

Andrés Palacios Lleras*

University College London

andrespalaciosll@gmail.com

**La promoción y protección de la libre
competencia en la ley 142 de 1994****

*The promotion and protection of free competition in
the law 142 of 1994*

*A promoção e proteção da livre concorrência na lei
142 de 1994*

Artículo de reflexión: recibido 23/09/2014 y aprobado 07/12/2014

* Candidato a doctor de la Facultad de Derecho de la University College London (UCL). Abogado de la Universidad de los Andes con Máster en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Fue colaborador en la Superintendencia de Industria y Comercio, y es asesor de la firma Estudios Palacios Lleras S.A.S.

** Este artículo fue realizado en el marco de la investigación realizada por el autor sobre el tema de los servicios públicos domiciliarios.

Resumen

El presente artículo realiza un análisis de la Ley 142 de 1994 como mecanismo de promoción y protección de la competencia con el fin de proteger la libertad económica de los usuarios. Para sustentar esta idea se revisan diferentes aspectos del régimen constitucional y legal, y se debate el rol de la competencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios, en la medida en que significa un reto teórico para el ordenamiento jurídico colombiano. Se sugiere diferenciar el concepto de competencia con la idea de introducción del neoliberalismo en la prestación de estos servicios.

Palabras claves: Libertad económica, Ley 142, Servicios públicos domiciliarios, Colombia.

Abstract

This article presents an analysis of the Law 142 of 1994 as a mechanism for the promotion and protection of competition in order to protect the economic freedom of users. To support this idea different aspects of the constitutional and legal system are reviewed as well as the role of competition in the provision discussion of household public services, insofar as it means a theoretical challenge to the Colombian legal system. It is suggested to differentiate the concept of competition with the idea of introduction of neoliberalism in the provision of these services.

Keywords: Economic freedom, Law 142, Household public services, Colombia.

Resumo

Este artigo apresenta uma análise da Lei 142, de 1994, como um mecanismo para a promoção e defesa da concorrência, a fim de proteger a liberdade econômica dos usuários. Para apoiar esta ideia diferentes aspectos do sistema constitucional e legal são revisados, bem como é discutido o papel da concorrência na prestação de serviços públicos de uso doméstico, na medida em que significa um desafio teórico para o sistema judicial colombiano. Sugere-se diferenciar o conceito de concorrência com a ideia de introdução do neoliberalismo na prestação desses serviços.

Palavras-chave: Liberdade econômica, Lei 142, Serviços públicos de uso doméstico, Colômbia.

Introducción

Este año se cumplen 20 años de la promulgación de la Ley 142 de 1994, la cual reconfiguró por completo el régimen de Servicios Públicos Domiciliarios (SPD) en Colombia. Pero los cambios que introdujo esta ley no se limitan a cambios en las normas legales como tales, sino que han tenido un efecto en el ámbito de la teoría colombiana del derecho público. En particular, esta ley redefinió la estructura jurídica de la prestación de estos servicios, creando mercados en los que las empresas prestadoras y sus consumidores (o “usuarios”) deben competir entre sí. De hecho, tanto las actuaciones del Estado como las de los particulares ahora se desarrollan de manera más competitiva gracias a los cambios que introdujo esta ley.

En este artículo defenderé la tesis de que la promoción y protección de la competencia que establece la Ley 142 de 1994 es entendida como una forma de proteger la libertad económica de los usuarios. En este sentido, la competencia tiene un carácter instrumental. Por un lado, contribuye a que la prestación de los SPD sea eficiente; por otro permite que los usuarios puedan hacer elecciones relevantes asociadas con su consumo e impide que las empresas incurran en distintas prácticas que afectarían su bienestar y su capacidad de elección. Por ello, en vez de asumir que la competencia es el principio rector de esta ley, y del régimen de los SPD en general, considero que la competencia es un instrumento del que se vale la ley para garantizar la libertad económica de los usuarios. A su vez, como la Ley 142 de 1994 presupone que dicha libertad depende de la estructura jurídica de los mercados de SPD y, en particular, del alcance jurídico de los derechos y las obligaciones que surgen de los contratos entre prestadores y usuarios, me referiré a esta visión particular de la competencia como “estructural”.

Para sustentar esta tesis, mostraré cómo diferentes aspectos del régimen constitucional y legal de los SPD sustentan la idea de que la competencia es un mecanismo concebido para proteger la libertad económica de los usuarios. En la segunda sección de este artículo presentaré de manera general el concepto de “libertad económica” que considero se refleja en la Ley 142 de 1994. Posteriormente en la tercera sección comento algunos artículos constitucionales y legales que respaldan la tesis planteada. Luego, en la cuarta sección argumento por qué teorías sobre el rol de la competencia en la prestación de SPD, basadas en la eficiencia económica, no pueden justificar adecuadamente ciertos aspectos del marco constitucional y legal de este

régimen jurídico. Finalmente, en la quinta sección presentaré, a manera de conclusiones, una serie de reflexiones sobre los retos teóricos que enfrenta esta idea de competencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

El concepto de libertad económica

La libertad económica es un concepto complejo, difícil de precisar y que ha tenido diferentes significados, algunos de ellos incoherentes entre sí. La definición que propongo a continuación no pretende zanjar las dificultades teóricas y prácticas que caracterizan su discusión académica; es más bien un esbozo general que presento con el fin de realzar ciertos aspectos importantes de la Ley 142 de 1994.

De manera general, podemos agrupar las definiciones más comunes en dos grandes grupos, dependiendo de si apreciamos la libertad individual como un atributo negativo o positivo –“libertad” como no intervención, o “libertad” como autonomía para actuar– (Berlin, 1969:119-172). A su vez, estas consideraciones sobre libertad encuentran una expresión más concreta en las diferentes maneras en las que entendemos qué son los derechos. En el caso de la libertad como no intervención, los derechos son caracterizados esencialmente como espacios de soberanía que le permiten a las personas impedir legítimamente la intervención de terceros en sus vidas. Tratándose de la libertad como capacidad para actuar, los derechos son vistos como justificaciones que legitiman obligaciones correlativas, muchas de ellas de carácter prestacional, a favor del titular del derecho. La libertad como no intervención busca que las personas puedan proteger sus derechos frente a los actos o las pretensiones de terceros, mientras que la otra visión de libertad busca que las personas puedan hacer valer sus derechos exigiendo a terceras personas, incluyendo al Estado mismo, que cumplan con sus obligaciones (Hirschl, 2000:1060). Si bien la disyuntiva entre estos dos conceptos de libertad y, consecuentemente, estos dos conceptos de derechos, ha sido reevaluada recientemente (Sunstein, 1999), es útil recurrir a ellos para entender mejor ciertos aspectos de este concepto.

El aspecto económico del concepto “libertad económica” se refiere al contexto institucional que define tanto los mecanismos mediante los cuales los derechos son exigidos por las personas como a su contenido o carácter prestacional. En particular, nos interesa el mercado como un contexto institucional particular, en el que las personas pueden intercambiar derechos y obligaciones con cierto grado de autonomía. Hay varias consideraciones que

es importante tener presente con respecto a los mecanismos institucionales que definen los mecanismos de ejercicio de los derechos. En primer lugar, la capacidad de las personas de tomar decisiones de manera autónoma con respecto a sus derechos depende de la veracidad y la calidad de la información de la que disponen. En segundo lugar, para que dichas elecciones sean libres, esperamos que las decisiones se tomen sin que se ejerza alguna forma de coerción, aunque alguna forma de coerción resulta inevitable (Hale, 1923:470; y Sunstein, 1999). En determinadas relaciones de mercado una empresa con posición de dominio pueda forzar a las partes con las que contrata a que acepten ciertos términos en contra de su voluntad, especialmente si ello está respaldado por una amenaza o sanción creíble. En tercer lugar, hay relaciones de mercado en los que una de las partes se aprovecha de su poder de mercado para alterar el valor del bien o servicio que se ofrece provee y la contraprestación que se recibe a cambio. Tal es el caso, por ejemplo, de un monopolista. Lo relevante de este tipo particular de situación no es que haya un monopolista como tal, sino que su actuar lleva a una redistribución del bienestar (en el sentido económico del término, *welfare*) entre él y las partes con las que contrata. Además, lo anterior sugiere que hay una estrecha conexión entre la estructura de los mercados, por un lado, y la coerción y la redistribución de bienestar entre empresas, y entre empresas y consumidores. Una empresa con posición dominante puede imponerle a sus partes contratantes condiciones con las que éstas no estén de acuerdo, y puede de igual manera restringir la oferta de sus bienes y servicios para subir los precios y de esa manera “apropiarse” de parte del bienestar de los consumidores. Por ello la interrelación entre libertad y coerción, y la redistribución del bienestar, animaron el derecho de la competencia en sus orígenes y continúan siendo relevantes hoy, aunque en menor medida (Page, 1989 y 1995; Lande, 1982; y Peritz, 2000). Cuando advertimos estas relaciones podemos entender mejor el sentido de frases como “abuso de la posición dominante” y apreciar la conexión que hay entre el abuso del derecho y el abuso de la posición dominante.¹

Las consideraciones anteriores son muy generales y es necesario entrar en varios detalles antes de ofrecer una teoría completa sobre la “libertad económica”. Sin embargo, son suficientes para permitirnos sugerir una definición general de libertad económica, y para identificar el rol que cumple la competencia en el

1 Un análisis colombiano de esta relación se puede apreciar en Ernesto Rengifo García (2004).

régimen legal de los SPD. Así pues, podemos entender por “libertad económica” aquella autonomía que tienen los usuarios de escoger de manera informada tanto las empresas con las que contratan la prestación de ciertos servicios como las condiciones en las que los reciben, minimizando las posibilidades de coerción (como la imposición de términos contractuales), e impidiendo la redistribución de bienestar entre éstos y las empresas prestadoras. A pesar de lo anterior sería un error caracterizar esta libertad meramente en términos negativos, como si las empresas prestadoras de SPD o el Estado solo tuvieran que abstenerse de incurrir en ciertos comportamientos. Hay también un componente positivo de esta libertad. En determinadas circunstancias, la “libertad económica” de los usuarios también implica una serie de obligaciones positivas y de carácter prestacional que le corresponden al Estado y a las empresas prestadoras de estos servicios (López-Murcia y García, 2008). Lo anterior tiene aún más sentido si se considera que en el contexto constitucional colombiano, el Estado tiene que velar por la igualdad material de sus habitantes,² garantizar la atención de sus necesidades básicas³ y un “mínimo vital”.⁴ Así pues, esta “libertad económica” está constituida tanto por una protección de la capacidad de elegir de los usuarios y de su bienestar económico, así como también por el cumplimiento de ciertas prestaciones a las que tienen derecho. Como buena parte del desarrollo que ha tenido la faceta positiva de esta libertad ha sido posterior a la expedición de la Ley 142 de 1994, en este artículo fijaremos nuestra atención principalmente en el texto de dicha ley.

El marco jurídico de la libertad económica en materia de Servicios Públicos Domiciliarios

Fundamentos constitucionales del régimen de servicios públicos domiciliarios

Los mandatos constitucionales relacionados con la intervención del Estado en la economía y el desarrollo de las funciones de policía administrativa son un buen punto de inicio para apreciar el contenido de la Ley 142 de 1994 en materia de libre competencia. La Constitución asigna las funciones asociadas con estos dos aspectos al Congreso y al Presidente de la República;

2 Constitución Política de Colombia, artículo 13.

3 Constitución Política de Colombia, artículo 366.

4 El derecho al mínimo vital es un derecho innominado que ha sido ampliamente reconocido por la Corte Constitucional colombiana y la construcción constitucional de su reconocimiento se remonta la sentencia C-426 de 1992 (Arango, 2002).

mientras el primero debe expedir leyes que facultan al Estado para intervenir en la economía, el segundo debe aplicarlas de acuerdo con sus funciones de policía administrativa –vigilancia, control y sanción–. Con respecto a las atribuciones del Congreso, el numeral 8º del artículo 150 trata sobre leyes que éste debe expedir para que el Gobierno ejerza sus funciones de control y vigilancia. El numeral 21º se refiere a las leyes de intervención económica, enfatizando que éstas deben precisar sus fines, alcances y los límites que le imponen a la libertad económica; y el numeral 23º se refiere explícitamente a las funciones públicas y los servicios públicos. En lo que respecta al Presidente de la República, el numeral 11º del artículo 189 señala que entre sus funciones está ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la ejecución de las leyes; y el numeral 22º señala que debe ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. Finalmente, el artículo 370 de la Constitución también dispone que le corresponde al Presidente establecer las políticas generales de administración y control de eficiencia de los SPD; y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), el control, la inspección y la vigilancia de las empresas que presten dichos servicios.

Si bien los artículos arriba mencionados asignan funciones con respecto a cómo debe proceder la intervención del Estado en la economía, hay también artículos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de precisar el contenido de dicha intervención. Estos incluyen los artículos que hacen parte de los títulos I y II de la Constitución que se refieren a los principios y fines del Estado, y a los derechos individuales y colectivos que consagra la Constitución en cabeza de los habitantes del territorio nacional. Tal vez el artículo más importante es el artículo 13 de la Constitución Política. Éste señala que el Estado debe tratar a todas las personas de igual manera y sin discriminación alguna; debe promover que la igualdad entre las personas sea real y efectiva; y debe proteger especialmente a las personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Dicho artículo es muy importante para entender la relevancia constitucional de los SPD, no sólo porque ofrece una pauta de las condiciones que su prestación debe satisfacer, sino además porque su prestación puede estar íntimamente ligada con los derechos fundamentales. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que la prestación de ciertos SPD contribuye a garantizar los derechos

fundamentales de las personas.⁵ Además, el artículo 333 consagra el derecho a la libre competencia, que se traduce en el derecho de todos los habitantes a que la producción y prestación de servicios se haga en un entorno competitivo. Todos estos artículos son relevantes a la hora de analizar la legalidad de las actuaciones tanto de las autoridades administrativas como de las empresas prestadoras de los servicios mencionados y, por supuesto, para justificar las pretensiones jurídicas de las personas y las colectividades.

Pero, además de estos artículos, la Constitución tiene otros que se refieren explícitamente a la prestación de los SPD. De la mano del artículo 333, el artículo 334 señala que la intervención del Estado en la economía, a partir de las leyes que al respecto expida el Congreso, debe buscar mejorar 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. Este artículo también dice explícitamente que el Estado intervendrá para asegurar que todas las personas, incluyendo las de bajos ingresos tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. A su vez, los artículos comprendidos en el capítulo V del título XII de la Constitución Política se refieren explícitamente a las condiciones y garantías asociadas con la prestación de los servicios públicos. El artículo 365 señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. También reitera que el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia en la prestación de estos servicios. De igual manera señala que dicha prestación puede estar a cargo del Estado, de comunidades organizadas, o de particulares. El artículo 366 señala que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de la vida de la población son finalidades sociales del Estado, y que la solución de las necesidades insatisfechas en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable son objetivos fundamentales de su actividad. A su vez, el artículo 367 señala que las leyes sobre SPD deben fijar las competencias y responsabilidades relacionadas con la prestación de estos servicios, y determinar su cobertura, calidad, financiación y el respectivo régimen tarifario. Con respecto a este último, señala que debe tener en cuenta tanto los costos asociados con dicha actividad como la solidaridad y la redistribución de ingresos. Así mismo, señala que la ley determinará las entidades competentes para fijar este régimen.

5 A manera de ejemplo, ver la sentencia T-546 de 2009.

Finalmente, también establece que los SPD podrán ser prestados directamente por los municipios siempre y cuando las características técnicas y económicas del servicio y las “conveniencias generales” lo permitan y aconsejen, mientras que los departamentos deben apoyar y coordinar las diferentes actividades de los municipios. De la mano del artículo anterior, el artículo 368 establece que las distintas entidades estatales podrán conceder subsidios (lo cual, por supuesto, depende de sus presupuestos) para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de aquellos SPD que cubren sus necesidades básicas. De acuerdo con el artículo 369, la ley también debe establecer los derechos y obligaciones de los usuarios, su régimen de protección, así como las formas en las que participarán en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten SPD. También se establece que definirá la participación de los municipios, o sus representantes, en las entidades que les prestan estos servicios. Finalmente, el artículo 370, al que ya nos referimos, reitera el deber constitucional del Presidente de la República de establecer las políticas de administración y control de eficiencia de las empresas estatales que presten el servicio, y de ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) el control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan dichos servicios. Si bien la SSPD mantienen muchas de sus funciones de vigilancia y control, las funciones que se relacionan con la libre competencia son ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en virtud de la Ley 1340 de 2009.

Así pues, a partir de todos estos artículos constitucionales se construye una arquitectura constitucional en lo que se refiere a lo que el Estado puede o no hacer en materia de regular la prestación de SPD. Nótese, sin embargo, que dicha arquitectura no establece un modelo único sobre la manera en la que dicha regulación puede tener lugar. Establece, más bien, una serie de obligaciones que el Estado debe cumplir; una serie de requisitos con respecto a quién puede actuar y cómo debe hacerlo, y otros aspectos que deben ser tenidos en cuenta. Si bien estos elementos son relativamente exigentes, no se limita la configuración jurídica de la prestación de estos servicios a unas pocas opciones predeterminadas, ni se impide que con el tiempo se experimente con diferentes formas en las que estos servicios se puedan prestar. Con respecto a la competencia, estos artículos constitucionales establecen que la prestación de estos servicios debe hacerse de manera tal que se evite o se controle el abuso de la posición dominante, pero no distinguen entre diferentes formas en las

que ello pueda tener lugar, y en cambio sí permiten que se limite la libertad económica. Por su parte, la Ley 142 de 1994 sí puntualiza muchos de esos elementos, y sí precisa una idea de competencia en este sector.

La promoción y protección de la competencia en la Ley 142 de 1994

La Ley 142 de 1994 se refiere en múltiples oportunidades a la libre competencia. Para efectos de poder apreciar el rol que tiene la competencia en esta ley, podemos clasificar los principales artículos que se refieren a este concepto en dos grandes grupos. Un primer grupo de artículos se refiere a la promoción y protección de la competencia por parte de las autoridades encargadas para ello. Podemos también dividir este grupo de artículos en dos grupos menores. El primero de ellos se refiere propiamente a la promoción de la competencia, y tiene que ver con la regulación y las medidas específicas que adoptan las comisiones de regulación para que, hacia futuro, los diferentes mercados de SPD sean competitivos. El segundo subgrupo se refiere a las actividades de vigilancia, inspección y control que, de acuerdo con la ley y la Constitución le corresponden a la SSPD. El segundo grupo se refiere a los derechos y obligaciones que tienen las empresas prestadoras frente a otras empresas y frente a los usuarios, y que tratan sobre abuso de la posición dominante y prácticas restrictivas de la competencia. Este segundo grupo también puede dividirse en dos subgrupos. El primero de ellos contiene los artículos que se refieren explícitamente a las relaciones entre empresas prestadoras de SPD, y aborda tanto el acceso a redes e infraestructura como a prácticas restrictivas de la competencia. En cambio, el segundo subgrupo contiene aquellos artículos que se refieren al abuso de la posición dominante frente a los usuarios. A partir de estas categorizaciones, podemos entonces empezar a clasificar los diferentes artículos según sus contenidos y, en particular, según sus destinatarios.

134

Promoción y protección de la competencia

Una de las particularidades de la Ley 142 de 1994 es que desarrolla todo un sistema administrativo de promoción y protección de la competencia. El artículo 2 de esta ley establece que la intervención del Estado debe ser conforme a las reglas de libre competencia fijadas por la ley, y ordena que dicha intervención debe ser eficiente, bajo libertad de competencia y sin abusos de posiciones dominantes. El artículo 3, que se refiere a los instrumentos de intervención estatal, establece el principio de neutralidad y sugiere que se relaciona con

la ausencia de prácticas discriminatorias en la prestación de estos servicios. Nótese, además, que el artículo 6 de esta ley extiende explícitamente estas obligaciones a los municipios cuando estos prestan dichos servicios, y prohíbe que constituyan monopolios de derecho. De la mano de estos dos artículos, el artículo 10 garantiza el derecho a organizar y operar empresas prestadoras de SPD, con lo cual busca garantizar la libertad de entrada a los diferentes mercados asociados a estos servicios y, así, fortalecer la competencia.

Además de estos mandatos generales, la Ley 142 de 1994 también establece mandatos particulares para las diferentes autoridades administrativas que intervienen de diferentes maneras en la prestación de SPD. En lo que se refiere a la promoción de la competencia, el artículo 73 de la ley señala que las regulaciones que emitan las respectivas comisiones de regulación deben promover la competencia cuando ésta sea posible, o regular los monopolios y, en general, las empresas con posición dominante. Este propósito debe orientar las funciones que dicho artículo le concede a estas entidades.⁶ En materia de libre competencia hay varias de estas funciones que son muy relevantes, como las siguientes:

- Someter a su regulación y a la vigilancia de la SIC y a las normas de esta ley sobre tarifas, información, actos y contratos a empresas que no sean de servicios públicos pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para competir deslealmente, reducir la competencia y abusar de su posición dominante frente a las empresas de servicios públicos (num. 2);
- Emitir conceptos basados en la libre competencia sobre las cláusulas de condiciones uniformes de los contratos de SPD y sus modificaciones, y la duración de los contratos (num. 10);
- Ordenar la escisión de una empresa en otras con el mismo objeto social o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria cuando ésta subsidie sus actividades en un mercado competitivo con los ingresos que recibe en otro mercado que no lo es, o que incurre en prácticas restrictivas de la competencia (num. 13);
- Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello contribuiría a ampliar la cobertura y disminuir los costos que asumen los usuarios; impedir pactos contrarios a la libre competencia por parte de

⁶ Ver principalmente los numerales 10 a 14, 16, 20 a 22 y 25 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

los productores o compradores de bienes que se suministran por medio de SPD en perjuicio de sus distribuidores, y exigir que en los contratos se especifiquen los componentes que definen los precios y tarifas (núm. 14)

- Señalar los criterios generales sobre abuso de la posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en los asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario (núm.21);
- Establecer los requisitos que las empresas prestadoras de SPD deben seguir para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión, y establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes (núm. 22); ⁷
- Establecer los mecanismos indispensables para evitar la concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público. (núm. 25).

Ahora bien, los municipios también tienen una serie de obligaciones en lo que se refiere a la promoción de la competencia. El ya mencionado artículo 2 de esta ley establece que la intervención del Estado en la prestación de SPD debe tener lugar de manera eficiente y en el marco de la libre competencia. A su vez, el artículo 6 de la ley también señala que, en el caso en el que los municipios presten los SPD de manera directa, ello no debe hacerse para constituir un monopolio de derecho. De acuerdo con los artículos 7 y 26, cuando los municipios no prestan directamente los SPD, su rol es más el de coordinar y facilitar la prestación de dichos servicios, y (de acuerdo con el artículo 5, entre otros) juegan un papel crucial en asegurar los fondos necesarios para otorgar subsidios.

Originalmente, las SPD era la entidad encargada de ejercer las actividades de vigilancia, investigación y control relacionadas con la prestación de los SPD en materia de libre competencia. El numeral 1 del artículo 79 establece como una de sus funciones vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y los actos administrativos vinculantes para las empresas prestadoras de SPD. Ello vino a cambiar con la Ley 1340 de 2009, la cual estableció que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) es la única autoridad en materia de libre competencia,

⁷ Al respecto, el artículo 28 establece que dichas comisiones podrán exigir que haya interconexión a redes para proteger a los usuarios, garantizar la calidad del servicio o promover la competencia.

incluyendo (tácitamente) las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994.⁸ Como resultado de lo anterior, las funciones que al respecto adelantaba la SSPD fueron tácitamente asignadas a la SIC. Ello incluye, de acuerdo con el numeral 32 del artículo 79, adelantar las investigaciones e imponer las sanciones que sean del caso por violaciones al régimen de competencia establecido en el artículo 34 de esta ley (y en las otras disposiciones aplicables). Si bien la Ley 1340 de 2009 modificó la entidad destinataria de las obligaciones contenidas en esta ley, no modificó una muy particular y que contrasta con lo establecido en el régimen general en materia de libre competencia. Me refiero a la obligación plasmada en el numeral 11 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, de acuerdo con la cual una parte de la multa impuesta a empresas prestadoras de servicios públicos por violar las normas de servicios públicos (incluyendo, por supuesto, las disposiciones especiales sobre libre competencia, debe ser adjudicada a las personas que iniciaron, impulsaron o colaboraron el respectivo procedimiento administrativo. Lo anterior, con el propósito de resarcir a estas personas por el tiempo, el esfuerzo, y los gastos y costos en que hayan incurrido, o por los perjuicios que la respectiva práctica sancionada les haya ocasionado. Nótese además que una de las consecuencias de que la SIC investigue y sancione actos y conductas que violen la libre competencia es que las multas aplicables pueden abarcar lo señalado tanto en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 como en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Derechos y obligaciones con respecto a la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia

Además de establecer que las autoridades de este sector deben velar por la competencia, bien sea promoviendo las condiciones para que ésta tenga lugar, o investigando y sancionando aquellas violaciones que tienen lugar, la Ley 142 de 1994 también crea una serie de derechos y obligaciones para las empresas prestadoras de SPD, independientemente de su naturaleza jurídica. En particular, los artículos 9 y 11 de la ley plasman el alcance de la idea de que la “libertad económica” del usuario constituye el bien jurídico privilegiado en la arquitectura jurídica de la prestación de los SPD (y que además son desarrollados por otros artículos en la misma ley). Así el artículo 9, que se refiere a los derechos de los usuarios, incluye el derecho a obtener información “completa, precisa y oportuna”

⁸ Ley 1340 de 2009, artículos 6 y 28.

sobre las actividades relacionadas con la prestación de estos SPD, a poder elegir libremente tanto el prestador de los servicios como los bienes y servicios necesarios para su aprovechamiento, a obtener mediciones precisas de su consumo, y a poder consumir cantidades superiores a otros usuarios, siempre que eso no afecte sus derechos (o los de otros terceros) y asuman los costos asociados a ello. Por su parte, el artículo 11 se refiere a las obligaciones de las empresas prestadoras de estos servicios, y que a grandes rasgos podemos clasificar como aquellas que son correlativas de los derechos de otras empresas con las que compiten o de los derechos de los usuarios. Con respecto a las obligaciones que se refieren a otras empresas, este artículo consagra la obligación de facilitar el acceso e interconexión a los bienes involucrados en la prestación del servicio. Con respecto a las obligaciones que tienen las empresas frente a los usuarios, son para destacar la obligación de que el servicio se preste de manera eficiente y continua, y sin abuso de posición dominante, y la obligación de no incurrir en prácticas restrictivas de la competencia. De igual manera, es importante destacar la obligación de facilitar a aquellos usuarios de menores ingresos el acceso a los subsidios que otorguen las autoridades, e informar a todos los usuarios de las maneras de utilizar los SPD respectivos con eficiencia y seguridad. De la mano de estos dos artículos, el artículo 10 garantiza el derecho a organizar y operar empresas prestadoras de SPD, con lo cual busca garantizar la libertad de entrada a los diferentes mercados asociados a estos servicios y, así, fortalecer la competencia.

Ahora bien, el numeral 13 del artículo 14 de esta ley desarrolla un concepto particular sobre la posición dominante. Por un lado, la define como la posición que tiene la empresa frente a los usuarios que contratan sus servicios. Es decir, por el sólo hecho de contratar con una empresa prestadora de dichos servicios, los usuarios ya se encuentran en una situación desigual en la que dicha empresa tiene una posición dominante frente a éstos. Por otro lado, la ley también define la posición dominante en términos de la participación de la empresa en su respectivo mercado relevante. Se supone que una empresa tiene tal posición cuando, al advertir el mercado de sus servicios y de otros sustitutos próximos, atiende al 25% o más de los usuarios que lo conforman. Como veremos más adelante, ambas definiciones de la posición dominante se pueden justificar adecuadamente a partir de la noción de “libertad económica” arriba presentada.

Además de los artículos arriba mencionados, la Ley 142 de 1994 contiene muchas otras disposiciones que tratan sobre la competencia y el abuso de la posición dominante y que desarrollan las ideas contenidas en los artículos

mencionados. Un ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar en el régimen general de contratación de las empresas prestadoras de SPD. El artículo 30 establece que dichos contratos deben interpretarse de manera tal que garanticen la libre competencia y mejor impidan los abusos de la posición dominante, y que favorezcan la continuidad y calidad de la prestación de dichos servicios. Por su parte, el artículo 34 establece una prohibición general frente al trato discriminatorio e injustificado, e incluye un catálogo no taxativo de prácticas restrictivas de la competencia que se encuentran prohibidas. Esta lista incluye el cobro de tarifas que no cubren los gastos de operación, la prestación de servicios adicionales a los que contempla la tarifa a precios inferiores al costo, los acuerdos de repartición de mercados y de fijación de tarifas, y el abuso de la posición dominante en todos los contratos, entre otras conductas. El artículo 35 contiene una obligación explícita para las empresas con posición dominante dedicadas principalmente a la distribución de bienes y servicios provistos por terceros, y que consiste en establecer procedimientos que faciliten la competencia de eventuales oferentes de dichos bienes y servicios en igualdad de condiciones. Finalmente, este régimen también incluye el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo. De acuerdo con el artículo 40, éstas son áreas establecidas por las autoridades territoriales competentes en las que una empresa prestadora de SPD es la única que puede prestar dichos servicios por un periodo de tiempo determinado. Esta norma legal señala que los contratos suscritos para tal efecto deben precisar la duración del periodo de exclusividad, la calidad del servicio prestado y las obligaciones que al respecto acepta la empresa prestadora. El otorgamiento de dichas áreas busca ampliar la prestación de dichos servicios a las personas de menores ingresos, y por ello la norma también permite el pacto de nuevos aportes públicos para cumplir con el propósito de extender el servicio prestado en dichas áreas. Así mismo, le corresponde a la respectiva comisión de regulación definir los aspectos generales de dichos contratos. Nótese que la constitución de estas áreas es una restricción excepcional a la competencia.

Otro ejemplo de lo anterior lo encontramos en los artículos relacionados con la relación jurídica entre las empresas prestadoras de SPD y los usuarios. En cuanto a las tarifas, el artículo 98 prohíbe una serie de conductas tarifarias que estarían orientadas a excluir a competidores e incidirían en perjuicio de los usuarios. El numeral 1º prohíbe que las empresas que hacen parte del régimen de libertad vigilada ofrezcan tarifas inferiores a los costos operacionales,

especialmente si dichas empresas participan en otros mercados en los que tienen una posición dominante o están sujetas al régimen de libertad regulada. El numeral 2º prohíbe ofrecer tarifas inferiores a los costos operacionales promedio para desplazar a competidores actuales, ahuyentar a los eventuales o ganar posición de dominio en el mercado en el que participan o frente a clientes potenciales. Finalmente, el numeral 3º prohíbe la discriminación tarifaria entre clientes que poseen las mismas características comerciales, aun si la empresa está sometida al régimen de libertad vigilada.

De igual manera, al detallar el alcance jurídico de los contratos que las empresas celebran con los usuarios, el artículo 133 de esta ley contiene un catálogo detallado de cláusulas que se consideran manifestaciones del abuso de la posición dominante de las empresas, y que no tienen que ver directamente con las tarifas. De manera general, encontramos en este artículo dos tipos diferentes de cláusulas que constituyen abuso del derecho. El primer grupo está compuesto por cláusulas que le permiten a la empresa modificar a su favor el régimen de obligaciones que establece la ley frente al usuario. Ello incluye aquellas cláusulas que limitan la responsabilidad de la empresa, incluyendo las garantías que tiene a su cargo; la posibilidad de disolver el contrato, cambiar sus condiciones, suspender su aplicación o revocar cualquier derecho contractual del usuario por razones diferentes al incumplimiento de éste o la fuerza mayor y caso fortuito; que le confieren plazos excesivos para cumplir una obligación o aceptar una oferta; que le permiten modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello están basados sólo en sus intereses, entre otras. En cambio, el segundo grupo está conformado por cláusulas que limitan el ejercicio de los derechos que la ley confiere a los usuarios. Esta categoría está compuesta por aquellas cláusulas que condicionan al consentimiento de la empresa el ejercicio de los derechos de los usuarios establecidos en el contrato o en la ley; que obliguen al usuario a adquirírsela a la empresa, o una persona determinada por ésta, un bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o que limitan su libertad para escoger quién pueda proveerlo, o que lo obliguen a comprar más de lo que necesite; las que obligan al usuario a renunciar anticipadamente a cualquiera que los derechos que el contrato le concede, y otras similares. A pesar de lo anterior, este artículo también permite desvirtuar en dos oportunidades la presunción de abuso que resulta de la incorporación de estas cláusulas. La primera de ellas tiene que ver con un análisis detallado del contrato; se considera que la presencia de

una o varias de estas cláusulas no torna el contrato en abusivo si tienen como contraparte obligaciones especiales que estas empresas asumen, de tal manera que en conjunto tanto los derechos y las obligaciones de las partes estarían equilibrados. De igual manera, el carácter abusivo de estas cláusulas estaría desvirtuado si la comisión de regulación relacionada con la prestación del servicio en cuestión ha permitido expresamente su inclusión. Así pues, estos artículos buscan estructurar la relación jurídica entre las empresas prestadoras de SPD y los usuarios de manera tal que no se restrinja la competencia y no ocurran abusos de la posición dominante, tanto en lo que se refiere a las tarifas que se cobran como a otras prestaciones contractuales.

Los diferentes artículos aquí comentados se refieren principalmente al aspecto negativo del concepto de “libertad económica” al que nos referimos en la sección anterior. Sin embargo, la Ley 142 de 1994 también incluye artículos que se refieren a obligaciones a cargo de las empresas prestadoras de dichos servicios y del Estado que buscan que los usuarios puedan ejercer sus derechos de manera significativa. En este sentido, dichos artículos no buscan proteger los derechos de los usuarios al impedir o limitar la injerencia de las empresas prestadoras o del Estado, sino que establecen una serie de prerrogativas a favor de los usuarios y que se distinguen por su carácter prestacional. Su fundamento constitucional se puede encontrar en aquellos artículos que, como el artículo 334, establecen que el Estado intervendrá para garantizar que todas las personas, incluyendo aquellas de bajos ingresos, tengan un acceso efectivo a los bienes y servicios necesarios. El mecanismo provisto para ello en la Ley 142 de 1994 es el subsidio que las entidades territoriales, y en especial los municipios, pueden destinar para los usuarios de menores ingresos.⁹

La definición de subsidio que presenta esta ley consiste en la diferencia entre lo que se paga por la prestación de servicio y el costo de su provisión cuando el segundo es mayor que el primero.¹⁰ A su vez, el artículo 11 establece que una de las obligaciones que tiene toda empresa prestadora de SPD es facilitar a los usuarios de menores recursos el acceso a los subsidios que otorguen las autoridades respectivas,¹¹ y deben informar periódicamente sobre la utilización que dieron a los subsidios recibidos.¹² El control sobre la asignación y gasto de

9 Ley 142 de 1994, artículo 3 numeral 7, y artículo 5 numeral 3.

10 Ley 142 de 1994, artículo 14 numeral 29.

11 Ley 142 de 1994, artículo 11.

12 Ley 142 de 1994, artículo 53

los subsidios recae principalmente en la respectiva comisión de regulación y las SPD.¹³ El mecanismo mediante el cual se localizan los subsidios es la tarifa que se cobra para la prestación de los diferentes SPD. De acuerdo con esta ley, los subsidios deben funcionar de tal manera que los usuarios de ingresos altos asuman un recargo para así financiar la prestación del servicio a los usuarios con menos ingresos junto con los recursos que aporten de su presupuesto los municipios y la nación.¹⁴ Así mismo, el artículo 99 establecía originalmente que los costos asociados con la administración, operación y mantenimiento relacionados con el suministro serán asumidos siempre por los usuarios, así como también una serie de porcentajes de dichos costos que los subsidios destinados a cada tipo de usuario, según el estrato al que pertenezcan, deben cubrir.¹⁵ Nótese entonces que si los municipios cuentan con los recursos para otorgar subsidios (una suposición que no puede hacerse ligeramente), la configuración del derecho subjetivo de recibir su beneficio depende de que se den las condiciones señaladas en la ley para otorgarle recursos al usuario para pagarlos, y en particular de acuerdo al estrato del bien inmueble al que se destina la prestación del respectivo servicio.

Después de la expedición de la Ley 142 de 1994, la Corte Constitucional expandió de manera importante el carácter prestacional de las obligaciones por parte de las empresas prestadoras de estos servicios y del Estado. Por un lado, en diversas sentencias de tutela ha señalado que, en determinadas circunstancias, la suspensión de la prestación del servicio por incumplimiento del usuario puede violar el derecho al mínimo vital de éste.¹⁶ Ello ha llevado a replantear la posibilidad de conceder mayores subsidios a las personas de menores ingresos. Por otro lado, también ha señalado que la obligación de prestar dichos servicios es de carácter progresivo. Por lo tanto si las diferentes entidades han cumplido con la ley en lo que se refiere a la extensión de estos servicios a todos los segmentos de la población, no se les puede exigir que

13 Ley 142 de 1994, artículo 73, numeral 23 y artículo 79, numeral 7.

14 Respecto al subsidio como resultante de los recargos a los usuarios de mayores ingresos, ver Ley 142 de 1994 artículos 87, numeral 3; 89, numerales 1 y 2; 99, numeral 9; con respecto a la participación de los municipios, departamentos y la nación, ver Ley 142 de 1994 artículos 5, numeral 3; 8; 67, numeral 3; 89 numeral 8; 97; 99 numeral 9; y 100.

15 Ley 142 de 1994, artículo 99, numeral 6. Modificado parcialmente por el artículo 125 de la ley 1450 de 2011.

16 Al respecto es interesante ver las sentencias de la Corte Constitucional T-418 y T-616 de 2010.

presten estos servicios por fuera de sus recursos. La progresividad se debe manifestar en que los límites a la obligación de prestar estos servicios –un aspecto que depende tanto de los recursos disponibles como de su gerencia– deben ser cada vez menores (López y García, 2008). En cualquier caso, este aspecto de la “libertad económica” de los usuarios está íntimamente ligado con la obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad entre las personas sea real y efectiva, y proteger a las personas que, debido a su condición económica, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.

A manera de resumen, podemos entonces ver que los diferentes artículos de la Ley 142 de 1994 establecen una serie de obligaciones y derechos muy puntuales que, si bien se refieren a la competencia, buscan en últimas que los usuarios puedan tener acceso a los SPD, elegir entre diferentes prestadores de servicios, y cambiar de prestadores cuando tal opción esté a su alcance. Nótese entonces que la ley busca garantizar la competencia de dos formas que presenta como complementarias. Por un lado, busca garantizar que las actividades de las empresas prestadoras de SPD se den en un entorno competitivo. Para ello se refiere a la capacidad regulatoria y sancionatoria de las respectivas comisiones, las SPD y la SIC. Pero, cuando las condiciones fácticas impiden que haya competencia como tal, la ley busca evitar las consecuencias que resultan de la ausencia de competencia al prohibir sus manifestaciones jurídicas. Esto lo podemos apreciar en aquellos artículos que se refieren a comportamientos, como impedir arbitrariamente el acceso a redes, discriminar arbitrariamente entre usuarios o empresas, y hacer descuentos “predatorios” en sus tarifas; y en aquellos que se refieren a las cláusulas contractuales que no pueden incluir en los contratos que celebren con los usuarios. Nótese además cómo lo anterior supone un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las empresas prestadoras de SPD frente a los usuarios, el cual sólo puede ser modificado (por otro equilibrio) de manera excepcional y con permiso previo. Dicho equilibrio busca que a cambio del pago oportuno de las tarifas y recargos reconocidos en la ley, el usuario pueda exigir la prestación continua del servicio en los términos establecidos en la ley; y si dicha prestación no le satisface, debe poder cambiar de prestador fácilmente, sin estar sometido a condiciones que lo amarran a una empresa prestadora por razones ajenas a la calidad de su servicio. En otras palabras, la “libertad económica” de la que gozan los usuarios consiste en privilegiar su elección del tipo de servicio que quieren

y el respectivo prestador, sobre la libertad de las empresas para organizar la manera en la que prestan sus servicios, incluyendo la libertad para incurrir en ciertas prácticas y de pactar ciertas cláusulas contractuales que aminoran la presión de la competencia.

La competencia en la Ley 142 de 1994 frente a otras formas de entender la competencia

La idea de que la competencia es instrumental para garantizar la libertad de elección de los usuarios de SPD es particular a la Ley 142 de 1994, pero no es la única forma de entender cómo debe orientarse la competencia en este sector. Podemos distinguir otras formas de entender el rol de la competencia que, a su vez, llevarían a regímenes jurídicos de servicios públicos distintos al contenido en la mencionada ley (o inclusive a interpretaciones diferentes de ésta). Una alternativa consistiría en entender la competencia como un mecanismo que lleva a la asignación eficiente de los recursos sociales, independientemente de si ello contribuye o privilegia la libertad de elección de los usuarios. Desde esta perspectiva, la libertad de elección de los usuarios sólo sería relevante en la medida en la que contribuya a la asignación eficiente de los recursos, y no tendría un valor intrínseco. Por ello, me referiré a esta visión como la “teoría de la competencia eficiente en la prestación de SPD”. A continuación presentaré un esbozo de ésta dos teorías, y concluiré esta sección comparándola con la idea de competencia como instrumental para la “libertad económica” de los usuarios que, de acuerdo con la sección anterior, encontramos en el texto legal de la Ley 142 de 1994.

144

La teoría de la competencia en la prestación eficiente de los SPD

La teoría de la prestación eficiente de los SPD se basa en la idea de que los mercados son el mejor mecanismo para asignar los recursos con los que cuenta una sociedad de manera eficiente. Dicha eficiencia se traduce en que los diferentes bienes y servicios que se producen con esos recursos deben asignarse a aquellas personas que los valoran más, asumiendo que su disposición a pagar por ellos (y no su capacidad de pago) es una forma aproximada (más no exacta) para determinar dicha valoración.¹⁷ Desde esta perspectiva, todo el andamiaje jurídico debería permitirle a las empresas la mayor libertad posible para organizarse de

¹⁷ Sobre la diferencia entre estos dos conceptos y su relevancia para el análisis del derecho (Coleman, 1984).

manera eficiente y, de esa manera, producir los bienes y servicios relacionados con los SPD al menor costo posible. Si existen los incentivos adecuados (por ejemplo, un sistema tarifario libre que permita recuperar los costos hundidos y obtener ganancias) las empresas prestadoras de SPD se organizarán de diferentes maneras para ofrecer servicios que varían en precio y calidad para satisfacer la demanda de la mayor cantidad de usuarios posible.¹⁸

Al traducir esta idea a un lenguaje jurídico vemos que el régimen de prestación de los SPD tendría una serie de características muy particulares. En primer lugar, la constitución jurídica de las empresas prestadoras de estos servicios no debería estar sometida a procesos engorrosos, y su funcionamiento debería tener lugar sin injerencia alguna por parte del Estado, bien sea por medio de sistemas de control interno o externo, o permisos y autorizaciones especiales para adelantar sus actividades. Tanto su régimen de constitución como de funcionamiento y control debería ser igual al de las empresas privadas comunes y corrientes, o más eficiente que el de éstas si es que éste no es particularmente eficiente. Por ello, este régimen no vería con sospecha las integraciones verticales en los diferentes tipos de servicios, ni las integraciones entre empresas que participan en mercados complementarios. Así mismo este régimen procuraría que hubiera plena libertad de entrada y salida de los mercados de SPD; la competencia potencial, tanto como la actual, serían igualmente relevantes. En segundo lugar, la infraestructura desarrollada por estas empresas debería estar sometida al régimen de propiedad privada, porque de esa manera se alinearían los incentivos de la prestación del servicio con el mantenimiento de dicha infraestructura. En particular, los conflictos que surjan por el acceso a dicha infraestructura, y que serían relevantes para el derecho de la competencia, deberían resolverse únicamente teniendo en cuenta si las prácticas denunciadas inciden en el volumen del bien o servicio provisto a los usuarios finales. Si se consideran reglas sobre el acceso forzoso a dicha infraestructura, su interpretación y aplicación debería tener en cuenta los incentivos que dichas reglas generarían en los incentivos a construir nuevas redes o a mantenerlas, los costos asociados con el monitoreo de su observancia, y otros costos que vayan a ser asumidos por los usuarios finales. De igual manera, las normas jurídicas aplicables le deberían dar la capacidad a las empresas de ofrecer a los usuarios el mismo servicio en diferentes cantidades o calidades, de tal manera que no hay límites mínimos o máximos asociados con su prestación.

¹⁸ Probablemente el mejor ejemplo en la literatura académica de esta teoría se encuentra en el libro de Louis Kaplow y Steven Shavell (2002).

Ello supone que el régimen contractual con los usuarios sería el de derecho privado, y que por ende no habría límites al alcance o contenido de las cláusulas establecidas en los contratos diferentes de los establecidos en el derecho privado vigente. Finalmente, el régimen tarifario sería completamente libre y resultaría de la demanda y la oferta de estos servicios. De esta manera, este régimen jurídico imaginario le permitiría a las empresas y a los usuarios satisfacer sus preferencias a partir de acuerdos mutuamente beneficiosos relacionados con la manera en la que se prestarían los SPD.

Este régimen basado en la plena autonomía empresarial puede ser objeto de varias críticas. Consideramos algunas críticas que combinan argumentos económicos y argumentos sobre justicia. En primer lugar, podríamos decir que debido a la inevitable existencia de costos de transacción, este régimen llevaría a que las externalidades negativas causadas por la generación y prestación de los servicios sean asumidas por los usuarios y no por las empresas. Esto puede ser ineficiente e injusto, ya que los usuarios no tienen cómo prevenir efectivamente el riesgo que resulta de estas externalidades, ni pueden tener los recursos para mitigar las consecuencias del daño cuando se produce. Tampoco deberían responder por riesgos o daños que no controlan o producen. Por ello, una norma de orden público que obligue a las empresas a internalizar dichas externalidades puede ser una buena solución. En segundo lugar, este régimen podría llevar a una marcada concentración en la oferta de estos servicios, lo cual facilita que no haya competencia. Como resultado de lo anterior, los usuarios pagarían precios artificialmente altos y tendrían una menor oferta de servicios de donde escoger. Esto también sería ineficiente e injusto; llevaría a una asignación de recursos ineficiente (se produciría más, se vendería a precios más bajos y se desperdiciaría menos si hubiera competencia) y le permite a las empresas ganar más sin mejorar sus productos. Frente a esta situación, una serie de normas públicas que limiten las integraciones entre empresas, así como también el tipo de colaboraciones que puede haber entre ellas, y que permitan un monitoreo de sus precios puede ser una buena alternativa. En tercer lugar, este régimen puede llevar a que un grupo importante de usuarios terminara escogiendo servicios de calidad inferior, aun en situaciones en las que tal elección iría en contra de sus propios intereses. O que, sin información adecuada, una porción de los usuarios terminara escogiendo servicios que parecen buenos pero no lo son. Esto también sería ineficiente e injusto. Inducir o aprovecharse de los errores de los usuarios puede llevar a que los servicios malos (“limones”) desplacen a

los buenos, e implica tratar a los usuarios como medios y no como personas que merecen respeto. Estas dos condiciones podrían enfrentarse con una norma de orden público que garantice la calidad mínima de los bienes y servicios que se transan. Y, así, son varias las críticas que pueden hacerse.

A pesar de lo anterior, cada crítica puede tener una respuesta. Reconocer las consecuencias negativas de este régimen imaginario no implica aceptar que la regulación estatal, en cualquiera de sus formas, va a ser mejor necesariamente. Así, frente a la crítica sobre las externalidades negativas, se podría argumentar que obligar a las empresas a que internalicen las externalidades negativas que causan (en parte o en su totalidad) implica incrementar sus costos, y así reducir su margen de ganancias. De igual manera, la crítica basada en la disminución de competencia implica privilegiar la rivalidad entre las empresas sobre la capacidad de las empresas de organizar la prestación de los servicios de manera eficiente. En sectores como el de los servicios públicos, la estructura oligopólica de la oferta puede responder a factores tales como, por ejemplo, los costos hundidos y las cuantiosas infraestructuras que es necesario realizar para prestar los servicios. Pero además, las empresas que harían parte de tales oligopolios podrían además desarrollar economías de alcance y escala tales que les permitieran llevar los servicios a más usuarios. Visto así, sería ineficiente impedir el desarrollo de oligopolios, y sería injusto que por privilegiar la rivalidad no sea posible desarrollar las condiciones que permitan llevar estos servicios a todos los sectores de la población. Finalmente, fijar en una norma de orden público una serie de obligaciones mínimas sobre la calidad de los servicios que las empresas ofrecen, puede incrementar el costo de los servicios para aquellos usuarios que estarían dispuestos a pagar menos por un servicio diferente. Así, esta intervención impediría que ciertos usuarios tengan acceso a los servicios, y es paternalista porque supone que el Estado sabe mucho más que las personas mismas lo que es mejor para éstas. De esta manera, al comparar tanto los beneficios como los costos asociados con las estructuras de mercado, con los beneficios y los costos de la intervención estatal, no es claro que ésta última sugiera un resultado mejor que su alternativa. Nótese además que las respuestas a las críticas se basan tanto en el bienestar de los usuarios como en el de las empresas prestadoras de SPD.

La “libertad económica” como alternativa a la prestación eficiente de los SPD

La teoría de la prestación eficiente es una teoría o modelo hipotético que presento con el propósito de mostrar que el rol de la competencia en la Ley 142 de 1994 surge de una visión particular que la relaciona con la libertad de

los usuarios. Comparar esta teoría con la Ley 142 de 1994 sirve para mostrar cómo hablar de competencia en materia de SPD sin más calificaciones puede ser equívoco, porque la competencia puede articularse de diferentes maneras, dependiendo de cómo se conciban diferentes regímenes jurídicos de esta índole. En otras palabras, de la misma manera en la que no hay una única forma de organizar jurídicamente la prestación de estos servicios, no hay entonces una única forma en la que la competencia pueda ser desarrollada a nivel conceptual. Todo ello muestra por qué es importante distinguir con precisión el rol que tiene la competencia en la Ley 142 de 1994, y sobre todo por qué al hablar de competencia no hay que suponer que ésta tiene lugar de la misma manera.

El núcleo de la diferencia entre la Ley 142 de 1994 y la teoría de la prestación eficiente de los SPD radica en que, ante los problemas y fallas del mercado, la ley opta por soluciones que buscan proteger a los usuarios por medio de la intervención del Estado. No opta por el argumento, presente en la otra teoría, de que la autonomía de los usuarios depende de las condiciones de mercado, y puede extenderse o contraerse según las condiciones que inciden en los costos de producción, comercialización y distribución de los SPD. No sugiere tampoco que los costos resultantes de los problemas y fallas de mercado no ameritan la intervención estatal si ello produce más costos que beneficios. De igual manera, no asume la idea de que lo que beneficia a las empresas prestadoras de estos servicios también beneficia a los consumidores. De hecho, sugiere lo opuesto, al indicar que hay ciertas situaciones en las que los intereses de las empresas se oponen a los intereses de los usuarios. En este sentido, la ley limita lo que las empresas prestadoras de SPD y los usuarios pueden hacer con su propiedad privada y su autonomía contractual, para que éstos últimos puedan tomar decisiones sin estar sometidos a la voluntad de dichas empresas.¹⁹ Al hacerlo, la ley busca preservar la “libertad económica” de los usuarios, aun a costa de la posible prestación eficiente de los SPD, pero manteniendo un marco de libre competencia.

Veamos con un poco más de detalle cómo se traduce esta diferencia general en diferencias más específicas. En primer lugar, la ley contiene una serie de obligaciones de promoción de la competencia, más que su simple protección. La ley ordena que la regulación expedida por las comisiones de

19 Ley 142 de 1994, artículo 133. Las cláusulas aquí mencionadas pueden ser sugeridas por las empresas, pero al tratarse de contratos, deben ser aceptadas por los usuarios; por ello la aceptación de estas cláusulas implicaría una renuncia por parte de los usuarios de sus derechos legales.

regulación se haga para fomentar la competencia, aun si hay escenarios en los que la competencia simplemente no tiene lugar.²⁰ Además, el régimen de tarifas es instrumental en “simular” las condiciones competitivas.²¹ La teoría de la prestación eficiente supone, en cambio, que la promoción o no de la competencia es algo que ya está dado por el marco jurídico de derecho privado, y que lo que le correspondería al Estado es asegurar, de manera indirecta, que eventuales competidores puedan participar en el mercado.

En segundo lugar, la presunción de que ciertas condiciones estructurales impiden el desarrollo de la competencia no tiene cabida, sin muchas calificaciones, en la teoría de la prestación eficiente de los SPD. Esto se refiere en particular a las integraciones verticales. Éstas son vistas con algo de sospecha por la ley, sin llegar a prohibir que tengan lugar.²² Con ello, la ley no presume que dicha integración vaya a redundar en beneficios para los usuarios, como sí lo presumiría la teoría de la prestación eficiente de estos servicios.

En tercer lugar, la ley contiene artículos precisos que establecen obligaciones por parte de las empresas prestadoras, tanto hacia otras empresas prestadoras de SPD como hacia los usuarios.²³ En este sentido, la ley protege tanto a los competidores como a los usuarios, aunque la protección de estos últimos es más rigurosa. Desde la perspectiva de la teoría eficiente de la prestación de estos servicios, esto sería un error conceptual. La mejor manera de garantizar que los recursos sean asignados eficientemente consiste en no imponerle límites a los derechos de propiedad privada y a la autonomía de la voluntad de todos los participantes. Al buscar garantizar una serie de condiciones mínimas tanto en la prestación del servicio como en el equilibrio de los derechos y las obligaciones que asumen los usuarios en sus contratos, se impide el desarrollo de otras formas de prestar los servicios y se encarece artificialmente la prestación de estos servicios.

Finalmente, en cuarto lugar, la ley permite la concesión de áreas de servicio exclusivas con el fin de garantizar e incrementar la cobertura de los SPD.²⁴ El hecho de que sea necesario consagrar este tipo de privilegios legales muestra también cierta desconfianza con respecto a la capacidad de los mercados de prestar este tipo de servicios de manera eficiente. Si la justificación para este

20 Ley 142 de 1994, artículo 86 y 87

21 Ley 142 de 1994, artículo 87, numeral 1.

22 Ley 142 de 1994, artículo 73, numerales 13 y 16.

23 ver sección II, supra

24 Ley 142 de 1994, artículo 40.

tipo de privilegios es evitar que las empresas prestadoras de estos servicios se dediquen sólo a ciertos segmentos de la población que puede pagar las tarifas, la solución (desde la teoría de la prestación eficiente) consiste en reducir los costos asociados con la prestación del servicio e incrementar la posibilidad de entrada a estos mercados. De esa manera, siempre que haya una ganancia de por medio, las empresas prestadoras combinarán diferentes formas de tecnología, capital y recursos humanos para prestar adecuadamente los servicios. Estos son los principales aspectos que diferencian a la Ley 142 de 1994 de la teoría de la prestación eficiente de los SPD.

Este contraste debe servir para realizar la tesis de este artículo, que consiste en que el concepto de “eficiencia” tiene un rol muy particular en la Ley 142 de 1994, el cual a su vez consiste en garantizar la “libertad económica” de los usuarios. De igual manera, este contraste sirve para mostrar que los aspectos que distinguen el rol de la competencia en la Ley 142 no coinciden con otras visiones o teorías sobre la prestación de estos servicios basada únicamente en la “eficiencia”. La tesis, pues, ha consistido en mostrar cómo una idea –la “libertad económica” de los usuarios– describe y justifica mejor que otras teorías aspectos esenciales de la Ley 142 de 1994.

Conclusiones

La Ley 142 de 1994 introdujo una serie de cambios muy importantes al concebir la intervención del Estado en la prestación de los SPD alrededor de la libre competencia. El cambio que hemos resaltado aquí es el de la introducción de la competencia en la prestación de SPD. Gracias a ello, esta ley creó básicamente una serie de mercados para la prestación de estos servicios, en los que distintas actividades asociadas con dicha prestación están sometidas a la oferta y demanda generadas por los distintos actores involucrados. Sin embargo, este artículo muestra que la introducción de la competencia no busca solamente garantizar la prestación eficiente de dichos servicios. El punto medio que fija la ley, y que refleja en buena medida ciertos mandatos constitucionales relacionados con la intervención del Estado en la economía, consiste en que lo primordial es garantizar que los usuarios puedan elegir aspectos esenciales de la prestación de estos servicios, como su nivel de consumo y la empresa que los presta. Este es un punto medio que reconoce que tanto la lógica de la eficiencia como la de prestación por parte del Estado tienen limitaciones que terminan perjudicando a los usuarios.

Así que, al fijarse en las condiciones de los usuarios, esta ley toma partido y busca garantizar, bajo ciertas condiciones, su bienestar. No es, contrario a lo que podría pensarse, una ley “objetiva” o “neutral”, sino que está por el contrario cargada de juicios de valor sobre cómo deben organizarse la actividad económica y la intervención estatal; y sobre todo, sobre quiénes son los sujetos que deben privilegiarse y protegerse.

Una cosa distinta es que esta ley haya recibido interpretaciones diferentes por parte de las respectivas comisiones de regulación, la SPD, la SIC y las altas cortes. Como ya mencionamos, la Corte Constitucional ha enfatizado el aspecto positivo de la “libertad económica” de los usuarios aun en contra de normas legales explícitas.²⁵ Tal énfasis no puede verse simplemente como un error ligero, o una forma de “populismo judicial”. De igual manera, tampoco tiene sustento la tesis de que la Ley 142 de 1994 es un ejemplo de neoliberalismo precisamente por introducir competencia en la prestación de estos servicios. Tanto lo uno como lo otro son dos caras de la ley, y al analizarla desde la perspectiva de la competencia, con todas sus complejidades, implica adoptar una postura que la presente de la manera más coherente posible, inclusive reconciliando lo que pueden ser sus contradicciones internas. Así que, para terminar, quisiéramos mencionar que la Corte Constitucional en la sentencia C-150 de 2003 ha presentado una manera de conciliar la competencia con la participación activa por parte del Estado. En palabras de la Corte:

El legislador, en ejercicio del margen de configuración del que dispone, ha considerado que la competencia económica entre empresas prestadoras de servicios públicos, cuando ella sea posible en los términos que el propio legislador determina, es un medio adecuado para satisfacer las necesidades de la población. Pero también previó que cuando el mercado falle las comisiones de regulación pueden determinar el paso del régimen de libertad tarifaria al régimen de regulación y que dentro de éste la autonomía de los oferentes se sujete a las fórmulas fijadas por la comisión respectiva.

(...)

En atención a la obligación que tiene el Estado de mantener la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, la ley también ha previsto una serie de disposiciones orientadas a evitar que comportamientos

25 Ver sentencia T- 546 de 2009.

contrarios al mercado conlleven a que la libre competencia no sea un derecho en beneficio de todos, que es la razón por la cual la Constitución lo protege, sino un derecho del cual abusarían quienes se encuentran en una situación de predominio para beneficio propio y en perjuicio de los demás, que son la gran mayoría de los usuarios.²⁶

Bibliografía

- Arango, Rodolfo *et. al.* (2002). *Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho al mínimo vital* [1ª ed.]. Bogotá: Universidad de Los Andes-CIJUS
- Berlin, Isaiah (1969). *Four Essays on Liberty* [1a. ed.]. Oxford, Oxford University Press
- Coleman, Jules L. (1984). “Economics And The Law: A Critical Review of The Foundations of The Economic Approach To Law”. *Ethics*, 94
- Hale, Robert L. (1923). “Coercion And Distribution In A Supposedly Non-Coercive State”. 38 *Political Science Quarterly*
- Hirschl, Ran (2000). “Negative” Rights vs. “Positive” Entitlements”: A Comparative Study of Judicial Interpretations of Rights in an Emerging Neo-Liberal Economic Order” *Human Rights Quarterly*, 22
- Kaplow, Louis y Steven Shavell (2002). *Fairness Versus Welfare* [1a. ed.]. Cambridge: Harvard University Press, Cambridge.
- Lande, Robert H. (1982). “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged”. 34 (65) *Hastings Law Journal*.
- López-Murcia, Julián Daniel y Lina María García (). “La obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales: el caso de los servicios públicos en Colombia”. 12 *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*
- Page, William H. (1989). “The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury, and Evidentiary Sufficiency”. 75 *Virginia Law Review* 1221

26 Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003. Magistrado ponente Dr. Manuel José Cepeda Londoño.

- Page, William H. (1995). “Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust”.
44(1) *Emory Law Journal*
- Peritz, Rudolph JR. (2000) *Competition Policy In America: History, Rhetoric, Law*
[2a. ed.] Oxford, Oxford University Press.
- Rengifo García, Ernesto (2004). *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición
Dominante* [2ª. Ed.]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Sunstein, Cass R. (1999). *Free Markets and Social Justice* [1a. ed.]. Oxford,
Oxford University Press

Fuentes normativas

Constitución Política de Colombia de 1991

Ley 1340 de 2009

Ley 142 de 1994

Ley 1450 de 2011

Sentencia C-426 de 1992

Sentencia T-418 de 2010

Sentencia T-546 de 2009

Sentencia T-616 de 2010

