámbitos de regulación, que por expreso mandato de la Constitución se asignan a otros órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, órgano al cual, de acuerdo con el artículo 257 de la Constitución, le corresponde, con sujeción a la ley “Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador”. Del mismo modo, el Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con el artículo 265 de la Constitución, tiene, de conformidad con la ley, entre sus atribuciones especiales, la de “reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado”. El Contralor General de la República, por su parte, tiene entre sus atribuciones, de acuerdo con el artículo 268 de la Constitución, las de “Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse”. (Numeral 1º) y “Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial”. (Numeral 12). Al Contador General, funcionario de la Rama Ejecutiva, corresponde, a su vez, de acuerdo con el artículo 354 de la Constitución, “... determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley.” Del mismo modo, la Junta Directiva del Banco de la República ejerce las competencias de regulación que le corresponden de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 371 y 372 de la Constitución.

Sin embargo tales competencias para expedir reglamentos, distintas de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, tienen un régimen en la propia Constitución. Por fuera de los casos especiales previstos en la Carta, la competencia primaria para la reglamentación de la ley orientada a garantizar su cumplida ejecución corresponde al Presidente de la República.”

Además del Consejo Superior de la Judicatura, Consejo Nacional Electoral, Contralor General de la República, Contador General y Junta Directiva del Banco de la República, la Constitución le otorga potestad reglamentaria especial a la Comisión Nacional de Televisión, conforme se establece en los artículos 76 y 77 del Texto Superior.

Una pregunta obvia que surge entonces es: ¿qué implica la existencia de dicha potestad reglamentaria especial?

En primer lugar, lejos de existir una simple independencia legal que se manifiesta en el control de tutela de otras autoridades administrativas, la Constitución le reconoce a los agentes que detentan la función reglamentaria especial, en el ámbito propio de las materias asignadas por el Constituyente, plena autonomía constitucional, por virtud de la cual no se encuentran sujetos en el ejercicio de sus funciones sino a las disposiciones que emanan del legislador⁵⁵. En segundo término, por tratarse de competencias asignadas directamente por la Constitución, y solamente por ella, dichas facultades no pueden ser modificadas, alteradas o asignadas a una autoridad distinta por parte del Congreso de la República. Precisamente, la Corte Constitucional, en sentencia C-351 de 2004 (MP MARCO GERARDO MONROY CABRA), manifestó que,

“La facultad de regulación del ente autónomo conocido como Comisión Nacional de Televisión se ejerce, entonces, en el campo de la televisión, con exclusión de cualquier otro tipo de regulación, por lo que no es constitucional, por afectar su privilegio autonómico, que otra autoridad administrativa expida una regulación concomitante con la suya o que se la someta a una regulación distinta a la que ella misma expide. En suma, se contrapone a las disposiciones constitucionales que una autoridad pública diferente a la Comisión Nacional de Televisión regule cualquier aspecto relacionado con la prestación del servicio público de televisión, por ser ésta competencia reservada, exclusiva y excluyente de dicha entidad”.

55 Sobre la materia, la Corte Constitucional ha sostenido que: “En este orden de ideas, el carácter del organismo autónomo hace que no puedan estar subordinados a las determinaciones de otros órganos o entidades del Estado, en relación con el ejercicio de sus funciones, ni sujetos a la jerarquía tradicional propia de la estructura de la administración pública, en una especie de control de tutela administrativo y, por lo tanto, no estén adscritos, ni vinculados a entidades del sector central. De esto se deriva, consecuentemente, que sus decisiones no se encuentren sometidas a instrucciones de órganos administrativos superiores, ni controladas o revocadas por autoridad administrativa alguna, salvo a través de los controles antes mencionados y los que corresponden al mismo tema público, dentro de la actividad administrativa, e inherentes a la naturaleza democrática de la organización política.

La preservación del grado mínimo de autonomía de dichos entes, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, se convierte, pues, en una garantía funcional para el ejercicio de los derechos o la protección de bienes jurídicos específicos y varía de acuerdo con la determinación constitucional de cada uno de ellos”. (Sentencia C-445 de 1997. MP HERNANDO HERRERA VERGARA).

Visto lo anterior, podemos concluir que la finalidad de la potestad de reglamentación, general o especial, es poner en funcionamiento los mandatos normativos previstos en la ley, ya sea porque dicha ley expresamente lo exige o porque implícitamente resulta indispensable⁵⁶.

Concomitante a la potestad reglamentaria, el ordenamiento Superior en el artículo 365, le atribuye al Estado la facultad de regulación de los servicios públicos. Según se dijo anteriormente, la función regulatoria consiste en la facultad del Estado de expedir normas de carácter general y/o particular de alcance no sólo jurídico sino también económico e informativo, destinadas a preservar con exclusividad el normal y transparente funcionamiento del mercado, corrigiendo las fallas que atenten contra su habitual estabilidad. Dichas normas son impuestas por las agencias de regulación, que

56 Adicionalmente, de conformidad con los artículos 300-1 y 313-1 de la Constitución Política, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, también detentan una *potestad reglamentaria especial*, la cual, en términos de la Corte Constitucional, en ciertos casos, por razón de la autonomía de las entidades territoriales, no requiere la presencia de una ley que la haga efectiva. (se aclara que en ciertos casos, pues la jurisprudencia ha sido reiterada en requerir en materia tributaria, la existencia de una ley habilitante)

En palabras de la propia Corte: “(...) En ese sentido, existen casos en los cuales el ejercicio de las atribuciones normativas autónomas de las entidades territoriales, *no se encuentra sujeto, necesariamente, a la existencia de un régimen anterior establecido en una ley de la República*, puesto que la función administrativa reguladora que ejercen dichas entidades tiene un fundamento constitucional autónomo. Ello no obsta para que los actos administrativos expedidos en virtud de tales atribuciones deban ser respetuosos de la ley, al menos en el sentido de no lesionar sus dictados, y de no regular las materias propias del núcleo reservado al Legislador; pero es claro que, en tales casos, *no se puede exigir, como presupuesto de la reglamentación administrativa, una regulación legal previa y detallada de la materia, ya que si en verdad se trata de un asunto incluido dentro del mínimo esencial de la autonomía territorial, mal haría el Legislador en dictar normas específicas sobre el particular, entrometiéndose en las órbitas reservadas a las corporaciones territoriales.*”

Un ejemplo de las competencias autónomas a las que se hace referencia, es lo dispuesto en el artículo 313-1 de la Carta Política, el cual señala que los concejos municipales estarán encargados de “reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Municipio”. *La función reglamentaria que allí se consagra es una de las atribuciones normativas propias de los concejos, que forman parte del reducto esencial de la autonomía territorial y, por lo mismo, no requieren para su desarrollo de una ley de la república que haya regulado previamente las materias en cuestión. (...).*

En ese sentido, también se debe distinguir claramente la función que confiere la norma demandada, de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, atribución especial en virtud de la cual este último funcionario podrá reglamentar las leyes nacionales, como ejercicio de una facultad constitucional que le es propia.

Lo expresado no quiere decir que, en cualquier caso en que la Constitución le confiera funciones de tipo normativo a los municipios, éstos puedan reglamentar las materias previstas sin tener en cuenta lo dispuesto por el legislador; por el contrario, el ejercicio de las funciones administrativas siempre debe estar acorde con lo dispuesto por las normas legales. Lo que sucede es que, en ciertos casos, el alcance de la regulación legislativa de la materia es mucho menor, por haberle conferido la Carta a las entidades territoriales, directamente, la función reglamentaria correspondiente, la cual se diferencia de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y, por ende, no está restringida por los dictados del legislador. Por lo tanto, en estos casos no se hace necesario que existan con anterioridad regulaciones legales minuciosas, para que las respectivas corporaciones territoriales desarrollen con plenitud tal atribución reglamentaria (...). (Corte Constitucional, sentencia C-738 de 2001. MP EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT).

complementan de manera técnica las disposiciones que emanan del Congreso en virtud de su estricta reserva legal y de la potestad reglamentaria reconocida por la Constitución al presidente.

Nos preguntamos entonces: ¿cuál es la diferencia existente entre las potestades reglamentarias y regulatoria? Sin lugar a dudas, luego de esta exposición, ella salta a la vista, mientras que la potestad reglamentaria tiene como objeto, en términos de KELSEN y HAURIOU, hacer operante la norma legislativa; por su parte, la técnica regulatoria pretende reglar con inmediatez un determinado mercado económico, sujetándose para cumplir dicho propósito a la Constitución, la ley, los decretos reglamentarios y los reglamentos de carácter general.

En este orden de ideas, no es condición para su existencia, como sucede con la técnica reglamentaria, la necesidad de poner en funcionamiento una ley, pues se trata de una potestad constitucional independiente para el cumplimiento de un fin, sujeta exclusivamente a la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico y, en especial, a la ley que disponga el régimen jurídico básico de los servicios públicos (C.P. art. 365). Recuérdese que, como se expuso con anterioridad, el principio de reserva de ley en esta materia impide que el legislador delegue implícitamente en los órganos de regulación competencias que el constituyente le atribuyó al Congreso de la República.

La Corte Constitucional en sentencia C-1162 de 2000 (MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO), se aproximó a la anterior precisión conceptual, en los siguientes términos:

“(…) Por otra parte, como se ha advertido, la regulación tampoco se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República, y ello por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente (artículo 189, numeral 11, C.P.). En efecto, esta última disposición constitucional define la potestad reglamentaria como la facultad presidencial para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, mientras que el artículo 370 se refiere a la fijación de políticas generales, con arreglo a ley, en dos materias muy precisas: administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

Cabe entonces preguntarse: ¿cuál es la naturaleza de la regulación si no es ejercicio de función legislativa, ni tampoco de la potestad reglamentaria?

Para absolver ese interrogante, es importante tener en cuenta que en la exposición de motivos de la ley bajo estudio, se definió así la función reguladora:

“La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que *fomenta la competencia* en aquellas áreas donde existe y es factible; *impide el abuso de posiciones de monopolio natural*, donde esta es ineludible; *desregular para eliminar barreras artificiales a la competencia* y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor” (Gobierno Nacional. Exposición de Motivos al proyecto de Ley 135 Senado. *Gaceta del Congreso*, 162 de 17 de noviembre de 1992 pág. 21. Se subraya).

(...) En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos –sea el propio Estado o los particulares–, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.

Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía 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, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del gobierno, a través de los respectivos ministros (...).”

7. DE LA NATURALEZA DE LAS FUNCIONES ASIGNADAS AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN EL ARTÍCULO 370 SUPERIOR

Dispone el citado 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 (...)”.

Se pregunta entonces: ¿dichas funciones son de naturaleza reglamentaria o de contenido regulatorio? Nótese cómo, a partir de lo expuesto, es indiscutible que su naturaleza corresponde al desarrollo de la técnica reglamentaria, pues no se pretende con las funciones asignadas en el artículo 370 de la Constitución, permitirle al Presidente de la República señalar reglas para salvaguardar la concurrencia en el mercado, evitando o corrigiendo las eventuales fallas que alteren su normal funcionamiento, tales como, prácticas restrictivas de la competencia, abusos de posición dominante, información insuficiente, actos y acuerdos contrarios a la concurrencia u oposición, etc.; sino que, por el contrario, se limitan a hacer efectivos los mandatos normativos previstos en la ley de servicios públicos domiciliarios, a partir de la reserva legislativa reconocida en la Carta Fundamental, por lo menos, en los siguientes aspectos: En las reglas básicas que diseñan su prestación [políticas generales de administración⁵⁷] y en los medios de control a su calidad y cobertura [control de eficiencia⁵⁸].

En apoyo de lo anterior, un sector de la doctrina, ha sostenido que:

“El concepto de política de administración puede asimilarse al concepto de política pública entendiendo ésta como un conjunto de decisiones interrelacionadas adoptadas por un actor o un conjunto de actores políticos, concernientes a la selección de objetivos y los medios para alcanzarlos en el marco de la situación específica. En el caso del artículo citado no se refiere a la ejecución de la política en sí sino al señalamiento de éstas, es decir lo que dentro del proceso de formación de la política pública se denomina inserción en la agenda y formulación de la política pública (...). Lo anterior significa que la primera función del Presidente a la que hace referencia el artículo 370 de la Carta Política es la de trazar las aristas de la política de cada uno de los

57 Véase, artículos 365 y 369 de la Carta Política.

58 Véase, artículo 367 de la Constitución.

servicios públicos domiciliarios, naturalmente dentro del marco legal elaborado por el Congreso, lo cual es la potestad de reglamentar los servicios públicos domiciliarios (...)"⁵⁹.

En idéntico sentido, el tratadista VIDAL PERDOMO, expresó:

“(...) en rigor, al referirse la disposición constitucional a las políticas generales estaba remitiéndose a la potestad reglamentaria que en eso consiste. Es de advertir que esas regulaciones normativas continúan en cabeza del Presidente como titular de esa potestad reglamentaria que no depende de la ley, sino de la propia carta Política, tal como se ha interpretado en nuestra jurisprudencia (...)"⁶⁰.

Desde esta perspectiva, surge el siguiente interrogante: ¿qué fue entonces lo que delegó el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 en las comisiones de regulación?

Se reitera el contenido del citado artículo:

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

Las normas de esta ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve *delegar la función aludida*; en caso contrario, *el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyan a las comisiones*” (bastardillas por fuera del texto original).

En primer lugar, la ley le permitió al Presidente de la República, en desarrollo de lo previsto en el artículo 211 Superior, delegar en las comisiones de regulación, como “agencias del Estado”, la autoridad o potestad para ejercer la función reglamentaria de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios⁶¹. Podría argumentarse en contra de la citada posición, señalando

59 SÁNCHEZ GARCÍA, CARLOS ANDRÉS. VILLEGAS CARRASQUILLA, LORENZO. *op. cit.* pág. 120.

60 VIDAL PERDOMO, JAIME, *Las comisiones de regulación en los servicios públicos, op. cit.* pág. 226.

61 Posibilidad que resulta ajustada a las actuales premisas del artículo 11 de la Ley 489 de 1998, conforme al cual: “ (...) no podrán transferirse mediante delegación: 1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley”.

que la figura de delegación se presenta entre funcionarios y no entre entidades⁶², sin embargo, dicha falta de técnica legislativa debe superarse, entiendo que la delegación de la autoridad o potestad para ejercer dicha función, se efectuó a favor del comité de expertos comisionados (Ley 142 de 1994, art. 70).

En segundo término, un análisis de la norma deja entrever que la ley la asignó al Presidente de la República otras funciones, al determinar que,

“El Presidente de la República señalará [lo] que le encomienda el artículo 379 de la Constitución Política, *y de los demás a los que se refiere esta ley (...)* Las normas de esta ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el presidente ejercerá *las funciones* que aquí se atribuyan a las comisiones”.

¿Qué tipo funciones le asignó?, las previstas en el artículo 365 de la Constitución Política reconocidas al Estado, es decir, la potestad de adelantar la técnica regulatoria, en aras de preservar las reglas de la sana competencia en el mercado de los servicios públicos domiciliarios.

En conclusión, al confundir el legislador la potestad reglamentaria especial reconocida al presidente en el artículo 370 de la Carta Fundamental, con la función de regulación asignada al Estado en el artículo 365 del mismo ordenamiento; se procedió en la Ley 142 de 1994, por una parte, a permitir delegar a favor de las Comisiones de regulación la autoridad o potestad para ejercer las funciones reglamentarias del citado artículo 370 Superior y, por otra, a asignarle las funciones de regulación al presidente de la República, permitiéndole igualmente su delegación en los términos del mismo artículo 68 de la Ley de servicios públicos domiciliarios. De suerte que, hoy en día, las Comisiones de Regulación conservan ambas funciones (reglamentaria y de regulación) a partir de la aplicación de técnica administrativa de la delegación⁶³. De ello da cuenta el Consejo de Estado, en un reciente fallo.

Dicha Corporación ha sostenido que,

“[E]l Presidente puede delegar en las comisiones dos tipos de funciones, por su origen: *Constitucionales*: que tienen que ver con el señalamiento de las políticas generales, en primer término, de administración y, en segundo término, de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (art. 370).

62 HERNÁNDEZ, PEDRO ALFONSO, *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*, Legis, Bogotá, 1999, pág. 197.

63 Véase, el artículo 1° del decreto 1525 de 1994.

Legales: que están contenidas en los artículos 73 y 74 de la ley 142 de 1994 (...)⁶⁴.

En el caso concreto de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el origen de sus funciones reglamentarias y regulatorias proviene igualmente de la aplicación de la técnica administrativa de la delegación. De ahí que, la Ley 142 de 1994, en los artículos 73 y 74, desarrolle principalmente las funciones de tipo legal (de alcance regulatorio), en los siguientes términos:

“Artículo 73. Funciones y facultades generales.

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

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

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

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

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

64 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, Bogotá, D.C, 21 de septiembre de 2000. Radicación n° 11856.

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

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

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

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

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

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

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

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

73.12. Determinar para cada bien o servicio público las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo; y definir, con bases

estadísticas y de acuerdo con parámetros técnicos mediables y verificables, apropiados para cada servicio, quiénes pueden considerarse «grandes usuarios».

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

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

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

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

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

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

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

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

73.21. Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los

derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.

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

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

73.24. Absolver consultas sobre las materias de su competencia.

73.25. Establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público

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

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

Asimismo, la Ley 142 de 1994 señala como funciones generales de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en el artículo 74, las siguientes:

“art. 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementen, serán

además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

74.3. De la comisión reguladora de telecomunicaciones:

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

nacional e internacional, para que este determine en el proyecto de presupuesto qué parte se asignará al fondo atrás mencionado y qué parte ingresará como recursos ordinarios de la Nación y definir el alcance de los programas de telefonía social que elabore el fondo de comunicaciones(...).

Estos lineamientos son desarrollados de manera específica, según lo dispuesto por el Decreto 1130 de 1999, mediante el cual se reestructura el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas, el cual establece que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, ejercerá las siguientes funciones:

“Artículo 37. Funciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Las siguientes funciones conferidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992, o atribuidas al Ministerio de Comunicaciones por normas anteriores al presente Decreto, serán ejercidas por dicha Comisión:

1. Promover y regular la libre competencia para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regular los monopolios cuando la competencia no sea de hecho posible, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado, de conformidad con la ley.
2. Regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con las diferentes clases de servicios de telecomunicaciones.
3. Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia; el régimen tarifario; el régimen de interconexión; el régimen de protección al usuario; los parámetros de calidad de los servicios; criterios de eficiencia e indicadores de control de resultados; y las inherentes a la resolución de conflictos entre operadores y comercializadores de redes y servicios.
4. Fijar indicadores y metas de calidad y eficiencia de los servicios, así como criterios y modelos de control de resultados de sus operadores. Así mismo, imponer índices de calidad, cobertura y eficiencia a uno o varios operadores para determinados servicios.
5. Regular sistemas de financiación para el acceso o conexión a los servicios domiciliarios.

6. Establecer clasificaciones de usuarios para efectos de la aplicación del régimen de protección.
7. Regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión de redes y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la efectividad de interconexiones y conexiones, así como con la imposición de servidumbres de interconexión o de acceso y uso de tales bienes, respecto de aquellos servicios que la Comisión determine.
8. Ejercer las funciones que el artículo 3 de la Ley 422 de 1998 le otorgó al Ministerio de Comunicaciones. Cuando los desacuerdos de que trata el citado artículo se susciten dentro de los procedimientos de interconexión, se resolverán por el mismo procedimiento.
9. Determinar criterios que aseguren la unidad funcional de las redes de comunicaciones y la interoperabilidad de los servicios.
10. 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 mensurables y verificables, apropiados para cada servicio, quiénes pueden considerarse «grandes usuarios».
11. Definir por vía general la información que los operadores de comunicaciones deben proporcionar sin costo a sus usuarios o al público y, cuando no haya acuerdo entre el solicitante y el respectivo operador, señalar en concreto los valores que deban pagarse por concepto de información especial, todo ello sin perjuicio de la reserva que ampara la calificada por la ley como privilegiada o estratégica.
12. Revisar los contratos de interconexión internacional para verificar su conformidad con el ordenamiento superior y requerir, por conducto del Ministerio de Comunicaciones, la modificación de aquellas estipulaciones que le sean contrarias.
13. Imponer, de conformidad con la ley, servidumbres de interconexión y de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión o conexión de redes de telecomunicaciones así como señalar la parte responsable de cancelar los costos correspondientes.
14. Dirimir conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte.

15. Resolver recursos de apelación contra actos particulares de cualquier autoridad relativos al uso del espacio o de bienes de uso público para construcción, instalación u operación de redes de telecomunicaciones.
16. Prestar asesoría técnica al Gobierno Nacional y al Ministerio de Comunicaciones para el ejercicio de su respectiva competencia en el área de telecomunicaciones.
17. Preparar proyectos de planes, normas y programas sectoriales y recomendar su actualización, ajuste o modificación.
18. Presentar al Gobierno Nacional, proyectos sobre planes o normas técnicas nacionales de conmutación, transmisión, enrutamiento, tarificación, señalización, numeración, sincronización y demás procedentes para promover la competencia y garantizar el interfuncionamiento de las redes de telecomunicaciones y su compatibilidad a nivel interno y en conexión con el exterior, según las normas y recomendaciones de la Unión Internacional de Comunicaciones, UIT y administrar dichos planes y normas técnicas.
19. Determinar estándares y certificados de homologación internacional y nacional de equipos, terminales, bienes y otros elementos técnicos indispensables para el establecimiento de redes y la prestación de servicios de comunicaciones aceptables en el país, así como señalar las entidades o laboratorios nacionales autorizados para homologar bienes de esta naturaleza.
20. Otorgar a los operadores asignación numérica y códigos de puntos de señalización para la prestación de servicios, con arreglo a la regulación y a las normas técnicas nacionales e internacionales sobre la materia así como modificar tal asignación por razones técnicas y para promover la competencia.
21. Ordenar la expedición de copia de contratos de interconexión o expedirla si obran en su poder, a cargo del solicitante.
22. Determinar el régimen de tarifas aplicable a las distintas clases de servicios y a cada operador; fijar los parámetros, las fórmulas o las tarifas correspondientes a los servicios y a los operadores sometidos al régimen de tarifa regulada.
23. Poner en conocimiento de las superintendencias de servicios públicos Domiciliarios y de Industria y Comercio, según su respectiva competencia, conductas que constituyan eventual infracción contra el régimen de telecomunicaciones o de competencia.

24. Absolver consultas encaminadas a determinar el carácter reservado de la información de los operadores de telecomunicaciones.
25. Promover la creación y operación de centros de compensación entre los operadores y comercializadores de servicios de telecomunicaciones.
26. Llevar y mantener actualizado un sistema de información de los operadores y concesionarios de los servicios y actividades de telecomunicaciones, velar por la seguridad de la información contenida en el mismo y establecer mecanismos de suministro, complementariedad e integración con el sistema de información de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
27. Solicitar información amplia exacta, veraz y oportuna a quienes prestan y comercializan los servicios y telecomunicaciones para el ejercicio de las funciones de la Comisión.
28. Realizar, promover o contratar las investigaciones y estudios que se requieran para el cabal ejercicio de sus funciones y para lograr la mejor utilización y el desarrollo de las comunicaciones.
29. Ejercer las demás funciones atribuidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en los términos de la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992.

Parágrafo. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ejerce las funciones a que hace referencia el presente artículo en relación con todos los servicios de telecomunicaciones, con excepción de los de radiodifusión sonora, auxiliares de ayuda y especiales. Los servicios de televisión continuarán rigiéndose por sus normas especiales”.

En síntesis, siguiendo lo expuesto, el ejercicio de las funciones delegadas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, corresponden al desarrollo de la potestad reglamentaria en el señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos en los términos del artículo 370 Superior, y a materias de orden técnico y operativo, en el caso de las funciones de regulación, ambas en cuanto se relacionan con la prestación de los servicios públicos domiciliarios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural.

8. ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES. DE SU ACTUAL NATURALEZA JURÍDICA CONFORME A LA LEY Y A LA JURISPRUDENCIA

La Ley 142 de 1994, en su artículo 69, establece que,

“Créanse como *unidades administrativas especiales*, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes Comisiones de regulación: (...) 69.3. [La] Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

(...) *Parágrafo*. Cada comisión será competente para regular el servicio público respectivo”.

De conformidad con la citada norma y en concordancia con las Leyes 489 de 1998 y 689 de 2001, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones es organismo regulador de naturaleza administrativa ubicado en el sector central de la Administración (artículo 48 de la Ley 489 de 1998) adscrito al Ministerio de Comunicaciones, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, cuya función principal consiste en la regulación de los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones (telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural), con sujeción a la ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República.

La Corte Constitucional en sentencia C-1162 de 2000 (MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO), señaló que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y demás creadas por la ley, hacen parte de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional e integran la administración pública, por cuanto les han sido asignadas funciones administrativas y, por lo tanto, actúan bajo la suprema dirección y autoridad administrativa de Presidente de la República.

En cuanto a la función reguladora que ejerce, además de atender los preceptos Constitucionales, no puede asumir una función reglamentaria directa de la Constitución, ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales. En otras palabras, sus normas se encuentran bajo la Constitución, la Ley y los decretos que expida el gobierno nacional.

Recientemente, mediante decreto administrativo 1130 de 1999 (artículo 1°)

“Por el cual se reestructuran el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas”⁶⁵, se determinó que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones es una unidad administrativa especial con *personería jurídica*, adscrita al citado Ministerio⁶⁶.

Según nuestro parecer, el citado decreto incurre en una flagrante violación del ordenamiento jurídico, cuando le asigna personería jurídica a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En primer lugar, porque las Leyes 142 de 1994 y 489 de 1998, ubican a la citada Comisión como un organismo regulador del orden central sin personería jurídica, en esta medida, el decreto 1130 de 1990, en su artículo 1º, estaría desconociendo el principio de legalidad. En segundo término, porque de conformidad con la Constitución Política solamente se pueden crear entidades del orden nacional, como en este caso, una unidad administrativa especial con personería jurídica, mediante Ley (artículos 150 # 7 y 189 # 15 de la CP).

En este caso, es claro que al otorgarle personería jurídica a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, se creó una nueva entidad del orden descentralizado por servicios, sin someterse a la estricta reserva de ley, según lo previsto en el artículo 150 # 7 Superior⁶⁷.

La Comisión de Regulación como organismo de la administración central debe someterse al control y vigilancia que efectúa (i) la Contraloría General de la República a través de las auditorías integrales anuales, informes mensuales, trimestrales y anuales; (ii) la Procuraduría General de la Nación a través de las investigaciones a sus actos administrativos y al ejercicio de sus funciones; (iii) la Contaduría General de la Nación con la presentación de los informes trimestrales, semestrales y anuales; (iv) la Dirección

65 Se trata de un decreto administrativo ya que proviene del ejercicio de una ley marco. Así, su encabezado establece que: “El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de la atribución permanente de que trata el artículo 189 numeral 16 de la Constitución Política y con sujeción a los principios y reglas del artículo 54 de la Ley 489 de 1998, DECRETA:”

66 Señala la citada norma que: “*ART. 1º Integración del sector administrativo de comunicaciones.* El sector administrativo de comunicaciones está integrado por el Ministerio de Comunicaciones y las siguientes entidades adscritas y vinculadas.

A. Entidades adscritas:

Unidades administrativas especiales con personería jurídica:

1. Fondo de comunicaciones.
2. Comisión de regulación de telecomunicaciones”. (Subrayado por fuera del texto original).

67 Sobre la materia, se puede consultar a: HERNÁNDEZ, PEDRO ALFONSO. *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*. Legis. Bogotá. 1ª Edición, 1999.

General de Presupuesto y de Tesorería del Ministerio de Hacienda en relación con el Sistema de Información financiera y de los reportes mensuales, trimestrales y anuales.

Por otro lado, el Ministerio de Comunicaciones ejerce dirección y control a la Comisión y es obligación remitirle informes anuales sobre sus actuaciones a la Cámara de Representantes. Sus actos jurídicos son revisables por los jueces, en la medida en que corresponden a típicos actos administrativos.

Por último, la Corte Constitucional ha dado vía libre a la posible asignación de funciones judiciales, cuando en virtud de la aplicación del artículo 116 de la Constitución, así se estime pertinente. Al respecto, ha dicho que,

“Dentro de las diversas alternativas de esquemas de regulación económica, puede ocurrir que la función de regulación, en determinados asuntos señalados por el constituyente, se concrete en un esquema regulatorio en el cual el Ejecutivo, a través de diferentes órganos, no sólo administra sino que también cumple funciones normativas y ejerce, excepcionalmente, funciones judiciales, como sucede en materia de regulación del sector financiero en el cual dentro del marco general legislativo (art. 150. num. 19 lit. d. de la CP) el presidente dicta los decretos de desarrollo mediante actos sucesivos que él mismo puede reformar (art. 189. num. 24 de la C.P.) y buena parte de las controversias sobre la aplicación del régimen financiero son resueltas por la Superintendencia del ramo, una autoridad administrativa que en materias precisas ejerce funciones jurisdiccionales excepcionales (artículo 116, inciso tercero, CP). Cuando concurren en la rama ejecutiva funciones normativas, administrativas y jurisdiccionales y algunas de éstas son ejercidas en determinados asuntos por un mismo órgano, como por ejemplo, las administrativas y las jurisdiccionales por una superintendencia, esta Corte ha condicionado la exequibilidad de este esquema regulatorio a que no coincidan en un mismo funcionario u órgano estas dos funciones y a que en la estructura de la entidad se asegure la independencia del juzgador” (Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003. MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA).

9. PROPUESTA DE UN ORIGEN ALTERNATIVO DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y ATRIBUTOS DE LOS AGENTES DE REGULACIÓN

El paso del ‘Estado monopolizador’ al ‘Estado regulador’ en la prestación de los servicios públicos exige la existencia de un organismo autónomo, o al menos

independiente, que pueda salvaguardar los pilares de la libre competencia, aun cuando participen en el mercado empresas de naturaleza estatal o en las que las entidades públicas tengan parte.

La Corte Constitucional, retomando las palabras del tratadista AGUSTÍN GORDILLO, resaltó que,

“Como es proclamado por la doctrina, dentro del Estado contemporáneo aparece la necesidad de identificar y de desarrollar en torno de ámbitos de la actividad social la existencia de regulaciones «sectoriales» que a partir de los postulados constitucionales y las formulaciones legales se confían a autoridades que dentro del Estado ostentan la condición de “independientes», pues mediante ellas se asegura la necesaria imparcialidad y neutralidad para el cumplimiento de actividades a cuya gestión directa pueden acceder los particulares, en concurrencia, generalmente, con agentes estatales. Por ello se «aisla», se independiza el poder de regulación de los órganos del Estado encargados de la dirección política y de la gestión administrativa. *En ese orden de ideas se expresa que en el actual desarrollo de la organización estatal el esquema tradicional de la división de poderes se ve integrado y complementado con el principio conforme al cual ‘quien concede el ejercicio de una actividad no debe ser el que la controle’* ”⁶⁸.

Las comisiones de regulación en Colombia no son autoridades autónomas desde el punto de vista constitucional, se trata de entidades independientes sujetas a control de tutela del gobierno nacional y, por lo mismo, su regulación está subordinada jerárquicamente a los decretos reglamentarios y reglamentos de carácter general (lo que no sucede con otras autoridades a quienes la Constitución les reconoció potestad reglamentaria especial, según se expuso con anterioridad, tales como, la Junta Directiva del Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión). La propia Corte, en sentencia C-150 de 2003 (MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA) llama la atención sobre la ausencia de autonomía de las comisiones de regulación, en los siguientes términos:

“(…) 4.4.1.5. No obstante, como se puede apreciar con esta breve descripción del régimen legal, las comisiones de regulación creadas por la ley gozan de independencia, pero ésta es menos amplia y sólida que la autonomía de los órganos constitucionales. (...) Sin embargo, a pesar de este grado de independencia, la injerencia de los intereses regulados en el órgano de regulación puede impedir que éste cumpla su mandato legal y entorpecer que éste propenda

68 GORDILLO AGUSTÍN A. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I., Macchi, Buenos Aires, 3ª edición, 1995, XV-3, Corte Constitucional, sentencia C-827 de 2001, MP ÁLVARO TAFUR GALVIS.

por la efectividad de los principios constitucionales que justifican su existencia en un Estado social de derecho. En otros términos, la función de regulación puede fallar cuando, en lugar de corregir las «fallas de mercado» y desarrollar los fines sociales de los servicios públicos, se orienta a otros objetivos o simplemente se paraliza en razón, principalmente, a la captura del órgano de regulación por los sujetos regulados”.

En aras de evitar dichos inconvenientes contrarios al principio de imparcialidad, mediante los cuales ‘el sujeto regulado, es quien regula’, debe analizarse la viabilidad de adelantar una reforma constitucional, en el sentido de otorgarle autonomía constitucional a las comisiones de regulación y, por ende, someterlas en el ejercicio de la función de regulación, exclusivamente a la ley.

Por otra parte, en aplicación de los artículos 150-7 y 365 del Texto Superior, al momento de crear o modificar a las comisiones de regulación, es indispensable que en lugar de asignar la función de regulación al Presidente de la República, para que éste la delegue en las agencias de regulación, se proceda directamente a su asignación legislativa en cabeza de dichas comisiones, señalando en virtud de su naturaleza interventora, sus fines y alcances, y especialmente, los límites a la libertad económica (CP art. 333 y 334).

Previamente, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, han realizado algunas aproximaciones al tema, al solucionar el siguiente interrogante o problema jurídico, a saber: ¿es posible que el legislador asigne funciones directamente a los agentes reguladores, sin la previa delegación del Presidente de la República?

A juicio de dichas corporaciones, el legislador bien puede asignar funciones del orden *técnico y operativo* a las Comisiones de Regulación, siempre que no lesione la reserva constitucional conferida al Presidente de la República para:

“Señalar (...) las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (...)”.

Ello, porque dichas funciones no pueden ser atribuidas directamente por el legislador, ya que suponen la previa delegación del Presidente⁶⁹.

69 Recuérdese que la posibilidad de delegar una función supone una ley que la autoriza (artículo 211 CP). Sin embargo, su ejercicio es meramente *facultativa o potestativa* para la autoridad competente, es decir, depende de su libre arbitrio decidir si adopta ese tipo de decisiones.

Así las cosas, la Corte Constitucional, en sentencia C-444 de 1998, dispuso que:

“Como conclusión de todo lo expuesto, resulta claro que no puede la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones invadir la órbita de competencia del legislador, en lo relativo a la definición del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios de que trata el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, ni en lo concerniente a la fijación de políticas generales de administración y control de eficacia de los servicios públicos domiciliarios que corresponde al Presidente de la República, *pero si puede el legislador, sin perjuicio de las competencias descritas, asignar en dichas comisiones, funciones especiales de carácter técnico y operativo, por razones de eficiencia y efectividad real de los servicios públicos, por tratarse de organismos especiales que supone el conocimiento especializado del sector de las telecomunicaciones.*

De ahí que, cuando se trata de funciones relativas al señalamiento de políticas generales de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, dicha competencia solamente puede ser atribuida por el legislador (CP art. 365, 367, y 370.), si el Presidente de la República lo estima pertinente y procede a efectuar dicha delegación en los términos del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, declarado exequible por la Corte Constitucional. Solamente así debe entenderse el alcance de la exequibilidad de las normas acusadas”. (Bastardillas por fuera del texto original)⁷⁰.

Adicionalmente, teniendo en cuenta el daño que a la seguridad jurídica representa la diversidad de organismos administrativos que desempeñan funciones similares en una misma materia o tema⁷¹, quizá lo correcto sería mantener la delegación en las Comisiones de Regulación de las funciones reglamentarias reconocidas en el artículo 370 del Texto Superior, en la medida en que los artículos 211 de la Constitución y 11 de la Ley 489 de 1998, así lo permiten.

70 La Ley 489 de 1998, en su artículo 48, establece con meridiana claridad la posibilidad de asignarle mediante ley funciones a las Comisiones de Regulación, distintas a las delegadas por el Presidente de la República. Así, dicha norma dispone que, “(...) 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”. (Bastardillas por fuera del texto original).

71 En relación con la problemática de la proliferación normativa y de la multiplicidad de autoridades para la aplicación de las políticas de competencia, se puede consultar el artículo de ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, titulado “Presente y futuro del derecho de la competencia en Colombia”. *Revista de derecho* n° 3. Universidad del Norte, Barranquilla 1994, págs. 80 y 81.

Por último, el ejercicio idóneo y efectivo de la función de regulación, con miras a garantizar la neutralidad e imparcialidad de los agentes reguladores, exige: (i) su conformación como órgano colegiado, excluyendo la participación o nominación del gobierno nacional; (ii) debe propender por exigir el conocimiento técnico y especializado de sus miembros; (iii) debe contar con autonomía constitucional; (iv) sus comisionados deben tener período fijo, y ser removidos exclusivamente por faltas disciplinarias; (v) y establecer un preciso catálogo de acontecimientos que generen conflictos de interés o incompatibilidades de sus miembros.

10. BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Constitución Política de Colombia.

Ley 65 de 1967. Ley 81 de 1988.

Ley 142 de 1994.

Ley 489 de 1998.

Ley 689 de 2001.

Decreto 3069 de 1968.

Decreto 49 de 1976.

Decreto ley 1900 de 1990.

Decreto 2122 de 1992.

Decreto 2167 de 1992.

Decreto 1524 de 1994.

Decreto 1130 de 1999.

Decreto 1640 de 1999.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

T-578 de 1992. (MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).

C-228 de 1993 (MP VLADIMIRO NARANJO MESA).

- C-313 de 1994 (MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ).
- C-272 de 1998. (MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).
- C-444 DE 1998. (MP HERNANDO HERRERA VERGARA).
- SU-182 DE 1998. (MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ).
- C-702 DE 1999. (MP FABIO MORÓN DÍAZ).
- C- 1162 DE 2000. (MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO).
- C-781 DE 2001 (MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO).
- C-867 DE 2001 (MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA).
- C-389 DE 2002. (MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ).
- C-917 DE 2002 (MP MARCO GERARDO MONROY CABRA).
- C-150 DE 2003. (MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA).
- C-432 DE 2004 (MP RODRIGO ESCOBAR GIL).
- C-623 DE 2004. (MP RODRIGO ESCOBAR GIL).

Consejo de Estado

- Sala de lo Contencioso Administrativo, 17 de febrero de 1962. CP CARLOS GUSTAVO ARRIETA.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, 25 de abril de 1970. CP HERNANDO GÓMEZ MEJÍA.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª 13 de julio 2000. Radicación No. 11.744. CP MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª 14 de julio 1995. Radicación No. 3072. CP YESID ROJAS SERRANO.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª 21 de septiembre 2000. Radicación nº 11.856. CP MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

Corte Suprema de Justicia

- Sala de Casación Civil, sentencia de agosto 18 de 1970, MP EUSTORGIO SARRIA.

Doctrina

- BARRERA CARBONELL, ANTONIO, “La regulación en servicios públicos”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, n° 11, junio de 2000.
- GAKBRAITH, *Una sociedad mejor*, Crítica, Barcelona, 1996.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, undécima edición, Editorial Tecnos, España, 2002.
- GONZÁLEZ-VARAS, SANTIAGO, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transporte*, Editorial Comares, España, 2001.
- HERNÁNDEZ, PEDRO ALFONSO, *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*. Legis, Bogotá, 1ª edición. 1999.
- PALACIO JARAMILLO, MARÍA TERESA, “Resurgimiento o crisis de la noción de servicio público”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, n° 11, junio de 2000.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998.
- RIVERO ORTEGA, RICARDO, *Introducción el derecho administrativo económico*, 2ª edición, Editorial Ratio Legis, España, 2001.
- SÁNCHEZ GARCÍA, CARLOS ANDRÉS. VILLEGAS CARRASQUILLA, LORENZO, *Regulación de los servicios públicos: redefinición constitucional del Estado colombiano, derecho constitucional, perspectivas críticas*, Editorial Legis, n° 2°, 1ª edición, 2001.
- VIDAL PERDOMO, JAIME, “Las Comisiones de Regulación en los servicios públicos”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, n° 11, junio de 2000.
- VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, 8ª edición, Temis, Bogotá, 1985.