

LOS CONCEPTOS UNIFICADORES COMO PROPUESTA INSTITUCIONAL ANTE LOS EVENTOS DE DISCIPLINA AUTISTA*

NICOLÁS AROCHA-ROLDÁN**

RESUMEN

Los postulados del análisis económico del derecho han sido utilizados como directrices en el desarrollo legislativo, debido a los principios y bondades que los fundamentan. Muestra de ello, es la regulación planteada por la Ley 142 de 1994 y sus decretos reglamentarios. Como ha ocurrido con varios de los ejercicios normativos que se han realizado bajo dichas premisas, este régimen legal, en algunos de sus postulados, adolece de lo que la doctrina ha denominado la disciplina autista. Consciente de esta situación, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha desarrollado los Conceptos Unificadores, como un mecanismo jurídico novedoso para corregir tal disconformidad. Lo anterior, debido a que solo será eficiente realizar una norma sustentada en estos preceptos, si sus mecanismos de entendimiento e implementación se encuentran igualmente acordes con los mismos.

Palabras clave: Análisis económico del derecho, Ley 142 de 1994, Servicios Públicos Domiciliarios, Conceptos Unificadores,

Fecha de recepción: 17 de febrero 2013
Fecha de aceptación: 15 de julio de 2013

* Este artículo académico se realizó bajo la dirección del doctor Fernando Castillo Cadena. A él, mi más profundo agradecimiento.

** Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá D.C. Asistente editorial de la Revista *Internacional Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Monitor del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá D.C. ncas.rodan@hotmail.com

disciplina autista, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

UNIFYING CONCEPTS AS A INSTITUTIONAL PROPOSAL FOR AUTISTIC SCIENCE EVENTS

ABSTRACT

Due to the principles and ideas immersed in the postulates of law and economics, they have been recently used as guidelines for new legislation. Prove of this is the 142 of 1994 Act and its later regulation, that develops the public utilities system in Colombia. This specific regulation about public utilities, is suffering about what it is known and has been called the autistic science; in the same way some of the regulations that have been build using the postulates of law and economics. Aware of the discovered situation and willing to stop the difficulty, the Superintendence of Public Utilities has developed a newfangled law instrument, what we know as Unifying Concepts.

Key words: *Law and economics, 142 of 1994 Act, public utilities, Unifying Concepts, autistic science, Superintendence of Public Utilities.*

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. LA ESTRECHA RELACIÓN QUE DEBE EXISTIR ENTRE UN POSTULADO NORMATIVO, SU ENTENDIMIENTO Y SU CORRESPONDIENTE APLICACIÓN

La actividad legislativa es quizás, una de las funciones más trascendentales y complejas en el ejercicio del Poder Público de un Estado. Aunque suena paradójico, consiste en volver previsible la vida humana misma¹; esto es, lograr regular los comportamientos de los sujetos públicos y privados según los fines socialmente deseables. Teniendo en cuenta que, por más que se quiera, resulta

1 Al respecto, valga señalar la definición de *Derecho* que plantea Luis Recasens Siches: “vida humana objetivada”.

improbable regular todos los supuestos y escenarios que se pueden presentar en el futuro, lo fundamental de esta tarea consiste en lograr estructurar el sistema normativo bajo una inescindible coherencia de principios rectores. Lo anterior, para brindar respuestas efectivas a situaciones no reguladas y evitar posibles distorsiones en la comprensión y en la aplicación de las normas.

El propósito de este artículo consiste en sustentar la tesis, según la cual, resulta ineficiente e inútil realizar una norma sustentada en los principios que envuelve y desarrolla la doctrina del análisis económico del derecho (en adelante AED), si sus mecanismos de entendimiento e implementación en la sociedad no se encuentran igualmente acordes con dichos planteamientos teóricos. Esto, sustentado en el principio del AED que sostiene que la toma de decisiones en el modelo de mercado es eficiente, si no se requiere de complejos sistemas de información por parte de los productores y consumidores para realizarla².

En esta misma línea argumentativa, si bien cuando tal concordancia no se presenta se debería optar como primera medida de solución por una reestructuración de las cadenas normativas atrofiadas; en este texto se expondrá como una posible alternativa más eficiente, el papel proactivo que deben tener las autoridades públicas según su especialidad. Para ello, se hará referencia a los Conceptos Unificadores que ha implementado la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD), como un mecanismo jurídico diseñado para armonizar los conflictos de interpretación y de aplicación que se han presentado en relación con la Ley 142 de 1994 y sus correspondientes decretos reglamentarios.

Conforme a este planteamiento, el artículo se desarrollará de la siguiente manera: En primer lugar, se explicará brevemente el estado del arte actual de los postulados que ha trazado la doctrina del AED en relación con la problemática planteada. A continuación, se explicarán las razones por las cuales la Ley 142 de 1994 se encuentra desarrollada conforme a los preceptos teóricos del AED. Posteriormente, se hará un recuento de los principales problemas interpretativos y de aplicación que ha tenido esta ley desde su vigencia, a pesar de estar fundamentada en los principios mencionados. Y, finalmente, se expondrá el papel proactivo que asumió la SSPD frente a estos inconvenientes; particularmente, a partir de la novedosa solución que esta entidad planteó al respecto con la realización de los Conceptos Unificadores.

2 RUBIO, MAURICIO. *Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Con la colaboración de Ana María Arjona. Ed. Universidad Externado de Colombia. (Noviembre de 2007), pág. 284.

Todo lo anterior, para demostrar (i) la importancia que hay en que los mecanismos de interpretación y de aplicación de una determinada ley estén en concordancia con los principios sobre los cuales esta se estructuró; (ii) el rol protagónico, como solución eficiente, que deben tener las autoridades públicas cuando no se cumple con dicha correspondencia y (iii) los mecanismos jurídicos a los cuales pueden acudir estas entidades, en el marco de sus competencias, para solucionar esta clase de inconvenientes.

2. ESTADO DEL ARTE. AED, DISCIPLINA AUTISTA Y EL ROL DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

Acogiendo lo dicho por la posición mayoritaria, se puede decir que el AED consiste en “la aplicación de la teoría económica, y en particular de la microeconomía y de la teoría del bienestar, al análisis de la formación, la estructura, los procedimientos y el impacto económico del derecho y de las instituciones legales”³. Así, esta disciplina se desenvuelve en (i) el estudio del derecho a partir de la aplicación del instrumental metodológico de la teoría económica y en (ii) el estudio de la relación entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico existente.

Los estudiosos de esta ciencia, acorde con sus convicciones y premisas, han planteado tres presupuestos base que fundamentan el desarrollo de sus análisis⁴. En primer lugar, se plantea la racionalidad, según la cual, las elecciones que realizan los sujetos, dadas sus preferencias, son completas, reflexivas, transitivas y continuas. En segundo lugar, la eficiencia, como criterio de valoración de las políticas y las decisiones, es concebida como el principal instrumento para evaluar y comparar las elecciones económicas que se hacen en un determinado momento. Finalmente, se establece la noción de las normas como precios, en donde el Ordenamiento Jurídico es entendido como un sistema de incentivos para sus destinatarios; lo cual implica, por lo demás, que sea posible asignar un precio a los cálculos racionales que realizan los sujetos que en este participan.

3 Definición propuesta por Mercurio y Medema (1997) En: Rubio, Mauricio. *Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Con la colaboración de Ana María Arjona. Ed. Universidad Externado de Colombia. (Noviembre de 2007), pág. 21.

Adicionalmente, se recomienda lo propuesto al respecto en el libro: López, Julián Daniel; Bateman, Alfredo; Vengoechea, Juliana María; López, Juanita María. *La garantía de los derechos sociales*. Colección profesores N° 46. Ed. Grupo Editorial Ibáñez. (2009), pág. 53 y ss.

4 MORALES DE SETIÉN RAVINA, CARLOS (2011). *Las bases del análisis económico del derecho*. En: Posner, Richard A.; Landes, William M.; Kelman, Mark G. *Análisis económico del derecho*. Estudio preliminar Carlos Morales de Setién Ravina. Ed. Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes-Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana. Instituto de Estudios Sociales y Culturales - Pensar, pág. 44 y ss.

En este sentido, contrario a lo que tradicionalmente se ha dicho, para el AED la eficiencia no es el único valor digno de promover⁵. Si bien esta escuela se ha caracterizado por ser una disciplina objetiva y positiva, hoy en día es innegable la implementación que realiza de los criterios de utilidad, bienestar social y desigualdad en el estudio de las vicisitudes jurídicas⁶. Por esta razón, al igual que las demás corrientes de pensamiento, el fin material que pretende la implementación de las instituciones económicas en el ámbito jurídico, se define por la búsqueda y el respeto de la moral y la justicia. Después de todo, como bien defiende Richard A. Posner, la moralidad de la maximización de la riqueza se fundamenta en que esta favorece a su vez el nivel máximo de eficiencia posible de las normas jurídicas⁷.

Ahora bien, dentro de las diferentes áreas de estudio en las que el AED ha tenido una particular relevancia, el desarrollo y la evaluación legislativa es quizá donde mayores planteamientos se han realizado. Esto se explica en que “el conocer los beneficios y costos de las normas jurídicas es indispensable para la obtención de cualquier resultado socialmente valioso”⁸. La estructuración de los sistemas legislativos en los que el AED participa, se realiza a partir de los principios de eficiencia, costo social y utilitarismo; todo ello, bajo las premisas según las cuales (i) los individuos son racionales; (ii) estos responden a los incentivos de precios en el mercado y a los incentivos legales; y (iii) los sistemas jurídicos y su impacto en la sociedad pueden y deben analizarse bajo el criterio de eficiencia⁹.

Este planteamiento ha implicado grandes contribuciones en la conformación de los sistemas jurídicos de los últimos tiempos. Concretamente, pueden

5 SPECTOR, HORACIO (2004). *Elementos del Análisis Económico del Derecho*. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 21.

RUBIO, MAURICIO. *Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Con la colaboración de Ana María Arjona. Ed. Universidad Externado de Colombia. (Noviembre de 2007), pág. 260.

6 RUBIO, MAURICIO. *Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Con la colaboración de Ana María Arjona. Ed. Universidad Externado de Colombia. (Noviembre de 2007), pág. 254.

7 RICHARD A. POSNER. (2011). En: Morales de Setién Ravina, Carlos. *Las bases del análisis económico del derecho*. En: Posner, Richard A.; Landes, William M.; Kelman, Mark G. *Análisis económico del derecho*. Estudio preliminar Carlos Morales de Setién Ravina. Ed. Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes-Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana. Instituto de Estudios Sociales y Culturales – Pensar, pág. 85.

8 SPECTOR, HORACIO (2004). *Elementos del análisis económico del derecho*. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 21.

9 RUBIO, MAURICIO. *Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Con la colaboración de Ana María Arjona. Ed. Universidad Externado de Colombia. (Noviembre de 2007), pág. 247.

señalarse dos bondades principales de dicho ejercicio. En primer lugar, esto ha permitido dirigir las decisiones de los sujetos, a través de maximizadores racionales en condiciones de incertidumbre que se incorporan al sistema por medio de incentivos. En segundo lugar, ello ha sido particularmente útil para analizar y diseñar reformas al sistema jurídico previamente existente, para transformarlo y así potencializar su eficiencia en los ámbitos que regula.

No obstante, pese a sus buenos propósitos, en su mayoría, aquellas legislaciones que han optado por esta propuesta se han encasillado en lo que la doctrina ha denominado la disciplina autista¹⁰. Esta falencia consiste en que los instrumentos utilizados para implementar las premisas del AED en los sistemas normativos y, con estos, en la sociedad, resultan supremamente inocuos e incapaces para transmitir de manera clara y explícita sus postulados bajo los supuestos y condiciones deseables. Lo anterior, en el entendido que el sistema solo tiene sentido, si los preceptos bajo los que se estructuran las normas jurídicas son inteligibles para cualquier persona y no, únicamente, para aquellos expertos que tienen una cierta formación y experiencia.

Ante estas fallas en la configuración normativa, el Estado y sus instituciones, atendiendo su evolución conceptual, están llamado a desempeñar un rol proactivo en la sociedad y no limitarse al papel de un mínimo sancionador. Como bien se ha establecido en los últimos años, el Estado debe desarrollar de forma imperativa, estructuras duraderas de coordinación de las conductas de los agentes que interactúan en un determinado sector, por medio de la cadena de incentivos que correctamente postuló Max Weber¹¹. Todo ello, con el propósito de eliminar aquellas asimetrías que imposibilitan un correcto entendimiento de la ley y, colateralmente, una adecuada aplicación de la misma.

Como posible respuesta, la doctrina del AED, consciente o inconscientemente, ha diseñado una serie de teorías que justifican el intervencionismo del Estado y que, paralelamente, le permiten atender la disciplina autista. Estas teorías han sido desarrolladas a través de los modelos formulados de las fallas del mercado y de la cooperación. Solo el ejercicio práctico de las entidades estatales y,

10 ALCORN & SOLARZ. Varios números del *Post-autistic economics review*. 2006. En: Rubio, Mauricio. *Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Con la colaboración de Ana María Arjona. Ed. Universidad Externado de Colombia. (Noviembre de 2007), pág. 284 y ss.

11 Si se quiere profundizar sobre estos incentivos, se recomienda la lectura de Rubio, Mauricio. *Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Con la colaboración de Ana María Arjona. Ed. Universidad Externado de Colombia. (Noviembre de 2007), pág. 214.

curiosamente, la evolución empírica de las instituciones y de los órganos del derecho, podrán evidenciar si dichas alternativas propuestas por el AED resultan realmente eficientes en la solución del error en el que se ha incurrido en la estructuración de los sistemas legales.

3. LA LEY 142 DE 1994: UN HITO EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y PRECEPTOS DEL AED EN EL DESARROLLO NORMATIVO NACIONAL

Atendiendo el marco conceptual antes señalado, en este capítulo se expondrán las razones por las cuales la Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, es considerada como un hito y un claro ejemplo de la aplicación de los principios y preceptos del AED en el Ordenamiento Jurídico nacional. Como soporte principal de este análisis, se utilizarán los planteamientos hechos en el artículo académico la Ley 142 de 1994 desde una perspectiva de análisis económico del derecho¹² y los pronunciamientos jurisprudenciales que ha emitido la Corte Constitucional de Colombia al respecto.

La Ley 142 de 1994 se caracterizó en su momento por haber replanteado de manera integral la concepción jurídica tradicional que hasta ese momento había definido la noción, el tratamiento jurídico y la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia (en adelante SPD). Así, la Ley (i) eliminó el monopolio del Estado que hasta ese entonces había tenido en la prestación de estos servicios; (ii) planteó la libre escogencia del prestador de estos servicios por parte del usuario, sin importar que fuese un agente privado o un operador público; (iii) estableció un novedoso modelo tarifario y un nuevo sistema de subsidios; (iv) separó el ejercicio de la función de regulación de aquella concerniente a la vigilancia y control; (v) modificó el grado de intervención del Estado en este sector; y (vi) abandonó de manera categórica el principio de gratuidad que había sustentado el sistema hasta ese momento.

Como punto de ruptura con el modelo legal antes existente, esta ley planteó un régimen regulatorio sustentado en una concepción tripartita del sistema. Así, atendiendo los postulados de la Constitución Política, se armonizaron bajo un mismo marco normativo el nuevo concepto de SPD, el principio fundante de

12 AMADOR CABRA, LUIS EDUARDO & RAMÍREZ GRISALES, RICHARD. *La Ley 142 de 1994 desde una perspectiva de análisis económico del derecho*. *Revista de Derecho y Economía* N° 34. Noviembre 22 de 2011.

Estado Social de Derecho y el principio de Libertad Económica¹³. En palabras de la Corte Constitucional, esta nueva propuesta implica la necesidad de hacer una lectura sistemática de los artículos 333, 365, 366, 368 y 370 del Estatuto Superior, según la cual, el régimen de los SPD debe desarrollarse bajo los principios de la libre actividad económica e iniciativa privada, pero siempre supeditado al logro y materialización de las finalidades sociales que justifican su prestación¹⁴.

Bajo esta línea argumentativa, los SPD no solo deben ser concebidos desde una perspectiva económica; pues estos tienen un contenido axiológico que los redefine¹⁵. Este contenido se sustenta en que dichos servicios, además de ser una finalidad en sí mismos, son inherentes a las demás finalidades sociales del Estado y, a su vez, son mecanismos idóneos para solucionar las necesidades básicas insatisfechas de la población¹⁶. Por lo tanto, el sistema regulatorio planteado, responde de esta forma al concepto de procura existencial, pues se encuentra dirigido a solventar las necesidades esenciales de los asociados; entendidas estas, como el fundamento mismo del sistema jurídico en lo relacionado con el reconocimiento de los derechos abstractos de las personas¹⁷.

Atendiendo este marco dogmático, la Ley 142 de 1994 optó por acoger los principios planteados por la doctrina del AED para desarrollar normativamente los postulados constitucionales de los SPD; los cuales, por cierto, también atienden a esta misma postura teórica. Esta realidad ha sido reconocida expresamente por la Corte Constitucional, quien ha sostenido que el Constituyente decidió con el modelo planteado, hacer compatibles los intereses privados que actúan como motores de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas¹⁸. Después de todo, para esta Corporación “la libertad económica permite también canalizar recursos privados por la vía del incentivo económico,

13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU.1010 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 16 de octubre de 2008).

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-924 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 7 de noviembre de 2007).
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 8 de febrero de 2006).

15 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-924 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 7 de noviembre de 2007).

16 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU.1010 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 16 de octubre de 2008).

17 ARANGO, RODOLFO (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Ed. Legis, pág. 293.

18 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-353 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 9 de mayo de 2006).

hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos”¹⁹.

Ahora bien, en específico, son tres los argumentos que evidencian la incorporación de estos preceptos rectores en el régimen legal de los SPD.

En primer lugar, la adopción de esta corriente doctrinal de pensamiento, se extrae de las características esenciales que el Constituyente plasmó en el Capítulo V del Título XII de la Carta Política en relación con los SPD, y del correlativo desarrollo hecho por el Legislador. Estas características son: (i) la posibilidad de que la prestación de estos servicios no estuviera únicamente a cargo del Estado al poder ser realizada igualmente por los particulares y por comunidades organizadas; (ii) la reserva exclusiva hecha en favor del Estado de la competencia regulatoria de los SPD; y (iii) los criterios rectores que debe tener en cuenta el Legislador al establecer el régimen tarifario de los SPD a decir, universalidad, costos, solidaridad y redistribución de ingresos²⁰.

Bajo estos tres principios, se dio paso a un desarrollo normativo consonante con todos aquellos postulados descritos en la primera parte de este artículo, que se caracterizan por privilegiar el uso de herramientas matemáticas y métodos propios del razonamiento microeconómico para analizar las vicisitudes jurídicas. Es por esta razón que se dice que los sistemas de prestación de servicios, de tarifas, de reclamaciones, de facturas, de sanciones, de contrato de condiciones uniformes y de información, entre otros, que plantea la Ley 142 de 1994 responden inequívocamente a los principios de eficiencia, de preferencias, de costos de transacción, de externalidades, de maximización de utilidades y de análisis de costo-beneficio, que son todos ellos propios del desarrollo doctrinal del AED.

En segundo lugar, se afirma que la Ley 142 de 1994 acoge los preceptos del AED debido a que esta norma se encuentra desarrollada en gran medida por pautas jurídicas de carácter predictivo, y porque los fines principales que pretende alcanzar responden a los postulados de maximización de las utilidades de las personas, de búsqueda de un sistema eficiente, de corrección de las imperfecciones del mercado y de asistencia a los grupos de la población más

19 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; 23 de febrero de 2003).

20 PALACIOS MEJÍA, HUGO (1999). *El derecho de los servicios públicos*. Ed. Derecho Vigente, págs. 82-84.

necesitados²¹. Todo lo anterior, propio de la evolución doctrinal y programática de dicha corriente de pensamiento, que es aplicada específicamente al análisis de la ciencia jurídica y a las instituciones que la desarrollan²².

En efecto, esta ley fue concebida para alcanzar tres fines en concreto, a saber, (i) la ampliación de la cobertura en la prestación de los SPD; (ii) la reducción de los costos y de las tarifas de estos servicios; y (iii) el aumento en los niveles de calidad en la prestación de los mismos. Como se puede observar, todos estos propósitos responden a los postulados antes descritos y se presentan como una respuesta a la necesidad de dirigir de forma eficiente los comportamientos e intereses individuales a la consecución de aquellas finalidades de carácter superior²³.

En tercer lugar, la Ley 142 de 1994, atendiendo los objetivos que la misma se trazó, estableció dos mecanismos jurídicos principales para lograr su consecución. Estas herramientas son producto igualmente de la aplicación de los postulados planteados por la doctrina del AED.

Por una parte, como ya se enunció en líneas anteriores, el Constituyente y el Legislador en su respectivo desarrollo, decidieron acoger la libre entrada y salida de prestadores como modelo base para garantizar el suministro de los SPD²⁴. Este modelo responde al interés de promover la Libre Competencia en el sector, de fomentar la libre actividad económica y la iniciativa privada, y de incentivar una prestación eficiente de los mismos²⁵. La decisión es tal, que con esta disposición normativa se configuró el derecho para todos los asociados de concurrir al mercado para realizar la prestación de estos servicios, así como el correspondiente deber del Estado de impedir su obstrucción o restricción²⁶.

21 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU.1010 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 16 de octubre de 2008).

22 SPECTOR, HORACIO. *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 21.

23 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; 23 de febrero de 2003).

24 PALACIOS MEJÍA, HUGO (1999). *El derecho de los servicios públicos*. Ed. Derecho Vigente, pág. 38.

25 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-035 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería; 30 de enero de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-720 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 7 de julio de 2005).

26 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-353 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 9 de mayo de 2006).

Claro está, lo anterior dentro de los límites trazados por el texto Superior, la Legislación Nacional y su respectivo desarrollo jurisprudencial²⁷.

Igualmente, para lograr la realización material de tales finalidades, el Legislador consagró una serie de preceptos que permitieran obtener una tarifa eficiente, a través del encausamiento teleológico del comportamiento de los agentes que concurren al mercado. Esto es, una tarifa que responda a un costo eficiente o que por lo menos permita la realización de un mercado competitivo. Dicha concepción es eficiente, pues favorece una asignación de recursos equitativa, que mejora a su vez la distribución de la riqueza y del ingreso en la sociedad. Todo lo anterior, bajo el principio del AED, según el cual, “si oferentes y demandantes actúan libre y racionalmente en el mercado, las transacciones que en él se realizan son eficientes en el sentido de garantizar la realización permanente de los agentes económicos, de tal manera que se puede lograr la mayor satisfacción posible para cada uno de ellos y maximizar el bienestar para toda la sociedad”²⁸.

En conclusión, la Ley 142 de 1994 es un hito en la utilización de los preceptos del AED para desarrollar normatividades y ejecutar políticas públicas en el ámbito nacional. La implementación de estos preceptos se justifica, en el poder satisfacer las necesidades esenciales de la población a través de mecanismos jurídicos que respondan a una economía de mercado y a la concurrencia de diferentes intereses en un mismo espacio. Todo lo anterior, en el marco de los límites debidamente trazados por el Ordenamiento Jurídico y bajo la correcta intervención del Estado.

4. PROBLEMAS QUE SE HAN PRESENTADO EN EL ENTENDIMIENTO Y POR CONSIGUIENTE EN LA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS NORMATIVOS DE LA LEY 142 DE 1994 Y DE SUS DECRETOS REGLAMENTARIOS

Si bien, atendiendo lo explicado en el punto anterior, queda claro que la Ley 142 de 1994 es un vívido ejemplo de la aplicación de los preceptos del AED

27 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU.1010 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 16 de octubre de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-353 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 9 de mayo de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-041 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño; 28 de enero de 2003).

28 AMADOR CABRA, LUIS EDUARDO & RAMÍREZ GRISALES, RICHARD. *La Ley 142 de 1994 desde una perspectiva de análisis económico del derecho*. *Revista de Derecho y Economía* N° 34. Noviembre 22 de 2011, pág. 24

en el desarrollo legal nacional, en relación con dicha normatividad se han presentado una serie de errores sistemáticos y concurrentes en su entendimiento, que han frustrado la materialización social de todos aquellos principios que la fundamentan. De este suceso y bajo la argumentación que a continuación se presenta, se puede deducir que los mecanismos interpretativos y de aplicación de esta norma, en algunos casos, no se encuentran igualmente acordes con los principios base bajo los cuales se sedimenta su contenido jurídico.

Para poder identificar y explicar de manera concreta dichas distorsiones, este capítulo se desarrollará teniendo en cuenta los conceptos, las temáticas y las potestades que consagró la Ley 142 de 1994 y que por su sensibilidad y susceptibilidad en la realidad nacional, han sido objeto de revisión por la Corte Constitucional y la SSPD. Al respecto, estas autoridades se han caracterizado por evidenciar de manera expresa la ruptura que estos postulados han generado frente al orden constitucional establecido y, en particular, frente a la concepción *sui generis*²⁹ que enmarca la noción y el régimen de los SPD en sus diferentes dimensiones³⁰.

Analizando los pronunciamientos de estas autoridades públicas, se observa que los mismos han recaído en su gran mayoría sobre los diferentes postulados que la Ley 142 de 1994, las leyes que la modificaron y sus decretos reglamentarios, plantearon para lograr la aplicación efectiva de los principios que fundamentan el sistema jurídico de los SPD en Colombia. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de analizar temas como: el ámbito de aplicación de la normatividad de los SPD; las atribuciones y prerrogativas de las empresas prestadoras de estos servicios; la relación funcional entre el Presidente de la República y las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos; los elementos que esta normatividad fijó para establecer la tarifa de estos servicios; y la facultad de las entidades prestadoras para imponer sanciones pecuniarias a sus usuarios. Asimismo, por su parte, la SSPD ha podido pronunciarse sobre: los instrumentos de medición del consumo facturable; los fraudes y la facultad sancionatoria de las empresas prestadoras; la prestación directa de estos servicios por parte de los municipios; el silencio administrativo positivo en este ámbito; y el régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas prestadoras³¹.

29 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-581 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 12 de junio de 2008).

30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU.1010 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 16 de octubre de 2008).
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; 23 de febrero de 2003).

31 Al respecto, pueden analizarse los fallos de Tutela, de Constitucionalidad y de Unificación, así como los Conceptos Unificadores que se referencian debidamente en la bibliografía de este artículo.

De todos estos pronunciamientos, se puede desprender que efectivamente existen aspectos normativos que distorsionan la aplicación real y efectiva de los principios que sustentan el régimen de los SPD. Los casos antes reseñados se caracterizan por presentar vacíos normativos, postulados contradictorios con los principios rectores, y conceptos difusos que contradicen directa o indirectamente los lineamientos constitucionales y legales que regulan la materia.

En concreto, para señalar un ejemplo de lo anterior, resulta pertinente analizar la sentencia SU.1010 de 2008 proferida por el Tribunal Constitucional³². En este fallo, se pretendió unificar la posición de la Corte en relación con la facultad de las empresas prestadoras para imponer sanciones pecuniarias a los usuarios ante un evento de incumplimiento en el pago de facturas. Producto del vacío normativo y de las disposiciones genéricas e inexactas que regulaban las prerrogativas de estas empresas, las compañías prestadoras argumentaron que efectivamente contaban con dicha facultad (i) porque estaban habilitadas para ello por la ley y por las correspondientes normas reglamentarias; (ii) por la importancia y la connotación de la función que desarrollaban; y (iii) porque dicha facultad era determinante para garantizar su equilibrio económico, del cual, a su vez, dependía el aumento en la cobertura del servicio y la posibilidad de realizar una prestación más eficiente del mismo.

En este fallo, la Corte refuta dichos argumentos y termina por invalidar cualquier interpretación normativa de la cual se derive la posibilidad de ejercer dicha potestad. Para fundamentar su decisión, la Corte sostiene que esta facultad administrativa sancionatoria sería válida si se hubiera establecido expresamente por el Legislador o por el Gobierno Nacional a través de un decreto con fuerza de ley, cosa que no sucedió. Adicionalmente, esta Corporación sostiene que esta prerrogativa no encuentra fundamento en los artículos 140 y 142 de la Ley 142 de 1994, en los cuales, si bien se plantean ciertas prerrogativas en favor de las compañías prestadoras no se consagra la facultad para imponer multas. Finalmente, pese a que la Corte reconoce que existían en ese momento normas reglamentarias que reconocían dicha prerrogativa³³, estas no se constituían como un sustento válido bajo el entendido que el reconocimiento de esta atribución corresponde únicamente al Congreso de la República por mandato constitucional expreso.

32 Sobre la problemática analizada en esta sentencia, la SSPD elaboró el Concepto Unificador N° 4. Sin embargo, al respecto se analizará directamente el pronunciamiento de la Corte, pues el Concepto se limitó, en este caso, a reseñar expresamente lo dicho en el fallo debido al gran acierto e integralidad que tuvo en la solución de la controversia suscitada.

33 A manera de ejemplo se enuncian el Decreto Reglamentario 1303 de 1989 y la Resolución 108 de 1997 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

En relación con el punto que nos interesa, esta decisión jurisprudencial es relevante pues evidencia uno de los casos en los que por los vacíos normativos existentes y por las nociones amplias y ambiguas de algunos postulados de la Ley 142 de 1994, los agentes del sector realizan interpretaciones y extensiones que contrarían los preceptos superiores que rigen la materia. Situación que por lo demás y en consonancia con la argumentación planteada, termina por distorsionar la aplicación y la realización material de los principios rectores del régimen de los SPD.

En conclusión, todo lo anterior, ha propiciado que las empresas prestadoras, los reguladores, los usuarios y las autoridades públicas, hayan establecido diferentes interpretaciones de ciertas normas que no se adecuan a los preceptos fundantes arriba descritos y que, por lo tanto, ha imposibilitado una aplicación igualmente inmediata y armónica con los mismos. Por esta razón, el modelo de los SPD, pese a todo su sustento dogmático, termina siendo en gran medida ineficiente al ser un vívido ejemplo de disciplina autista, ya que los agentes que intervienen requieren en ciertas situaciones de complejos sistemas de información para poder actuar adecuadamente y decidir en el marco de sus competencias conforme a la ley.

5. POSIBLES SOLUCIONES AL PROBLEMA PLANTEADO. EL ROL DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

Ante la problemática previamente descrita, las autoridades públicas que participan en el ámbito de los SPD pueden actuar de dos maneras posibles. Por una parte, estas autoridades pueden entender a partir de las críticas trazadas por la escuela de la elección pública en relación con la captura del regulador y la regulación³⁴, que la distorsión normativa planteada corresponde a un error de información, el cual se traduce en unos costos que por el bien del sistema únicamente deben ser asumidos por los agentes que en él participan. En consecuencia, no es su deber intervenir directamente y mucho menos plantear una solución de fondo.

En contraposición a esta postura y como resultado de las críticas hechas a este planteamiento, bajo una concepción más moderna de la intervención del Estado, las entidades estatales pueden desempeñar un rol proactivo para

34 MÁRQUEZ ESCOBAR, CARLOS PABLO (2005). *Anotaciones sobre análisis económico del derecho*. Vol. I. Colección profesores N° 40. Ed. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, pág. 87.

Además, se recomienda la lectura de: Aragón, Luis Eduardo. *Seguridad o Estado*. En: *Ensayos del Centro de Estudios de Derecho y Economía*. Bogotá (2004).

así desarrollar instrumentos jurídicos y procedimientos que eliminen cualquier clase de asimetría en el entendimiento de la ley. Esto, para lograr una aplicación sistemática, clara, coherente y eficiente de la misma que suprima cualquier manifestación de disciplina autista. Después de todo, “el papel del regulador en el proceso se identifica con el de ser un catalizador del flujo de información al interior del proceso de mercado, mejorando el proceso de coordinación y actuando casi como otro agente”³⁵.

De manera particular, la Corte Constitucional y la SSPD, en el marco de sus competencias y en el ámbito de los SPD, han optado por esta segunda opción. Así, han elaborado una serie de pronunciamientos que han propendido por restablecer la armonía de los preceptos normativos que definen el régimen jurídico de los SPD, con aquellos principios constitucionales y legales que lo fundamentan. Al respecto, cabe señalar que estas actuaciones han logrado aclarar jurídicamente el contenido de algunas de dichas normas difusas, así como eliminar y complementar algunas otras que definitivamente evitaban una correcta interpretación y aplicación de las demás disposiciones que regulan la materia.

En lo que respecta a la Corte Constitucional, esta entidad ha proferido diferentes fallos de tutela, de constitucionalidad y de unificación que han permitido un mejor entendimiento y, por ende, una correcta aplicación de la normatividad de los SPD por parte de los usuarios, las empresas prestadoras y las autoridades públicas. No obstante, si bien estos pronunciamientos han sido de gran relevancia, los mismos se han enmarcado en la tarea habitual y por ello no menos relevante de la Corte, de propugnar por la guarda de la integridad y de la supremacía de la Constitución Política³⁶. En este sentido, si bien el ejercicio jurisdiccional de esta alta Corporación ha permitido solucionar en gran parte el problema previamente identificado, este no ha correspondido a un ejercicio unilateral, voluntario, sistemático, reflexivo y conscientemente dirigido a tal fin; pues la Corte, por regla general, únicamente puede actuar previo ejercicio del derecho de acción y en el marco de las pretensiones que le plantean los individuos. Por ende, si bien esta Corporación consciente de la problemática suscitada³⁷,

35 Desarrollando los planteamientos de Rothbard Murray y de Herman Hope Hans. Márquez Escobar, Carlos Pablo. *Anotaciones sobre análisis económico del derecho*. Vol. I. Colección profesores N° 40. Ed. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF. (2005), pág. 87.

ARAGÓN, LUIS EDUARDO (2004). *Seguridad o Estado*. En: *Ensayos del Centro de Estudios de Derecho y Economía*. Bogotá

36 Constitución Política de Colombia [C.P.] Art. 7 julio 7 de 1991 (Colombia).

37 Problemática que ha entendido este alto Tribunal bajo la concepción propuesta por el modelo de *las fallas del mercado*. Al respecto ver: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; 23 de febrero de 2003).

ha intentado restablecer la congruencia en el sistema, desafortunadamente se encuentra limitada en esta labor por el ámbito de operatividad que le define la Carta Superior.

En contraposición a esto, en lo que respecta a la SSPD, en los últimos años esta entidad de manera proactiva, a través de su Oficina Asesora Jurídica y previa identificación de la problemática suscitada en relación con el entendimiento y la aplicación de las normas que definen el régimen jurídico de los SPD, se ha dado a la tarea de idear una serie de mecanismos jurídicos que permitan una comprensión adecuada de estas disposiciones por parte de los agentes que actúan en este sector. Producto de este ejercicio, la SSPD ha elaborado de manera novedosa y sin un antecedente claro en la institución, los llamados Conceptos Unificadores³⁸.

Estos conceptos se caracterizan por estar diseñados exclusivamente para obtener, de manera directa y particular, un entendimiento armónico, sistemático e integral de la normatividad que regulan los SPD en Colombia.

Conscientes del gran aporte hecho por la SSPD en relación con la problemática antes señalada, a continuación se explicará la naturaleza jurídica, el contenido, el alcance y los beneficios obtenidos por la realización de los Conceptos Unificadores. Esto, con el propósito de referenciar sus bondades, su gran acierto y, especialmente, la necesidad de que sean acogidos como instrumentos modelo por las demás entidades estatales, para atender eficientemente las fallas interpretativas y de aplicabilidad de los sistemas normativos que regulan las esferas en las que actúan (escenarios de disciplina autista).

6. LOS CONCEPTOS UNIFICADORES COMO POSIBLE RESPUESTA A LOS PROBLEMAS DE ENTENDIMIENTO Y DE APLICACIÓN DE LA LEY 142 DE 1994 Y DE SUS DECRETOS REGLAMENTARIOS

El presente capítulo se desarrollará a partir de la información suministrada por la SSPD sobre los Conceptos Unificadores, a través de su página Web

38 Al respecto, es importante decir que otras autoridades públicas nacionales también han optado por realizar esta clase de instrumentos jurídicos, como es el caso de la DIAN. No obstante, estos se presentan como casos excepcionales en la actividad pública del Estado y, además, cada clase de Conceptos Unificadores que se han emitido han recibido un tratamiento institucional y jurisdiccional diferente. Por esta razón, pese a que en todos estos escenarios se utiliza el mismo significado bajo ningún punto de vista resultan equivalentes o similares.

oficial³⁹ y de la colección de Doctrina Jurídica unificada en materia de servicios públicos domiciliarios que esta entidad publicó en los años 2009 y 2010⁴⁰. Adicionalmente a esto, se utilizará como fundamento del análisis, la respuesta que dio esta entidad⁴¹ al derecho de petición que se interpuso ante la misma⁴² con el objeto de conocer su posición actual y oficial en relación con los Conceptos Unificadores. Cabe señalar que en relación con estos conceptos no se ha pronunciado de manera directa ninguna de las Altas Cortes nacionales, por lo que el siguiente análisis no contará con apreciaciones de carácter jurisprudencial.

Son dos los soportes normativos en los que se fundamenta la realización de los Conceptos Unificadores por parte de la SSPD. En primer lugar, esta facultad se justifica en el desarrollo de los mandatos constitucionales y legales que rigen la actividad de la entidad, según los cuales, en el ejercicio de sus funciones debe difundir la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina relevante de los SPD. En segundo lugar, atendiendo lo dicho por la Oficina Asesora Jurídica de la SSPD en la respuesta al derecho de petición referenciado, la elaboración de los Conceptos Unificadores se encuentra fundamentada en lo dispuesto en el artículo 11 numerales 1, 2 y 3 del decreto 990 de 2002, en los que se establece que la Oficina Asesora Jurídica tiene a su cargo, entre otras funciones las de:

1. Asesorar al superintendente, los superintendentes delegados, el Secretario General y demás directivos en los asuntos jurídicos relacionados con la entidad y emitir los conceptos que requieran las diversas dependencias en asuntos de su competencia, con el objeto de mantener la unidad de criterio; y
2. Absolver las consultas jurídicas externas, relativas a los servicios públicos domiciliarios y establecer los criterios de interpretación jurídica de última instancia y fijar la posición jurídica de la Superintendencia.

39 www.superservicios.gov.co/basedoc/ (11 de septiembre de 2012).

40 Estas publicaciones corresponden a la recopilación y compilación de los Conceptos Unificadores que realizó la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en los años 2009 y 2010.

41 Concepto SSPD-OJ-2012_616. REF. Solicitud de concepto. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Marina Montes Álvarez. Jefe Oficina Asesora Jurídica. Oficina de Asesoría Jurídica. Fecha de entrega: 18 de septiembre de 2012.

42 Derecho de petición interpuesto ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. REF: Conceptos Unificadores. Por: Nicolás Arocha Roldán. N° de radicación: 20125290422192. 22 de agosto de 2012.

Como bien lo señala la SSPD, desde la expedición del régimen de los SPD, siempre ha existido una creciente demanda de información por parte de sus usuarios tanto internos como externos, de las entidades prestadoras y de las autoridades del orden nacional y territorial. Esta circunstancia generó en un primer momento, que la Oficina Asesora Jurídica, en nombre de la entidad, comenzara a expedir una serie de simples conceptos, a través de los cuales se lograran establecer los criterios de interpretación y las posiciones jurídicas que les permitieran a los agentes tener cierta claridad en el entendimiento del régimen, en su adecuada interpretación y en el conocimiento de los derechos de los usuarios. Al respecto, cabe señalar que en esta primera oportunidad, la labor se realizó principalmente para proteger los derechos de los usuarios a partir del correcto entendimiento de la normatividad de los SPD.

No obstante, con el paso del tiempo, la demanda de información y el número de solicitudes del público a la entidad en relación con las normas regulatorias de estos servicios, crecieron a tal punto que la SSPD, luego de analizar esta coyuntura, decidió expedir los Conceptos Unificadores. Estos fueron comprendidos como una herramienta para dar a conocer la posición jurídica unificada de la entidad sobre temas de permanente consulta.

En este orden de ideas, para la SSPD los Conceptos Unificadores son un instrumento que se ha utilizado para unificar sus líneas conceptuales en relación con el régimen de los SPD, atendiendo principalmente las novedades legislativas y jurisprudenciales⁴³. Con esto, se procuró unificar las posturas expresadas por la entidad en los antiguos conceptos que había emitido; desechando paralelamente aquellos pronunciamientos que no se acoplaban con la ideología misma del sistema. Es importante señalar que estos conceptos son elaborados en su gran mayoría por agentes asesores externos a la entidad, pues la Oficina Asesora Jurídica no cuenta con el personal de planta suficiente para ejecutar todas las funciones que tiene a su cargo.

Ahora bien, en relación con la naturaleza jurídica de los Conceptos Unificadores, la SSPD sostiene en primera medida, con sustento en lo expuesto en la sentencia C-487 de 1996 proferida por la Corte Constitucional en relación con los conceptos emitidos por las autoridades públicas, que estos son opiniones o puntos de vista que no tienen la potestad de crear normas jurídicas de obligatorio cumplimiento que afecten la esfera jurídica de los administrados

43 Presentación general. Superintendente Evamaría Uribe Tobón. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Colección de Doctrina jurídica unificada en materia de servicios públicos domiciliarios. Tomo I. Primera agrupación de Conceptos Unificadores. Junio de 2009.

y que comprometan la responsabilidad de la entidad que los emite. Lo anterior, se justifica en que

*“aun cuando expresan un juicio, deseo o querer de la Administración, no tienen el alcance ni el efecto de un acto administrativo, porque como lo advierte George Vedel, no contienen formal ni materialmente una decisión, ya que al adoptarlos aquélla no tuvo en la mira generar efectos en la órbita jurídica de las personas”*⁴⁴.

No obstante, la naturaleza jurídica de estos conceptos no se encuentra limitada únicamente a ello. Bajo una connotación teleológica, esta también se encuentra definida y sustentada en que estos instrumentos están elaborados para materializar fines superiores. En palabras de la SSPD, los Conceptos Unificadores se encuentran diseñados para mantener la unidad de criterio jurídico y fijar la posición jurídica de la entidad sobre temas específicos de los SPD⁴⁵. En este sentido, por decisión propia y en relación con sus propios funcionarios, para esta autoridad pública los Conceptos Unificadores tienen una connotación mucho más trascendental y vinculante que la que tendría un mero concepto enmarcado en los términos de la legislación administrativa vigente⁴⁶ y el correspondiente reconocimiento hecho por la Corte Constitucional.

En relación con las funciones generales y específicas que tienen estos conceptos, la SSPD ha definido dos escenarios principales. En primer lugar, estos instrumentos han sido esgrimidos como apoyo para el cumplimiento de las funciones de la SSPD y, correlativamente, como un elemento para darle trascendencia a su gestión cotidiana en la interacción con el ciudadano. Por otra parte, estos conceptos se constituyen como herramientas que pueden ser utilizadas por todos los partícipes de los SPD para

“el logro de objetivos que van más allá, puesto que pretenden mostrar a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios líneas de interpretación claras sobre aspectos de recurrente preocupación, disminuir las consultas jurídicas, lograr el fortalecimiento de los usuarios a partir del conocimiento

44 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-487 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell: 26 de septiembre de 1996).

45 Concepto SSPD-OJ-2012_616. REF. Solicitud de concepto. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Marina Montes Álvarez. Jefe Oficina Asesora Jurídica. Oficina de Asesoría Jurídica. Fecha de entrega: 18 de septiembre de 2012, pág. 4.

46 Código Contencioso Administrativo. Artículo 25. Decreto 01 de 1984. y, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 28. Ley 1437 de 2011.

*de sus derechos y a las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuanto a los límites de su actividad*⁴⁷ (las negrillas no corresponden al texto original). Todo lo cual, en últimas, implica un mayor entendimiento del régimen y el conocimiento de posiciones jurídicas unificadas.

Así las cosas, estos conceptos permiten que las interpretaciones jurídicas que se presenten sobre los SPD respondan a las necesidades del Estado, de los usuarios y de los prestadores; garantizando así que las mismas también se encuentren en concordancia con los postulados constitucionales y legales que los sustentan. Como bien lo reconoce la SSPD, en la práctica, estos conceptos han permitido optimizar la atención de las consultas que realizan los usuarios, las entidades prestadoras y las autoridades administrativas, ya que evitan la dispersión de conceptos y, por ende, colaboran en un mejor y efectivo entendimiento del régimen de los SPD.

Pese a que no se han publicado Conceptos Unificadores desde el año 2010, atendiendo lo dicho por la propia SSPD, actualmente estos se siguen elaborando, pues se tiene pleno convencimiento de sus bondades y de la necesidad de propugnar por su continuidad y difusión. Ello implica que la SSPD ha adoptado como una política permanente, la implementación de estos conceptos en busca de un mejor entendimiento de las disposiciones de la Ley 142 y, correlativamente, de su aplicación en la realidad nacional. Conforme a ello, hoy en día se están desarrollando Conceptos Unificadores en relación con “temas de particular relevancia para la SSPD y para el sector, tales como: la contribución especial prevista en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994; los subsidios y contribuciones; el proceso de toma de posesión de empresas; el concepto de legalidad de los contratos de condiciones uniformes, etc.”⁴⁸.

Concomitante con lo anterior, se deriva que los Conceptos Unificadores han logrado armonizar algunas de las disposiciones del régimen de los SPD, que previamente a ello habían imposibilitado una interpretación uniforme y acorde con los principios constitucionales y legales que los fundamentan. Si bien, conforme a su naturaleza jurídica, quedarían bastantes dudas sobre su vinculatoriedad y su lugar en el sistema normativo de fuentes, es bastante

47 Concepto SSPD-OJ-2012_616. REF. Solicitud de concepto. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Marina Montes Álvarez. Jefe Oficina Asesora Jurídica. Oficina de Asesoría Jurídica. Fecha de entrega: 18 de septiembre de 2012, pág. 2.

48 Concepto SSPD-OJ-2012_616. REF. Solicitud de concepto. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Marina Montes Álvarez. Jefe Oficina Asesora Jurídica. Oficina de Asesoría Jurídica. Fecha de entrega: 18 de septiembre de 2012, pág. 5.

alentador la connotación institucional y el rigor jurídico con el que se elaboran y aplican estos conceptos por parte de la SSPD.

En nuestro caso y en el marco del problema jurídico planteado, lo más relevante de este análisis, resulta ser el hecho que efectivamente tal problemática de interpretación y de aplicación del régimen de los SPD ya había sido identificada como una realidad por la SSPD; y que al respecto, esta entidad, ha venido planteando una solución preventiva, informativa y unificadora de fondo.

CONCLUSIONES

La disciplina autista como una problemática habitual y realmente existente en la realidad normativa de los SPD, con una participación institucional ejemplarizante de la SSPD

Indiscutiblemente la Ley 142 de 1994 fue un ejercicio juicioso, sistemático y en su momento altamente innovador en la aplicación de los principios y preceptos del AED en el desarrollo de la normatividad colombiana. Esta norma supo responder de manera satisfactoria a las ineficiencias que agobiaban el sistema de los SPD; brindando soluciones de competitividad, de asistencia y de regulación que permitieran una prestación eficiente, universal, solidaria e integral de dichos servicios en la sociedad colombiana. Sin duda, la organización física y jurídica que hoy sustenta este sector sería una simple ilusión, si el legislador no hubiera optado en su momento por modificar el marco regulatorio existente e implementar uno más acorde con las necesidades estructurales del sistema.

No obstante, pese a los grandes avances que implicó la Ley 142 de 1994, hoy es igualmente incuestionable que la misma contiene ciertos postulados que imposibilitan, en algunos supuestos, una interpretación y, por ende, una aplicación acorde con los principios sobre los cuales se fundamenta. Esto se evidencia en los pronunciamientos que al respecto ha realizado la Corte Constitucional y la SSPD; en los que pese al esfuerzo del Legislador, ha sido necesario moldear nuevamente el cuerpo normativo y así dotarlo de congruencia en su entendimiento y aplicación. En este sentido, se puede concluir que la Ley 142 de 1994 y sus decretos reglamentarios en algunos aspectos son ineficientes, pues implican, directa o indirectamente, un típico caso de disciplina autista; esto es, que los agentes que intervienen en el sector requieran de complejos sistemas de información para poder actuar adecuadamente y decidir en el ámbito de sus competencias conforme a derecho.

Ante dicha situación, resulta acertado el rol proactivo que tanto la Corte Constitucional como la SSPD han asumido en los últimos años. Estos comportamientos, han implicado un claro abandono de la concepción pasiva y expectante que tradicionalmente han tenido las autoridades públicas en relación con las asimetrías de la ley. Los pronunciamientos de estas dos entidades, han permitido dilucidar los postulados normativos que generan incongruencias, con lo cual se han logrado reconciliar con aquellos principios del AED que les imprimen su contenido material.

Sin embargo, pese a las bondades que ha tenido el ejercicio de la Corte Constitucional al respecto, es innegable las limitaciones que tiene en virtud del marco normativo que regula su actuación. Por esta razón, sin desconocer la tarea realizada, es totalmente comprensible que la Corte, si bien ha identificado el problema suscitado, no pueda plantear soluciones estructurales de manera unilateral, voluntaria, sistemática y conscientemente dirigidas a tal fin. Lo anterior, claro está, no imposibilita que en el futuro esta alta Corporación continúe cumpliendo un papel protagónico en la armonización del régimen de los SPD.

Ahora bien, por su parte, la SSPD decidió abordar el inconveniente planteado a través de un instrumento jurídico altamente novedoso en la actividad pública del Estado. Los Conceptos Unificadores son sin duda asertivos; pues como política permanente de la entidad, han permitido un entendimiento armónico, sistemático e integral de la normatividad que regula los SPD, lo cual se refleja inexorablemente en una correcta y eficiente aplicación de esta en la realidad nacional. Todo lo anterior, debido a la doble connotación que la SSPD, de manera consciente e intencional, le ha dado a la naturaleza jurídica de estos conceptos.

Si bien los Conceptos Unificadores han permitido que la SSPD cumpla de una manera más eficiente sus funciones constitucionales y legales, así como también, que los participantes del sector tengan líneas de interpretación claras de la normatividad que los regula, de los derechos que poseen y de sus correlativos limitantes; estos instrumentos presentan ciertas falencias y vicisitudes bajo su connotación actual. Los Conceptos Unificadores carecen hoy de la difusión y de la periodicidad que se esperaría que tuviera una solución de fondo como la que estos proponen al problema objeto de análisis. Igualmente, preocupa que estos conceptos carezcan de vinculatoriedad y fuerza obligacional para los agentes y para la entidad que los emite; claro está, lo anterior, sin desconocer el contenido material que la SSPD actualmente les reconoce, pero a sabiendas que nada obsta para que la entidad decida modificar libremente su postura y

en cualquier momento. Si bien esta concepción permite que exista dinámica en el entendimiento y en la aplicación de las normas que regulan los SPD – lo cual es sano en todo Ordenamiento Jurídico– ello no despeja el alto grado de incertidumbre que se genera en relación con la seguridad jurídica y con la confianza legítima que esperan tener quienes intervienen en este sector.

Así las cosas, de manera general, se puede concluir que en el Ordenamiento Jurídico colombiano existen normas, como la Ley 142 de 1994 y sus decretos reglamentarios, que si bien se encuentran fundamentadas en los principios que envuelve la doctrina del AED, resultan ineficientes pues algunos de los mecanismos diseñados para su interpretación y aplicación no se encuentran igualmente acordes con dichos planteamientos. En este sentido, es menester que el legislador dentro de lo posiblemente previsible, sea más cuidadoso al momento de estructurar aquellos sistemas normativos que pretenda fundamentar en postulados y perspectivas de carácter económico.

Asimismo, resulta incuestionable el rol protagónico que las autoridades públicas deben tener cuando se presentan distorsiones en el entendimiento y en la aplicación de la ley, pese a la renuencia que aún hoy se detecta en algunos sectores del Poder Público. Ante esta clase de inconvenientes, que por lo demás resultan ser más habituales de lo que se pensaría, estas entidades en sus respectivos campos de acción, pueden implementar mecanismos legales que permitan armonizar de forma eficiente el contenido de las disposiciones legales que regulan ciertas materias.

Ejemplo de esto, son sin duda los Conceptos Unificadores que la SSPD desarrolló exclusivamente para atender tal distorsión. Por esta razón, resulta conveniente que estos Conceptos sean considerados como instrumentos modelo por las demás autoridades públicas que se enfrentan a problemas de igual naturaleza. Claro está, sin perjuicio de que en nuevos escenarios, estos instrumentos sean concebidos bajo connotaciones y formas jurídicas que sin desestimar su propósito, no resulten susceptibles a las fallas arriba enunciadas.

Concomitante con lo anterior, este planteamiento evidencia la necesidad de establecer modelos normativos y de mercado en donde los agentes que intervengan no requieran de complejos sistemas de información para poder participar y decidir. En otras palabras, la estructuración de los modelos regulatorios debe ser completamente ajena a la disciplina autista. Ello, bajo el supuesto que solo garantizando dicho principio superior, es posible recrear escenarios y condiciones en las que se maximicen de manera deseada los beneficios particulares y con ellos, de manera correlativa, los intereses de toda la colectividad.

BIBLIOGRAFÍA

AMADOR CABRA, LUIS EDUARDO & RAMÍREZ GRISALES, RICHARD. La Ley 142 de 1994 desde una perspectiva de análisis económico del derecho. *Revista de Derecho y Economía* N° 34. Noviembre 22 de 2011.

ARAGÓN, LUIS EDUARDO (2004). Seguridad o Estado. En: *Ensayos del Centro de Estudios de Derecho y Economía*. Bogotá.

ARANGO, RODOLFO. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Ed., Legis.

COASE, RONALD H. El problema del Costo social. *The Journal of law and economics*. Octubre de 1960, 1-44.

Concepto SSPD-OJ-2012_616. REF. Solicitud de concepto. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Marina Montes Álvarez, jefe Oficina Asesora Jurídica. Oficina de Asesoría Jurídica. Fecha de entrega: 18 de septiembre de 2012.

Constitución Política de Colombia [C.P.] Julio 7 de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU.1010 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 16 de octubre de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-581 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 12 de junio de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-924 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 7 de noviembre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-353 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 9 de mayo de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 8 de Febrero de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-720 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 7 de Julio de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-060 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería; 1 de Febrero de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 1123 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño; 9 de Noviembre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; 23 de Febrero de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-035 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería; 30 de Enero de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-041 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño; 28 de Enero de 2003).

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-487 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell; 26 de Septiembre de 1996).
- Cuevas, Homero. Fundamentos de la economía de mercado. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2001).
- Decreto 990 de 2002 [Departamento Nacional de Planeación]. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. 23 de mayo de 2002.
- Decreto Reglamentario 1303 de 1989 [Comisión de Regulación de Energía y Gas].
- Derecho de petición interpuesto ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. REF: Conceptos Unificadores. Por: Nicolás Arocha Roldán. N° de radicación: 2012-5290422192. 22 de agosto de 2012.
- Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. 11 de julio de 1994. DO. N° 41.433.
- LÓPEZ, JULIÁN DANIEL; BATEMAN, ALFREDO; VENGOECHEA, JULIANA MARÍA; LÓPEZ, JUANITA MARÍA (2009). *La garantía de los derechos sociales*. Colección profesores N° 46. Ed., Grupo Editorial Ibáñez.
- MÁRQUEZ ESCOBAR, CARLOS PABLO (2005). *Anotaciones sobre análisis económico del derecho*. Volumen I. Colección profesores N° 40. Ed., Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF.
- MERCURIO, NICHOLAS & STEVEN, MEDEMA (2006). *Economics and the law: From Posner to Postmodernism and beyond*. Ed., New Jersey: Princeton University Press.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO (1999). *El Derecho de los Servicios Públicos*. Ed., Derecho Vigente.
- POSNER, RICHARD A. (2011). *Cómo deciden los jueces*. De la traducción de Victoria Roca Pérez. Ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid.
- POSNER, RICHARD (2000). *El análisis económico del derecho*. Traducción de Eduardo Suárez. Ed., Fondo de Cultura Económica, México.
- POSNER, RICHARD A. (2001). *The economic structure of the law*. Ed., Edward Elgar Publishing, Inc.
- POSNER, RICHARD A.; LANDES, WILLIAM M.; KELMAN, MARK G. (2011). *Análisis económico del derecho*. Estudio preliminar Carlos Morales de Setién Ravina. Ed., Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes-Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana. Instituto de Estudios Sociales y Culturales - Pensar.
- Resolución 108 de 1997 [Comisión de Regulación de Energía y Gas]. Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones. 11 de julio de 1997.
- RUBIO, MAURICIO. *Economía jurídica*. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano. Con la colaboración de Ana María Arjona. Ed., Universidad Externado de Colombia. (Noviembre de 2007).

SPECTOR, HORACIO. (2004). *Elementos de análisis económico del derecho*. Ed., Rubinzal-Culzoni Editores.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Colección de Doctrina jurídica unificada en materia de Servicios Públicos domiciliarios. Tomo I. Primera agrupación de Conceptos Unificadores. Junio de 2009.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Colección de Doctrina jurídica unificada en materia de Servicios Públicos domiciliarios. Tomo II. Segunda agrupación de Conceptos Unificadores. Noviembre de 2009.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Colección de Doctrina jurídica unificada en materia de Servicios Públicos Domiciliarios. Tomo III. Tercera agrupación de Conceptos Unificadores. Abril de 2010.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Colección de Doctrina jurídica unificada en materia de Servicios Públicos Domiciliarios. Tomo IV. Cuarta agrupación de Conceptos Unificadores. Agosto de 2010.