EL MARCO INSTITUCIONAL PARA LA REGULACIÓN, SUPERVISIÓN Y EL CONTROL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA: PROPUESTA PARA SU FORTALECIMIENTO

CABALLERO - JADRESIC - RAMÍREZ

CUADERNOS
FEDESARROLLO
18

Cuadernos de Fedesarrollo
Número dieciocho



Cuadernos de Fedesarrollo

1 Tasa de cambio en Colombia
Mauricio Cárdenas
2 Los dólares del narcotráfico
Roberto Steiner
3 Perspectivas de la industria aseguradora: 1997-2010
Natalia Salazar - Sandra Zuluaga
4 Salud, educación y desempleo. Diagnóstico y recomendaciones
Proyecto Agenda Colombia I
Mauricio Reina - Denisse Yanovich
5 Infraestructura, orden público y relaciones internacionales.
Diagnóstico y recomendaciones
Proyecto Agenda Colombia II
Mauricio Reina - Denisse Yanovich
6 Tributación en Colombia
Roberto Steiner - Carolina Soto
7 Las aseguradoras y el régimen de inversión
María Angélica Arbeláez - Sandra Zuluaga
8 Petróleo y región: el caso del Casanare
Alejandro Gaviria - Juan Gonzalo Zapata - Adriana González
9 La sostenibilidad de las reformas del sector eléctrico en Colombia
Ulpiano Ayala - Jaime Millán
10 Misión del ingreso público
Miembros del Consejo Directivo
11 Economías regionales en crisis: el caso del Valle del Cauca
Juan José Echavarría - Israel Fainboim - Luis Alberto Zuleta
12 El nuevo comercio minorista en Colombia
Mauricio Reina - Luis Alberto Zuleta
13 El leasing en Colombia: diagnóstico e impacto sobre la inversión y el crecimiento
María Angélica Arbeláez - Fabio Villegas - Natalia Salazar
14 Los servicios financieros y el TLC con Estados Unidos: oportunidades y retos para Colombia
Roberto Junguito - Cristina Gamboa (Editores)
15 Reflexiones sobre el aporte social y económico del sector cooperativo colombiano
Miguel Arango - Mauricio Cárdenas - Beatríz Marulanda - Mariana Paredes
16 Evaluación del impacto del TLC entre Colombia y Estados Unidos en la economía del Valle del Cauca
Camila Casas - Marcela Meléndez - Nicolas León
17 La infraestructura de transporte en Colombia
Mauricio Cárdenas - Alejandro Gaviria - Marcela Meléndez
18 El marco institucional para la regulación, supervisión y el control de los servicios públicos en Colombia: propuesta para su fortalecimiento
Carlos Caballero - Alejandro Jadresic - Manuel Ramírez Gómez

El marco institucional para la regulación, supervisión y control de los servicios públicos en Colombia: propuesta para su fortalecimiento

Carlos Caballero
Alejandro Jadresic
Manuel Ramírez Gómez

Febrero, 2006

Este artículo está basado en un estudio realizado en el Marco de la Misión de Servicios Públicos de Fedesarrollo en 2004, que sirvió como base para el informe "Colombia: Recent Economic Developments in Infrastructure (REDI)" del Banco Mundial.

Una publicación de Fedesarrollo
Nueva Serie Cuadernos de Fedesarrollo, número diecisiete

Primera edición: julio de 2004

© Fedesarrollo

ISBN: 958-339-202-2

Edición, armada electrónica: Fedesarrollo
Impresión y encuadernación: La Imprenta Editores S.A.

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

PRESENTACIÓN vii

INTRODUCCIÓN ix

CAPÍTULO UNO El marco conceptual de la regulación de los servicios públicos 1
La regulación económica 1
El objetivo de la regulación 2
El proceso regulador 4
Los organismos reguladores 5
La gobernabilidad de los organismos de regulación 7
Política sectorial y regulación 10
La regulación sectorial y la promoción de la competencia: conceptos relevantes 12

CAPÍTULO DOS El marco jurídico para la regulación, la supervisión y el control de los servicios públicos en Colombia 17
Responsabilidad de la prestación del servicio público 17
Intervención del Estado en la economía 18
Las leyes 142 y 142 de 1994 19
La regulación como instrumento de la intervención estatal 19
El control, inspección y vigilancia como instrumento de la intervención estatal 27
Fuente y manejo de recursos 29
Cuadro comparativo de las Comisiones de Regulación 30
El carácter administrativo de las decisiones de las Comisiones 30
El régimen y la autoridad de competencia 36

CAPÍTULO TRES Diagnóstico institucional sobre las comisiones de regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios 39
El organigrama de la regulación y el control de los servicios públicos 39
Diagnóstico institucional 45
La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - SSPD 64

CAPÍTULO CUATRO Propuestas y acciones 75
La legitimidad e idoneidad de los reguladores 76
Fortalecimiento del organismo regulador y rocedimientos para la toma de decisiones 83
La toma de posesión de empresas por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos como medida de excepción 88
Fortalecimiento de los ministerios secoriales y del Departamento Nacional de Planeación - DNP 89
Modificación de la estructura interna de la comisiones (segunda instancia) 90
Promoción de la competencia: régimen jurídico unificado y coordinación institucional 92

ANEXOS 97

PRESENTACIÓN

Este trabajo forma parte de los estudios contemplados dentro de la Primera Fase de la Misión de Estudios sobre Servicios Públicos, que ha llevado a cabo Fedesarrollo en lo corrido del presente año, con el apoyo financiero del Ministerio de Hacienda.

Una versión inicial del trabajo, titulada "Efectividad de los Organismos de Regulación, Supervisión y Control de los Servicios Públicos en Colombia", se presentó al Ministerio de Hacienda y al Departamento Nacional de Planeación en mayo de 2004. Para la elaboración de dicha versión se contó con una invaluable ayuda del doctor Herman Galán Barrera, quien es el autor de la sección que contiene el marco jurídico para la regulación y el control de los servicios públicos en Colombia.

Posteriormente el trabajo se amplió para incorporar elementos contemplados inicialmente en los términos de referencia, tales como el arreglo institucional para la promoción y la defensa de la competencia en los servicios públicos y la posibilidad de incluir una "segunda instancia" para agilizar la solución de controversias entre las comisiones de regulación y los regulados. Por tratarse de asuntos con un componente jurídico importante, Fedesarrollo solicitó conceptos a los doctores Javier Cortázar, para el primero de los temas anteriores, y Cristina de la Vega, para el segundo.

Esta versión del trabajo incorpora los comentarios recibidos a través de los funcionarios del gobierno que conformaron un comité técnico para la revisión de la versión inicial del mismo. El trabajo sufrió una revisión completa en los primeros días de julio de 2004. Por esta razón algunas de las propuestas consignadas en el documento entregado en mayo sufrieron cambios sustanciales.

Carlos Caballero Argáez
Investigador Asociado
Fedesarrollo
Julio de 2004

INTRODUCCIÓN

En la década de los noventa la provisión de servicios públicos en Colombia experimentó cambios profundos.

La Constitución de 1991 y las leyes 142 y 143 de 1994 abrieron el espacio para implantar un modelo nuevo para el suministro de los servicios públicos domiciliarios en el país. La concepción sobre la función del Estado se modificó: la idea del Estado "proveedor" dio paso a la del Estado "regulador", en el cual el sector privado opera como proveedor y el Estado regula, controla, y supervisa la manera en la cual los agentes desempeñan sus actividades con el fin de proteger el bien común y el interés público. Al Estado corresponde, entonces, asegurar tanto la eficiencia en la provisión de los servicios públicos como la equidad en el acceso a los mismos por parte de la población.

El avance logrado en Colombia mediante las reformas en los servicios públicos a partir de 1994 fue notable. En el curso de unos pocos años se construyó la nueva estructura institucional: comenzaron a funcionar comisiones de regulación para los sectores de energía eléctrica y gas, agua potable y saneamiento, y comunicaciones; se traspasó al sector privado una parte de la propiedad de las empresas de generación y distribución de energía eléctrica; se redujo la carga fiscal del sector eléctrico para el gobierno central, que había sido muy elevada en los años ochenta; se puso en funcionamiento el Mercado Mayorista de Energía; el Estado vendió licencias para el establecimiento y la operación de la telefonía móvil a empresas con participación del capital privado nacional y extranjero; se entregaron acueductos y servicios de aseo en concesión al sector privado; bajaron las tarifas a los usuarios finales de energía eléctrica y telefonía; y se enfrentó de manera exitosa la amenaza de racionamiento eléctrico con ocasión del fuerte "fenómeno del Niño" en 1997-1998. En donde no se logró ningún progreso fue en el traspaso de la propiedad de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, al sector privado, por un paro laboral que aisló a Colombia internacionalmente en abril de 1992 y obligó al gobierno de turno a ceder en su pretensión de privatizar la empresa.

A pesar de todos estos avances, la crisis económica de 1998-1999, la lenta recuperación de la actividad económica en los tres años subsiguientes con sus secuelas de desempleo y aumento de la pobreza, la agudización del fenómeno terrorista a través de la voladura de torres de energía y de ataques a los oleoductos, y los cambios en el ambiente político nacional, han mos-

trado la debilidad institucional que caracteriza el funcionamiento del nuevo modelo y han generado descontento y escepticismo con respecto a la viabilidad del mismo por parte de los diferentes agentes -consumidores, inversionistas, empresas reguladas, funcionarios gubernamentales y dirigentes políticos.

Entre las muchas consecuencias de estas modificaciones en el entorno económico y político, se cuenta la de haber truncado los procesos de privatización iniciado a raíz de las reformas de 1994 y que tuvieron especial intensidad en el sector eléctrico entre 1995 y 1998. En 2001 fue clara la imposibilidad, por razones legales y políticas, de trasladar al sector privado la propiedad de ISAGEN, la principal empresa generadora de energía en manos de la Nación, lo mismo que las distribuidoras regionales de energía en las cuales la Nación tenía, y continúa teniendo, participación mayoritaria en su capital. Esto ha implicado una composición de la propiedad en las diferentes actividades del sector eléctrico distinta a la que se contemplaba al introducirse las reformas y que el Estado continúe teniendo una función "empresarial" lo cual genera riesgos de su comportamiento "oportunista" que, a su turno, debilita la confianza de los inversionistas privados sobre la estabilidad de las reglas de juego. Hay un consenso, entonces, en el país sobre la presencia de amenazas para la continuidad y la profundización de las reformas puestas en marcha en los años noventa.

A todas estas, el andamiaje institucional puesto en funcionamiento a raíz de las reformas, que incluyó la creación de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no ha respondido a las expectativas que se tenían al aprobarse las leyes que les dieron origen. Por diferentes motivos, las comisiones de regulación de los servicios públicos en Colombia y la Superintendencia de Servicios Públicos no tienen el prestigio ni la credibilidad, que requieren instituciones de esta naturaleza frente a las empresas reguladas, los consumidores, el gobierno, el congreso y las cortes para que tengan la capacidad de cumplir su función de manera efectiva.

De ahí la importancia de contar con un diagnóstico sobre los factores que están inhibiendo el adecuado comportamiento de las comisiones y de la Superintendencia, que permita diseñar y ejecutar un programa de reforma institucional. Este programa debe comprender un conjunto de acciones a desarrollar en el corto y en el mediano plazo, que garanticen el suministro futuro de los servicios públicos en Colombia, la ampliación de su cobertura

y su prestación de manera eficiente. De su ejecución por parte del gobierno nacional dependerá la continuidad del funcionamiento del esquema institucional implantado en Colombia en los noventa.

El propósito de este documento es, precisamente, elaborar dicho diagnóstico y formular un serie de recomendaciones para lograr el fortalecimiento de las instituciones encargadas de la regulación y la supervisión de las empresas proveedoras de servicios públicos en Colombia. Este diagnóstico y las respectivas recomendaciones se enmarcan, primero, en un marco conceptual para la regulación de los servicios públicos -sección I- y, segundo, en un análisis jurídico del desarrollo de las funciones de regulación y de control, inspección y vigilancia en el país, que se presenta en la sección II. A continuación se elabora el diagnóstico institucional, sección III, antes de referirse en detalle a los principales problemas que se identifican en la operación de las comisiones de regulación, algunos de los cuales son igualmente aplicables a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La sección IV contiene las propuestas específicas que se formulan.

La necesidad del fortalecimiento institucional para la regulación y la supervisión de los servicios públicos emerge con claridad del trabajo. Los problemas son muy complejos y las instituciones muy débiles. Ese fortalecimiento, sin embargo, no puede lograrse si no se cuenta con el respaldo de toda la sociedad colombiana.

CAPÍTULO UNO

El marco conceptual de la regulación de los servicios públicos[1]

1. La regulación económica

Las reformas de principios de los años noventa tuvieron como sustento conceptual el cambio en la función del Estado en la prestación de los servicios públicos. Las actividades empresariales pasarían a ser desarrolladas por el sector privado, a tiempo que al Estado correspondería concentrarse en el papel de trazar políticas y de regular el funcionamiento de las empresas prestadoras de los servicios públicos. Se buscaba, por tanto, que la regulación replicara condiciones para la operación de las empresas en un ambiente de competencia, con niveles altos de eficiencia y que, de forma complementaria, el Estado garantizara el acceso a los servicios de toda la población "mediante un armonioso y transparente sistema de subsidios y una nueva estrategia para aumentar la cobertura"[2].

El objetivo fundamental del Estado "regulador" es que el sistema económico opere a su máximo potencial en términos de producción, calidad del servicio, inversiones, progreso tecnológico y protección del medio ambiente. Corresponde al Estado, por consiguiente, eliminar las "imperfecciones del mercado" mediante su intervención. Entre estas se cuentan las condiciones monopólicas en los mercados, que limitan la competencia y que pueden derivarse de características tecnológicas o comportamientos oportunistas de las empresas. Un caso particular son los "monopolios naturales" que surgen de tecnologías con costos medios decrecientes, cuando las economías de escala son relevantes en relación con el tamaño potencial del mercado.

---

1 En buena parte esta sección se basa en Jadresic Alejandro, Blanlot Vivianne, San Martín Gregorio, La Nueva Regulación,Dolmen Ediciones S.A., Santiago, Chile, Enero de 2001.

2 Discurso del Ministro Luis Fernando Vergara en la Conferencia de Ministros de Hacienda y de Energía organizada por OLADE y el Banco Mundial en septiembre de 1991 en México. Cita de Ayala Ulpiano y Millan Jaime, La Sostenibilidad de las Reformas del Sector Eléctrico en Colombia, op.cit, pag 23.

Las externalidades constituyen otra forma de imperfección que se origina cuando la acción de un agente económico afecta a terceros sin que medie una compensación entre ellos. De la misma forma, las asimetrías de información son imperfecciones que surgen cuando oferentes y demandantes tienen distinta información sobre las características de los bienes y los servicios que se transan en el mercado. Las asimetrías distorsionan el desarrollo de los mercados y justifican adoptar medidas regulatorias para promover la transparencia y para defender los derechos de los consumidores. Otras "imperfecciones del mercado" se originan en la imposibilidad de excluir a los consumidores del acceso a un bien. Es el caso de los bienes comunes que, al ser disponibles para cualquier interesado dan lugar a condiciones de sobreexplotación, como en los recursos pesqueros, y también de los bienes públicos, en que la dificultad para cobrar por su disponibilidad para el consumo (por la dificultad de excluir del uso de esos bienes a quienes no pagan) desincentiva su provisión por parte del sector privado, como en el caso de los parques nacionales.

La existencia de imperfecciones del mercado no es condición suficiente, sin embargo, para justificar la regulación estatal. Se requiere, además, que los beneficios de la acción del Estado superen los costos de la misma. Esta es una condición esencial por cuanto el Estado es, también, "imperfecto": la regulación impone importantes costos a la economía, tanto por los recursos requeridos para llevarla a cabo -obtenidos la mayor parte de las veces de contribuciones o impuestos que distorsionan el mercado de los bienes sobre los cuales se cobran- como por las propias distorsiones que la intervención estatal introduce en el mercado regulado. Pero, siempre y cuando se obtengan beneficios netos positivos, el objetivo de la actividad reguladora es promover la sana competencia, cuando esto es posible, disminuir los efectos perjudiciales del monopolio natural, acercando sus resultados a los que se obtendrían en situaciones competitivas, y corregir los efectos de externalidades, asimetrías de información, bienes públicos y otras "imperfecciones" que resienten el desempeño de los mercados.

2. El objetivo de la regulación

En general, los objetivos de la regulación en los países desarrollados (Estados Unidos, Canadá, el Reino Unido y los países de Unión Europea) podrían enumerarse así[3]:

- Aumentar la eficiencia y la calidad del servicio.
- Reducir los costos, tanto de inversión como de operación.
- Reducir los precios a los consumidores finales, de tal manera que estos correspondan a los costos de suministrar el servicio.
- Permitir que las compañías y los inversionistas tengan la expectativa de una tasa adecuada de retorno (para los segmentos monopólicos regulados).
- Promover la competencia y prevenir situaciones de abuso de posición dominante en los segmentos competitivos.
- Reducir excesos de capacidad instalada.
- Lograr la prestación universal del servicio.

Los objetivos de la regulación no son muy diferentes en los países en desarrollo. La diferencia está en que mientras a los reguladores en los países avanzados se les juzga por su capacidad para evitar inversiones excesivas que resultan improductivas y para mantener simultáneamente precios bajos y buena calidad, en los países en desarrollo se considera que la inversión adicional es necesaria y se debe incentivar, para mejorar la calidad del servicio y para extender la cobertura de los servicios a más personas y a nuevas áreas. De otra parte, en muchos países en desarrollo los precios finales en algunos servicios (en acueducto para consumidores pequeños y en energía en algunos países) se ubican por debajo de su costo de largo plazo, por lo cual aumentar los precios puede ser el resultado de un proceso efectivo de regulación. Con todo, siempre debe tenerse presente que los objetivos últimos de la regulación son el aumento de la eficiencia, la calidad y la cantidad de los servicios[4].

En Colombia se partió de la base de que la regulación independiente protegería a los consumidores de abusos en el poder monopólico y garantizaría los niveles adecuados de servicio. Al mismo tiempo, la regulación ofrecería las garantías requeridas por los inversionistas en el sentido de que sus inversiones no serían expropiadas por el comportamiento oportunista

---

[3] Stern John and Cubbin John,Regulatory Effectiveness : The Impact of Regulation and Regulatory Governance Arrangements on Electricity Industry Outcomes : A Review Paper, Preliminary Draft, Discussion Paper Series, No 04/01, Department of Economics, School of Social Sciences, City University, London, December 2003.

[4] Ibid.

de los gobiernos. Este último riesgo se materializa, sin embargo, en el cambio frecuente de las reglas de juego una vez hechas las inversiones, lo cual atenta contra la realización de nuevas inversiones o la reducción del costo de las mismas. De ahí la importancia de que a las tareas propias de la regulación, que ya se han mencionado, se sumara el "requisito de una delimitación y control de la discrecionalidad gubernamental, tanto en la tarea inmediata de tarificación y acceso, como en cuanto a que el ejecutivo y el legislativo puedan cambiar o superar los entes reguladores"[5].

3. El proceso regulador

La actividad reguladora del Estado se realiza de diferentes maneras. En general, el proceso regulador comprende un conjunto de acciones que van desde la formulación de las políticas y su monitoreo hasta la resolución de los conflictos que se presentan entre los agentes privados o entre éstos y el regulador, pasando por el diseño y la aplicación de normas, la supervisión de su cumplimiento y el establecimiento de las sanciones correspondientes. Sin perjuicio de lo anterior, usualmente se reserva el término "regulación" al diseño y aplicación de normas en ámbitos específicos (por ejemplo, en materia de tarifas y estándares técnicos) distinguiéndola de la "política" y de la supervisión o control de los sectores regulados.

La manera más adecuada de desarrollar las acciones regulatorias dependerá del sector económico en donde se realicen y de la capacidad de las entidades que las llevan a cabo. El grado de discreción que se otorgue a quienes aplican las normas debe depender, a su vez, de la factibilidad de establecer reglas objetivas y eficaces así como de la idoneidad de los reguladores. Un principio fundamental del proceso regulador es establecer restricciones sustantivas al grado de discreción del regulador con el propósito de garantizar un máximo de estabilidad de las reglas de juego que se establezcan y

---

[5] Ayala Ulpiano y Millán Jaime, la Sostenibilidad de las Reformas del Sector Eléctrico en Colombia, op.cit, pag 25. Para estos autores, "la reforma colombiana adoptó algunas variaciones del modelo de regulación existente en otros países al incluir tres ministros en la Comisión de Regulación de Energía y Gas y al asignar funciones de control y vigilancia a otra institución, la SSPD. La expectativa era que estas instituciones escaparían al manejo burocrático vigente en otros organismos del Estado, atraerían los expertos más prestigiosos del país y gozarían de autonomía para el manejo de sus asuntos". Pag 26.

de tranquilizar, de esta manera, a los inversionistas privados[6]. En la práctica, sin embargo, es imposible evitar algún grado de discreción de parte del regulador, por lo cual resulta de la mayor importancia el control de sus acciones o rendición de cuentas ("accountability").

Pueden establecerse algunos atributos mínimos para que la actividad reguladora sea efectiva. En primer lugar, se requiere un criterio de racionalidad; debe existir claridad respecto del objetivo buscado con la acción reguladora, el cual, a su vez, debe tener una clara justificación en términos del desempeño de los mercados. Es necesario que haya eficiencia, de modo que el objetivo buscado se logre a través del empleo de los instrumentos más idóneos y de los recursos humanos y físicos apropiados. La regulación debe ser predecible para que no se resienta la eficiencia de las decisiones de largo plazo de los agentes económicos. Asimismo, se requiere un comportamiento responsable de parte del regulador, lo cual se facilita con incentivos adecuados y mecanismos que aseguren la transparencia del proceso regulador. Finalmente, el proceso regulador debe tener legitimidad, en el sentido que debe ser aceptado y respetado por la sociedad y los agentes afectados por su aplicación.

4. Los organismos reguladores

En la forma como el Estado se organiza para llevar a cabo la función reguladora -es decir la distribución de responsabilidades y tareas entre las diversas instituciones- son esenciales dos aspectos: la naturaleza de los procesos reguladores, incluyendo su complejidad técnica y la magnitud de sus implicaciones económicas, y la realidad de cada país en cuanto a su historia, su cultura, su sistema económico y el poder relativo de los distintos agentes.

La experiencia internacional muestra diversas configuraciones institucionales posibles. En el caso de economías de mercado en donde el sector privado tiene un papel central serían relevantes los siguientes:

---

[6] En el trabajo seminal de Levy y Spiller de 1994, citado por Stern y Cubbin, se argumenta que el desempeño exitoso de los reguladores dependerá de que se cumplan tres condiciones: i) qué existan restricciones sustantivas a la discreción del regulador, ii) que existan restricciones formales e informales que impidan modificar el sistema regulatorio y iii) que existan instituciones que hagan cumplir las restricciones impuestas a los reguladores, bien sean estas de sustancia o de procedimiento. Ver Stern John and Cubbin John, *Regulatory Effectiveness: The Impact of Regulation and Regulatory Governance Arrangements on Electricity Industry Outcomes: A Review Paper*, op.cit. pag 7.

4.1. La independencia y la especialización del regulador

La importancia y la complejidad de la actividad reguladora ha conducido a la creación de entes especializados encargados de efectuarla, complementando la acción de los ministerios y de los tribunales de justicia. Esta tendencia abarca los diversos ángulos de la regulación, incluyendo la defensa de la competencia, la protección al consumidor y la protección del medio ambiente. Igualmente, se ha detectado una tendencia a dotar de crecientes grados de independencia a los entes reguladores con el fin de reducir el riesgo de "captura" de parte de intereses privados o la interferencia de consideraciones políticas de corto plazo.

La voluntad de otorgar independencia a los organismos reguladores se manifiesta en diferentes aspectos, como la creación de comisiones de regulación con el fin de adoptar decisiones de manera colegiada; el otorgamiento de facultades exclusivas en determinadas decisiones; la disponibilidad de presupuesto propio; la existencia de estatutos laborales flexibles; el establecimiento de mecanismos especiales de designación, permanencia y remoción de los reguladores, y la imposición de inhabilidades a los reguladores para el desempeño de ciertos cargos.

4.2. La segmentación de las funciones reguladoras

La creación de organismos especializados no significa que éstos asumen la totalidad de las acciones reguladoras que afectan a un sector económico. Por el contrario, es habitual que materias esenciales del proceso regulador se mantengan en otros ámbitos del Estado. El gobierno central, a través de los ministerios, es responsable de formular las políticas sectoriales, proponer reformas legislativas y hacer seguimiento al desempeño global de la economía. El Congreso mantiene, desde luego, su función de imponer normas reguladoras de carácter legal. Las cortes y los tribunales son la última instancia en los conflictos que se originan en la interpretación o aplicación de las normas.

En la práctica, al establecer organismos reguladores independientes, el Estado delega en una agencia especializada el ejercicio de acciones de regulación específicas, generalmente definidas o limitadas en la ley. La amplitud de esa delegación de funciones, que en el caso colombiano realizó el Presidente de la República, puede variar de manera significativa. En algunos

países se otorgan amplios poderes a las agencias reguladoras, que no solamente diseñan las normas sino que supervisan y controlan su cumplimiento por parte de las empresas reguladas. En otros, como ocurre en Colombia, se ha separado la función reguladora de la de supervisión y control. El Presidente ha delegado las funciones de regulación en las comisiones de los distintos servicios públicos para establecer las normas y la Superintendencia de Servicios Públicos debe hacer seguimiento y controlar la prestación de los servicios de acuerdo con las normas.

5. La gobernabilidad de los organismos de regulación

Ahora bien, la regulación económica es, de cierta manera, una actividad reciente en la historia por lo cual apenas hasta ahora empieza a investigarse la relación entre los procesos de regulación y sus resultados en el desempeño de las diferentes sectores proveedores de servicios públicos en el mundo. Los distintos estudios realizados hasta el momento han permitido determinar seis criterios de gobernabilidad de los organismos de regulación, que son los siguientes[7]:

a). Claridad de funciones y objetivos
b). Autonomía del organismo regulador
c). Participación de los regulados
d). Control y rendición de cuentas
e). Transparencia
f). Capacidad de predicción ("predictability")

Estos seis conceptos (ver Cuadro 1), que se conocen como los criterios de gobernabilidad de Stern and Holder, fueron elaborados recientemente con el propósito de establecer un marco sistemático para la comparación de datos sobre el funcionamiento de los organismos regulatorios entre los diferentes países. En la terminología de Stern los literales a), b) y d) se consideran como criterios de rendición de cuentas "formales" (legales), a tiempo

---

[7] Estos estudios se encuentran citados en Stern John and Cubbin John, *Regulatory Effectiveness: The Impact of Regulation and Regulatory Governance Arrangements on Electricity Industry Outcomes: A Review Paper*, Ibid. pag 11.

Cuadro 1. Los criterios regulatorios de Stern & Holder

Claridad de objetivos y funciones

- ¿Establece la legislación primaria una definición clara de las funciones y los deberes del regulador?
- ¿Si no lo hace, se encuentran las funciones y los derechos consignados en instrumentos legales y/o en otros documentos?
- ¿Es claro, cuándo el regulador tiene una función asesora (por ejemplo, al ministro) más que una función de toma de decisisones?
- ¿Hay algunas funciones para desarrollar de manera conjunta, o algunas que son ambiguas, entre el regulador y los ministerios sectoriales respectivos?
- ¿Establece la legislación, de manera inequívoca, funciones regulatorias definidas y la entidad responsable para desarrollarlas?
- ¿Tiene el regulador responsabilidad de desarrollar actividades comerciales?

Autonomía

- ¿Cúal es la relación entre el organismo regulador y el gobierno (por ejemplo, una división separada de un ministerio, un ente independiente de los ministerios, un cuerpo ¿independiente del gobierno, etc)?
- ¿Cómo se nombran y cómo se renueven los miembros del organismo regulatorio?
- ¿Como se financia el organismo regulatorio? ¿Quién aprueba sus ingresos?
- ¿En qué casos el regulador tiene solamente un papel de asesor en vez de uno papel de toma de decisiones?

Participación

- ¿Involucra formalmente el regulador a las empresas reguladas, a otras empresas, a los consumidores y a otros agentes en:
  - ¿decisiones mayores ?
  - ¿el proceso propuesto para adoptar decisiones mayores?
- ¿Se hacen públicas las respuestas a las consultas (bien sea en forma total o parcial a través de un resumen)?
- ¿Comenta el regulador en público sobre las respuestas del proceso de consulta y de qué manera (si hay alguna) estas respuestas afectaron la decisión final adoptada ?
- ¿Hay alguna otra indicación de sí las respuestas de un proceso de consulta tuvieron influencia o no en una decisión final?
- ¿De qué otra manera los participantes de la industria (incluyendo empresas reguladas y consumidores) se involucran en los procesos de toma de decisiones regulatorias?

Fuente: Stern John and Cubbin John, *Regulatory Effectiveness: The Impact of Regulation and Regulatory Governance Arrangements on Electricity Industry Outcomes : A Review Paper*. Department of Economics, Discussion Paper Series, No 04/01, School of Social Research, City University, London, December 2003.

Cuadro 1. Los criterios regulatorios de Stern & Holder *(Continuación)*

Rendición de cuentas

- ¿Hay mecanismos formales para que las empresas reguladas (y otros participantes) cuestionen las decisiones regulatorias?
- Si los hay, ¿como funcionan? ¿Se han utilizado ?
- ¿Hay un derecho legal para "redress"?
- ¿Comentan las empresas o los otros participantes (o, más aún, desafían) las decisiones a través de canales informales (tales cómo acciones directas frente a los ministros, o acciones a través de los medios de comunicación)?
- ¿Ante quienes o quienes responde el organismo regulador (gobierno, parlamento, tribunales y cortes) ?
- ¿Tiene obligación el regulador de contestar preguntas en el parlamento?
- ¿Puede ser el regulador removido de su cargo por incumplir sus deberes?
- ¿Existe bajo la ley un mecanismo para la evaluación judicial?

Transparencia

- ¿Están los más importantes documentos de regulación al alcance del público interesado?
- ¿Publica el regulador sus más importantes decisiones (o su consejo al gobierno)?
- ¿Publica el regulador sus razonamientos para justificar la adopción de una decisión?
- ¿Si la decisión/y las razones para adoptarla se publican, esta publicación es voluntaria u obligatoria (hay un requerimiento legal para justificar las decisiones)?
- ¿Si la decisión/y las razones para adoptarla no se publican, se le informa a algún o algunos de los participantes (a las empresas reguladas, por ejemplo) de la razón o razones para no haber adoptado dicha decisión?

Capacidad de predicción ("predictability")

- ¿Qué tan fácil es modificar las funciones y los derechos del regulador y qué se requiere para ello?
- ¿Qué tan fácil pueden los más importantes documentos regulatorios (por ejemplo, las licencias, las autorizaciones, los contratos de franquicias, etc) cambiarse y que se requiere para ello?
- ¿Hasta dónde los principios regulatorios (por ejemplo, los procesos para la revisión de las tarifas, la definición del costo de oportunidad del capital o de la tasa de retorno que se le permite obtener a una empresa) deben establecerse formalmente?
- ¿Han mostrado las decisiones del regulador una relativa consistencia en sus orientaciones?
- ¿Se publica un cronograma de eventos regulatorios cada año?
- ¿Hasta que punto los arreglos y los mecanismos regulatorios en un sector forman parte de una aproximación consistente (aplicada, por ejemplo, en otros sectores de infraestructura) y hasta que punto son *ad-hoc* (diferentes en su arreglo institucional del resto de los sectores de infraestructura en el país)?

Fuente: Stern John and Cubbin John, *Regulatory Effectiveness: The Impact of Regulation and Regulatory Governance Arrangements on Electricity Industry Outcomes : A Review Paper*. Department of Economics, Discussion Paper Series, No 04/01, School of Social Research, City University, London, December 2003.

que los numerales c), e) y f) son medidas de rendición de cuentas de carácter "informal" (relacionados con el funcionamiento en la práctica de las prácticas y los procesos regulatorios).

El primero de estos criterios es fundamental; la claridad en los objetivos del organismo, la consistencia con los objetivos globales de la regulación y la coherencia entre los objetivos y las atribuciones del organismo regulador, así como su capacidad de gestión efectiva para ejercer tales atribuciones. De ahí la necesidad de contar con recursos humanos calificados y con sistemas de incentivos acordes con las funciones desempeñadas. De particular relevancia resulta la capacidad de liderazgo de las máximas autoridades de la institución. Es evidente que igualmente se requiere disponer de infraestructura, recursos financieros y sistemas modernos de administración que permitan una operación ágil y oportuna del organismo regulador.

Por otra parte, se requieren mecanismos externos de control, incluyendo información pública sobre la gestión reguladora . Asimismo se debe contar con sistemas de información adecuados que permitan conocer las preocupaciones de los agentes afectados por la regulación (por ejemplo, audiencias públicas), establecer una comunicación fluida con otras agencias estatales y preservar la memoria institucional. Finalmente, se requiere disponer de mecanismos de apelación a las decisiones de las autoridades reguladoras e instancias que resuelvan los conflictos que se presentan entre éstas y los agentes regulados.

6. Política sectorial y regulación

Cabe, por último, un comentario sobre la discusión que se ha suscitado en Colombia con respecto a la frontera entre la política sectorial, formulada por el gobierno a través de sus diferentes instancias, y la regulación, emanada de las comisiones de regulación. Una frontera que no está totalmente definida y que es objeto de la interpretación por parte de quienes formulan las políticas sectoriales y de quienes tienen bajo su responsabilidad la regulación.

Es evidente que la responsabilidad de los gobiernos, a través de sus diferentes instancias, es la formulación de las políticas sectoriales. En algunos casos la política se implanta mediante la propuesta de proyectos de ley ante el Congreso; en otros simplemente a través de decisiones del Presidente de la República y sus ministros, bien sea de manera individual o colegia-

da. La regulación, por su parte, debe asegurar las decisiones que se adoptan en su ámbito de acción sean consistentes con las políticas vigentes y el mandato que la originó. En último término, ella debe promover la viabilidad futura de la prestación de los servicios públicos, lo cual implica, entre otras cosas, poner freno a los comportamientos oportunistas del gobierno, como se mencionó antes.

A la hora de la verdad, sin embargo, la distinción entre la "formulación de políticas", por un lado, y la "regulación" podría conducir a extremos viciosos o dicotomías falsas, si se tiene en cuenta, como lo sostiene Brown, que ambos, quienes trazan las políticas y quienes regulan, terminan formulando "políticas"[8]. Para Brown, "la distinción se encuentra en que quienes diseñan las políticas definen los fundamentales y los parámetros dentro de los cuales esas políticas se delegan a los reguladores", a tiempo que estos últimos tienen bajo su responsabilidad el diseño en detalle requerido para llevar esas políticas a su implantación en la práctica. Por esta razón el mismo Brown considera que es más útil pensar en términos de "macro-política" y de "micro-política" en lugar de "formulación de políticas" versus "regulación"[9].

Un elemento que debe tenerse en cuenta es que la política -la "macro-política" en términos de Brown- proviene del poder legislativo y del ejecutivo, y que la política fundamental debe estar contenida en la ley. La pregunta, entonces, es quien está mejor capacitado para definir los detalles y hacerlo de manera independiente -para hacer la "micro-política, también en términos de Brown- siguiendo un conjunto de procedimientos de manera transparente. La respuesta es que es más idóneo para tal fin un organismo regulador (que actúa por delegación de la autoridad), que una dependencia del ejecutivo, sujeta a presiones internas del mismo gobierno o a las externas de

---

[8] Brown Ashley C., *Regulators, Policy Makers, and The Making of Policy : What Does What and When do They Do It?*, mimeo, May 2002. *Ibid*, Pag 1.

[9] Para considerar estas distinciones, Brown establece siete criterios básicos: i) Qué la política básica y "macro" debe ser formulada por el gobierno; ii) Qué la política gubernamental debe formularse y modificarse sobre la base de consideraciones futuras; iii) Qué los reguladores deben seguir y poner en práctica las políticas articuladas por el gobierno; iv)Qué los reguladores son criaturas del Estado y no necesariamente del gobierno; v) Qué la existencia de vacíos en las políticas es inherente a estos procesos; vi) Qué algunos temas de política requieren conocimiento y experiencia técnica para ser resueltos; vii) Qué las decisiones de regulación y de política deben estar sujetas a instancias de apelación.

los políticos[10]. De otra parte, a los reguladores corresponde decidir sobre casos individuales así como aclarar aspectos particulares o específicos de las políticas en el ámbito de sus funciones, que no lo hayan sido por quienes las formularon en una primera instancia.

En este contexto, resulta de particular importancia la forma en la cual el mismo poder ejecutivo comunica a las instancias de regulación el contenido de las políticas sectoriales así como la coordinación entre el ejecutivo y el regulador. También resulta crucial la actuación del regulador sobre la base de procedimientos predeterminados, con base en consultas con los agentes y en forma absolutamente transparente.

7. La regulación sectorial y la promoción de la competencia: conceptos relevantes

Un tema de especial relevancia es la relación entre la regulación sectorial y la promoción y defensa de la competencia y las posibles inconsistencias que puedan presentarse entre la una y la otra. En esta sección se discute esa relación; el tratamiento se hace desde el punto de vista de la teoría económica y de la experiencia internacional reciente en el tema.

En una situación en la cual se presentan las condiciones para competencia perfecta, no sería necesario pensar ni en la regulación, ni en la promoción y defensa de la competencia. Las mismas fuerzas del mercado serían suficientes para lograr todo aquello que se busca con la regulación, y para tener un nivel adecuado de competencia. En presencia de fallas de mercado, sin embargo, es necesario tener una respuesta que conduzca a que los agentes se comporten en una forma socialmente adecuada.

Cual es esa respuesta dependerá de las fallas de mercado que se presenten, de que tan extendidas son estas y del nivel de competencia que las mismas permiten.

En un extremo se encuentra la condición de monopolio natural, inducido por las características de la tecnología y del tamaño del mercado, que hacen que lo óptimo socialmente sea la existencia de una sola empresa que

---

[10] Para Brown, "mientras la formulación de políticas es un proceso inherentemente político, el proceso regulatorio debe estar libre de injerencias políticas debido a que usualmente envuelve la consideración de intereses particulares de agentes específicos y la realización de juicios técnicos relacionados con la aplicación de una política global en unas circunstancias dadas". *Ibid.* pag 10.

opere en ese mercado[11]. En este caso no hay mucho margen para política, ni para autoridades de promoción de la competencia. Es el campo clásico de la regulación, que pretende por distintos métodos lograr lo mejor posible socialmente, dada la condición de monopolio natural. Recientemente se han utilizado técnicas de introducción de competencia -las mas importantes serían las de competencia "por el mercado"- subastando, por ejemplo, el derecho a operar el monopolio, o de competencia indirecta con empresas productoras del mismo bien o servicio, que operan en mercados geográficamente diferenciados, basando la remuneración de cada empresa en su comportamiento relativo frente a las otras ("yardstick competition").

En el otro extremo está la situación de competencia perfecta, que no requiere de regulación ni de promoción de la competencia, pero que exige una supervisión sobre el mercado para evitar que se presente una disminución de la competencia por acuerdos entre los diferentes competidores.

Situación muy diferente se presenta en el caso de lo que podría llamarse situación de "oligopolios naturales". En este caso caben varias empresas en el mercado, de modo que no se tiene la situación de monopolio natural ; pero no existe un número suficiente de empresas como para que exista un mercado plenamente competitivo.

Esta situación podría tratarse por medio de la regulación, de la política de competencia o de una mezcla de ambas. Puede darse el caso de que medidas usuales por parte de la autoridad de regulación sean usualmente prohibidas o vigiladas por la autoridad de competencia. Por ejemplo, es común que las autoridades regulatorias coloquen barreras a la entrada en un mercado -por medio de licencias, o de requisitos mínimos de operación- o que permitan, o impongan, discriminación de precios para los consumidores, o que repartan geográficamente el mercado. Todas estas situaciones serían sospechosas para la autoridad de competencia.

Los cambios en la tecnología y en el tamaño de los mercados han hecho que varios servicios que tradicionalmente se consideraban sujetos de regulación, por operar en condición de monopolios naturales, hayan cambiado sus condiciones y permitan un nivel grande de competencia. Como ejem-

---

[11] Ver por ejemplo Spulber, D. *Regulations and Markets*. MIT Press, 1989 o Holmstrom, B.R. and J. Tirole *The Theory of the Firm*, cap 2 en Scmalensee, R. and R. Willig *Handbook of Industrial Organization* North Holland 1989.

plos importantes, sin ser los únicos, pueden mencionarse los mercados al por mayor de energía eléctrica y los mercados de llamadas a larga distancia.

Esto ha hecho que en muchos países del mundo, incluyendo Colombia, estos mercados estén moviéndose de una situación en que el instrumento básico es la regulación a uno en el cual ese instrumento es la promoción de la competencia[12]. Los dos instrumentos tiene varios aspectos en común y difieren en muchos otros[13].

En último término el propósito de los dos es lograr un funcionamiento mas eficiente de la economía, buscando que los costos privados se aproximen a los sociales y disminuyendo las rentas de los productores, pero permitiendo que obtengan una remuneración adecuada para que sea atractiva su participación en el mercado. Gran parte de los problemas básicos son los mismos: asimetría en la información sobre costos y demandas, posibilidad de captura por grupos de interés, complejidad de los procedimientos y control sobre los mismos.

Hay también diferencias importantes entre las actuaciones de los reguladores y las de las autoridades de competencia. Los reguladores tienen más poder de control que las agencias de competencia. La política de competencia evalúa la legalidad de las conductas de las empresas mientras las agencias regulatorias intervienen con una regulación detallada de numerosos aspectos: precios al por mayor y al detal, inversiones, restricciones de muy diversos tipos. Las decisiones de las agencias de competencia son, en general, *ex post* mientras las decisiones regulatorias son *ex ante*. Las autoridades de competencia tienen requisitos mayores de consistencia, entre sectores y en el tiempo, impuestos tanto por las leyes como por la jurisprudencia de la autoridad de competencia y de los tribunales.

En general, las autoridades regulatorias cuentan con un mayor conocimiento técnico y de los mercados específicos que las autoridades de competencia, por ser la regulación específica a un sector y la promoción de competencia general para todos los sectores de la economía.

Aún cuando internacionalmente muchas agencias regulatorias son, en principio, independientes del poder político, probablemente lo son menos

---

[12] Ver por ejemplo Laffont, J.J and J. Tirole *Competition in Telecommunications*. MITPress 2001 o Laffont, J.J. *Incentives and Political Economy*. Oxford University Press 2001.

[13] Lo que sigue está basado en la discusión de Laffont y Tirole en el libro citado, Parte VII, Sección 2.3.

que las agencias de competencia y que los tribunales, que son aquellos que, en últimas, deciden los casos de competencia.

Todos los análisis teóricos y la experiencia colombiana e internacional, señalan, entonces, la importancia creciente que va a tener en el futuro, en el campo de los servicios públicos, la promoción de competencia, conjuntamente con la regulación, y, en algunos casos, en lugar de esta última.

CAPÍTULO DOS

El marco jurídico para la regulación, la supervisión y el control de los servicios públicos en Colombia

1. Responsabilidad de la prestación del servicio público

La Constitución Política de Colombia establece en el primer inciso del artículo 365 que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional[14].

Que los servicios públicos sean inherentes a la función social del Estado, le impone a éste, en su condición de Estado social de derecho, la obligación de aproximar los servicios públicos a sus habitantes, con el objeto de procurarles un modo de vida acorde con las condiciones propias de la dignidad humana[15].

Si bien es cierto que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado en forma directa, o por los particulares, también lo es que la responsabilidad de la prestación del servicio siempre está en cabeza del Estado. Lo anterior implica que el Estado mantiene dicha responsabilidad con independencia de quien sea el agente que preste el respectivo servicio. Y la responsabilidad del Estado no se limita exclusivamente a la prestación de los servicios públicos, sino que es su deber asegurar que la prestación de los mismos de desarrolle en forma eficiente.

---

14 El artículo 365 establece: "ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional".

15 En relación con lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T-540 de 1992,con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz estableció: "El contenido filosófico-político de la noción de servicio público trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona. Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales." (Se subraya).

En este mismo sentido se pronuncia la Ley 143, que establece que, en relación con el servicio público domiciliario de electricidad, el Estado tendrá como objetivos en el cumplimiento de sus funciones, los siguientes: i) abastecer la demanda de electricidad, y ii) asegurar una operación eficiente, segura y confiable en las actividades del sector.

En este orden de ideas, la responsabilidad por la prestación del servicio en forma eficiente siempre está en cabeza del Estado, razón por la cual éste tiene, en todo momento, la posibilidad de intervenir en el mismo.

Lo anterior es ratificado por el segundo inciso del artículo 365 de la Constitución Política, conforme con el cual, el Estado, en todo caso, mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios[16].

2. Intervención del Estado en la economía

El artículo 334 de la Constitución Política establece que la dirección general de la economía está a cargo del Estado, y que éste intervendrá por mandato de la ley en los servicios públicos y privados[17]. De lo dispuesto en este artículo resulta pertinente destacar que la intervención en los servicios públicos se ejerce por mandato de la ley.

Por su parte el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución Política establece que corresponde al Congreso de la República expedir las leyes de intervención económica de que trata el artículo 334 de la Carta Política[18].

---

[16] Dicho enciso señala: "Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita". (Se subraya).

[17] Dicho artículo dispone: "ARTÍCULO 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones". (Se subraya).

La intervención del Estado en la economía, y para el caso que nos ocupa, en los servicios públicos, se debe efectuar con fundamento en leyes de intervención económica, las cuales se caracterizan porque contener límites a la libertad de los particulares. Si bien es cierto que la Constitución Política en su artículo 333 establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, también lo es que dicha libertad está sujeta a los límites propios del bien común, límites que en materia de los servicios públicos corresponde establecer a las leyes de intervención que para el efecto expida el Congreso de la República. En efecto, las leyes de intervención, en los términos del numeral 21 del artículo 150 de la Constitución, deben ser precisas en cuanto a los fines y alcances de los límites a la libertad económica, con el objeto de que los particulares tengan certeza y seguridad jurídica de las actividades que pueden desarrollar.

3. Las Leyes 142 y 143 de 1994

Teniendo en cuenta que la intervención del Estado en los servicios públicos se debe efectuar por mandato de la ley, el Congreso de la República en ejercicio de la función prevista en el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución, expidió las Leyes 142 y 143; en la primera estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, y en la Ley 143 señaló el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional.

Ambas leyes son leyes de intervención económica, y como tales establecen precisos límites a la actividad de los particulares, toda vez que la forma en que se desarrolle la prestación de tales servicios influye en la forma en que se produce el mejoramiento de la calidad de vida de los particulares.

4. La regulación como instrumento de la intervención estatal

Teniendo en cuenta la dinámica que es propia a la prestación de los servicios públicos, la intervención del Estado en los mismos debe concretarse a

---

[18] Dicho artículo establece: "ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica." (Se subraya).

través de instrumentos ágiles que puedan adaptarse a las características que son propias al desarrollo de la prestación de cada servicio público, a fin de que puedan concretarse los fines de la intervención.

El artículo 3 de la Ley 142 de 1994 determina cuales son los instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos ; se destaca el establecido en el numeral 3.3 de dicha ley, que se refiere a la regulación de los servicios públicos[19].

La regulación y el control y vigilancia son algunos de los instrumentos por medio de los cuales interviene el Estado en los servicios públicos. A través de ellos debe lograr los fines para los cuales la ley determina el alcance de la intervención, fines que están contenidos en el artículo 2 de la Ley 142 de 1994.

Teniendo en cuenta el alcance de tales instrumentos, es del caso determinar la forma en que la misma ley establece que debe adoptarse la regulación en los servicios públicos.

4.1. Competencia para expedir la regulación

El artículo 370 de la Constitución Política establece que corresponde al Presidente de la República establecer, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de los servicios públicos[20]. A su turno la Corte Constitucional en Sentencia 444 del 26 de agosto de 1998, con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara, estableció que la facultad prevista en el artículo 370 de la Constitución Política cabe dentro del ámbito de competencia del Presidente, en su calidad de suprema autoridad administrativa. Por tanto, el Presidente puede ejercerla en forma autónoma sin compartirla con el legislador, pero dentro de la órbita que éste le fije.

---

[19] Dicho numeral establece: "ARTÍCULO 3o. Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta Ley, especialmente las relativas a las siguientes materias: (...) 3.3. Regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario 3.4. Control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia.

[20] Dicho artículo establece: "Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domicilios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten".

Así las cosas, la competencia para expedir la regulación de los servicios públicos corresponde al Presidente de la República. No obstante, dicha facultad puede ser delegada, pero sólo en las personas o agencias estatales a las que se refiere el artículo 211 de la Constitución Política y sólo cuando la ley lo haya facultado para ello[21].

4.2. Delegación de la facultad de regulación

El artículo 68 de la Ley 142 de 1994, establece que el señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos están en cabeza del Presidente de la República[22]. Dicho artículo consagra: conforme con el anterior artículo, la facultad de regulación puede ejercerla el Presidente de la República bien sea en forma directa, o bien a través de las comisiones de regulación en el evento en que éste decida delegar tal facultad.

El Presidente de la República por medio de los decretos 1524 y 2253 de 1994 delegó en las Comisiones de Regulación las funciones presidenciales a las que se refiere el artículo 68 y las disposiciones concordantes de la Ley 142, lo que implica que la función regulatoria es ejercida por el Presidente a través de dichas comisiones.

4.3. Función general de las Comisiones de Regulación

El artículo 73 de la Ley 142 establece la función general que deberán desempeñar las comisiones de regulación, y para el efecto señala que ésta consiste en regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes prestan servicios públicos[23].

---

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

22 Este artículo consagra: "el Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta ley por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarla en los términos de esta ley." (Se subraya).

El objeto de la función regulatoria a cargo de las comisiones de regulación está determinado en el anterior artículo, y consiste en que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante y produzcan servicios de calidad.

Tanto la Ley 142 como la Ley 143, para el caso de la CREG, señalan como una de las funciones de las comisiones la relativa a determinar las condiciones para la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia.

En este aspecto debe recordarse que uno de los fines que persigue la intervención del Estado en los servicios públicos, y que debe lograr a través de la regulación, mediante los instrumentos de dicha intervención, consiste en la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante[24].

La anterior función está estrechamente relacionada con la que le asigna el artículo 73.20 de la Ley 142 a las comisiones de regulación, en el sentido de determinar, de acuerdo con la ley, cuando se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a libre fijación de tarifas.

No obstante debe precisarse que dicha libertad de competencia no es absoluta, toda vez que la misma está sujeta a la prevalencia de los intereses colectivos, los cuales son evidentes cuando se trata de actividades relacionadas con la prestación de servicios públicos[25].

---

[23] Dicho artículo dispone: "ARTÍCULO 73. Funciones y facultades generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrá las siguientes funciones y facultades especiales (...)".

[24] ARTÍCULO 2.6 de la Ley 142.

[25] En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia No. C-398 de septiembre 7 de 1995 con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández, al señalar: "Es verdad que la Constitución establece la libre competencia como principio, que ella plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que la libertad económica está garantizada y que la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si éstas surgen merced al predominio del productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular. Pero insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (art. 1), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (C.N:, arts. 333. 334 y 335) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado".

En este orden de ideas, si bien las Comisiones de Regulación tienen la facultad, en desarrollo de su función de regulación, de llevar los mercados de los servicios públicos a esquemas de libre competencia, se debe considerar que dichas libertades estarán sujetas, en todo caso, a los precisos límites que establezcan las leyes de intervención en los servicios públicos y a los parámetros que se fijen a través de los instrumentos de intervención señalados por el legislador.

4.4. Naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación

Conforme con lo establecido por el artículo 69 de la Ley 142 de 1994, las Comisiones de Regulación son unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial y adscritas al respectivo Ministerio. Este artículo dispone: "Artículo 69. Oganización y Naturaleza. Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes comisiones de regulación: 69.1. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico. 69.2. Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía. 69.3. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones. Parágrafo. Cada comisión será competente para regular el servicio público respectivo."

Sobre la naturaleza de las Comisiones de Regulación la Corte Constitucional por medio de sentencia C-1162 de 2000 con ponencia del magistrado doctor José Gregorio Hernández Galindo, manifestó: "Las comisiones resultan ser tan sólo órganos especializados de carácter técnico encargados de contemplar en la órbita puramente administrativa, con arreglo a la ley y a los reglamentos y previa delegación del Presidente, las pautas orientadas a intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquellos y defender los derechos de los usuarios".

A su turno, las unidades administrativas especiales están definidas en el artículo 67 de la Ley 489 de 1998[26]. Esta ley consagra una norma especial cuando se trata de las Comisiones de Regulación; en efecto, su artículo 48 dispone: "Artículo 48. Comisiones de Regulación. Las comisiones que cree la ley para la regulación de los servicios públicos domiciliarios mediante asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presi-

dente de la República, para promover y garantizar la competencia entre quienes los presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación."

Por lo tanto, como quiera que existe norma especial respecto a la estructura de las Comisiones de Regulación, su régimen es el previsto en la ley 142 de 1994 para la CRT y para la CRA y, en la Ley 143 de 1994 para la CREG.

4.5. Composición

El artículo 70 de la ley 142 de 1994 establece la estructura orgánica de las Comisiones de Regulación en los siguientes términos:

70.1. Comisión de Regulación:
a) Comité de Expertos Comisionados

70.2. Coordinación General:
a) Coordinación Ejecutiva
b) Coordinación Administrativa

70.3. Áreas Ejecutoras:
a) Oficina de Regulación y Políticas de Competencia
b) Oficina Técnica
c) Oficina Jurídica

Frente a esta estructura, llama la atención que la Ley no estableció funciones a cada una de las dependencias que la integran; solamente se concentró en determinar la referida estructura. Por otra parte, el artículo 70 de la Ley 142 de 1994 estableció la forma en que el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades permanentes, podría efectuar modificaciones a dicha estructura, en los siguientes términos:

"Artículo 70. Estructura orgánica de las comisiones de regulación. Para el cumplimiento de las funciones que les asigna esta Ley, en el evento de la

---

[26] ARTÍCULO 67. Organización y Funcionamiento de Unidades Administrativas Especiales. Las Unidades Administrativas Especiales son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquélla les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo.

delegación presidencial, las comisiones de regulación tendrán la siguiente estructura orgánica, que el Presidente de la República modificará, cuando sea preciso, previo concepto de la comisión respectiva dentro de las reglas del artículo 105 de esta Ley." (Se subraya)

De igual forma, el artículo 71 de la ley 142 de 1994, en la forma en que fue modificado por el artículo 2º de la Ley 373 de 1997 establece que las respectivas Comisiones de Regulación están integradas así[27]:

- por cuatro (4) expertos de dedicación exclusiva;
- por el Ministro sectorial, quien la presidirá;
- por el Director del Departamento Nacional de Planeación;
- tratándose de la CRA por el Ministro del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y por el Ministro de Protección Social;
- en el caso de la CREG, por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, y
- el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios quien asiste con voz pero sin voto.

Tratándose de la CREG, se debe tener en cuenta que el artículo 21 de la Ley 143 de 1994 estableció que a ella pertenecen cinco (5) expertos de dedicación exclusiva, de manera que es la única Comisión de Regulación que cuenta con un mayor número de expertos.

---

[27] El citado artículo 71 de ley 142 de 1994 dispone: "ARTÍCULO 71. Las comisiones de regulación estarán integradas por: 71.1. El Ministro respectivo o su delegado, quien la presidirá; 71.2. Cuatro expertos comisionados de dedicación exclusiva, designados por el Presidente de la República para períodos de tres años, reelegibles y no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa. Uno de ellos en forma rotatoria ejercerá las funciones de Coordinador de acuerdo con el reglamento interno. Al repartir internamente el trabajo entre ellos se procurará que todos tengan la oportunidad de prestar sus servicios respecto de las diversas clases de asuntos que son competencia de la Comisión. En todo caso, uno de los expertos deberá demostrar conocimientos en materias ambientales; 71.3. El Director del Departamento Nacional de Planeación. A las comisiones asistirá, únicamente con voz, el Superintendente de Servicios Públicos o su delegado. PARÁGRAFO 1°. A la Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento Básico pertenecerán los Ministros de Salud y Medio Ambiente. A la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible pertenecerá el Ministro de Hacienda y Crédito Público. Los Ministros solo podrán delegar su asistencia en los viceministros y el director del Departamento Nacional de Planeación en el Subdirector. PARÁGRAFO 2°. Al vencimiento del período de los expertos que se nombren, el Presidente no podrá reemplazar sino uno de ellos. Se entenderá prorrogado por dos años más el período de quienes no sean reemplazados.

4.6. Requisitos para ser experto

La Ley 142 de 1994 no estableció requisitos para que una persona pueda tener la calidad de experto de las Comisiones de Regulación, razón por la cual las mismas se encuentran contenidas en sus estatutos y manuales de funcionamiento, tal y como se relacionan a continuación para el caso de la CRA y de la CRT:

Comsisión de Regulacion de Agua (CRA)

- Título universitario en economía, ingeniería, administración de empresas o derecho.
- Tarjeta profesional en los casos en los que la ley lo exija
- Título de postgrado
- Mínimo tres años de experiencia profesional

Comsisión de Regulacion de Telecomunicaciones (CRT)

- Título universitario en economía, ingeniería, administración de empresas o derecho.
- Tarjeta profesional en los casos en los que la ley lo exija
- Título de postgrado
- Mínimo tres años de experiencia profesional

Comisión de Regulación de Energía y Gas (GREG)

Para el caso de la CREG, el artículo 21 de la ley 143 de 1994 establece los requisitos que deben reunir las personas para ser expertos de esa comisión, y ellos son:

- Ser colombiano y ciudadano en ejercicio.
- Tener título universitario en ingeniería, economía, administración de empresas, o similares, y estudios de postgrado, y
- Contar con una reconocida preparación y experiencia técnica preferiblemente en el área energética, y haber desempeñado cargos de responsabilidad en entidades públicas o privadas del sector minero-energético, nacional o internacional, por un período superior a seis (6) años; o haberse desempeñado como consultor o asesor por un período igual."

5. El Control, inspección y vigilancia como instrumento de la intervención estatal

De igual forma, el artículo 3 de la Ley 142 de 1994 determina que el control y vigilancia es también uno de los instrumentos de la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios[28].

En efecto, dentro del marco constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios le corresponde al Presidente de la República ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y en especial, del Superintendente y sus Delegados, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

En la Constitución de 1991 se creó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y mediante la Ley 142 de 1994, se reglamentaron sus funciones. En la Ley 142 de 1994 se establece que la Superintendencia es un organismo técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial.

La representación legal de la Superintendencia corresponde al Superintendente, quien desempeñará sus funciones específicas de control y vigilancia con independencia de las Comisiones de Regulación y con la colaboración de los Superintendentes Delegados, quienes al igual que el Superintendente serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

5.1. Estructura orgánica de la Superintendencia de Servicios Públicos

El artículo 78 de la Ley 142 de 1994 establece la estructura orgánica de la Superintendencia; la cual fue desarrollada mediante el Decreto 990 de 2002, en el artículo 6, quedando, en términos generales de la siguiente manera:

Despacho del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios

- Oficina de Informática
- Oficina de Control Interno

---

[28] El numeral 3.4.del citado artículo dispone: "ARTÍCULO 3o. Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta Ley, especialmente las relativas a las siguientes materias: (...) 3.4. Control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia."

- Oficina de Control Disciplinario Interno
- Oficina Asesora de Jurídica
- Oficina Asesora de Planeación

Despacho del Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo

- Despacho del Superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible
- Despacho del Superintendente Delegado para Telecomunicaciones
- Dirección de Entidades Intervenidas y en Liquidación
- Dirección General Territorial
- Secretaría General
- Dirección Administrativa
- Dirección Financiera
- Órganos de Asesoría y Coordinación

5.2. El Superintendente

Conforme con el artículo 77 de la ley 142 de 1994, la dirección y representación legal de la Superintendencia corresponde al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliario, el cual es de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República.

Los requisitos que debe reunir una persona para ser Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios son los siguientes:

Educación

Título de formación universitaria o profesional en Derecho, Economía, Administración Pública, Administración de Empresas, Ingeniería Industrial o Ingeniería Civil y título de formación avanzada o de postgrado en área relacionada con las funciones del cargo. Tarjeta o matrícula profesional en los casos reglamentados por la Ley.

Experiencia: dos (2) años de experiencia profesional

En el numeral siguiente del presente documento, se hace referencia a la fuente de los recursos de la superintendencia y de las Comisiones de Regulación, y la forma en que pueden manejar los mismos.

6. Fuente y manejo de los recursos

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las Comisiones de Regulación están sometida a las normas orgánicas del presupuesto general de la Nación, y a los límites anuales de crecimiento de gastos que señale el Consejo de Política Económica y Social.

Con el objeto de recuperar los costos del servicio de control y vigilancia que preste la Superintendencia y las Comisiones, las entidades sometidas a la regulación y al control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año conforme a las reglas establecidas para ello en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

La tarifa máxima de cada contribución no podrá ser superior al 1% del valor de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia y de las Comisiones, cada una de las cuales e independientemente y con base en su estudio fijarán la tarifa correspondiente.

Si se presentan excedentes, éstos debían ser reembolsados a los contribuyentes, o abonados a las contribuciones del siguiente período, o transferirlos a la Nación, si las otras medidas no fueran posibles. No obstante, el artículo 132 de la Ley del Plan de Desarrollo autorizó a la Superintendencia para crear un fondo de apoyo empresarial para fortalecer las liquidaciones de las empresas de servicios públicos, Fondo al cual ingresarán los excedentes de las contribuciones de las Comisiones de Regulación y de la propia Superintendencia. En efecto, el segundo inciso del citado artículo dispone:

"A este fondo ingresarán los recursos excedentes de que trata el numeral 85.3 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, tal como queda modificado mediante el parágrafo de la presente disposición y contará con un comité fiduciario en el cual participará, un representante de las Empresas de Servicios Públicos Privadas, uno de las Empresas de Servicios Públicos Oficiales y Mixtas y el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios; el ordenador de los gastos será el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios." (Se subraya)

Una vez en firme, las liquidaciones deberán ser canceladas dentro del mes siguiente. Se aplicará el mismo régimen de sanción por mora aplicable al impuesto sobre la renta y complementarios, sin perjuicio de las demás sanciones de que trata la Ley 142 de 1994.

La Superintendencia, al igual que las Comisiones, se financiarán exclusivamente con las contribuciones antes descritas y con la venta de sus publicaciones. El Gobierno incluirá en el presupuesto de la Nación apropiaciones suficientes para el funcionamiento de las comisiones y de la Superintendencia durante los 2 primeros años.

Tal y como se estableció, la Superintendencia, a diferencia de las Comisiones de Regulación, tiene personería jurídica, lo cual se traduce en que ella directamente puede administrar y disponer de los recursos que conforman su patrimonio.

Por su parte, la Ley 142 de 1994 en su artículo 72 estableció un mecanismo para que las Comisiones de Regulación administren sus recursos, para lo cual deben celebrar un contrato de fiducia para que a través de este instrumento se manejen los recursos provenientes de las contribuciones de las entidades sometidas a la regulación de las comisiones y los que recauden de las ventas de sus publicaciones y con sujeción al Código de Comercio.

7. Cuadro comparativo de las Comisiones de Regulación

Para efectos de ilustrar el funcionamiento, composición y estructura de cada una de las Comisiones de Regulación, a continuación se presenta un cuadro comparativo de las mismas, donde se ilustran los principales aspectos (Cuadro 1).

8. El carácter administrativo de las decisiones de las Comisiones

Aclarado que las comisiones reguladoras de servicios públicos son entidades administrativas especiales, creadas por la ley para regular la prestación de dichos servicios, y que sus decisiones son obligatorias para los prestadores, es oportuno mencionar el tipo de recursos que caben contra dichas decisiones.

8.1. Acto administrativo

Las decisiones de las comisiones de regulación son, a la luz del derecho público colombiano, actos administrativos por tratarse de "manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos"[29].

Cuadro 1. Comparativo de las Comisiones de Regulación

Estatutos y reglamenta interno	CRA Decreto 1905 de 2000	CRT Decreto 1130 de 1999	CREG Decreto 2461 de 1999
Perfil requerido para ser comisionado	❒ Título universitario en economía, ingeniería, administración de empresas o derecho. ❒ Tarjeta profesional en los casos en los que la ley lo exija ❒ Título de postgrado ❒ Mínimo tres años de experiencia profesional[1]	❒ Título universitario en economía, ingeniería, administración de empresas o derecho. ❒ Tarjeta profesional en los casos en los que la ley lo exijaTítulo de post-grado ❒ Mínimo tres años de experiencia profesional	❒ Colombiano y ciudadano en ejercicio[2] ❒ Título universitario en ingeniería, economía, administración de empresas o similares ❒ Estudios de postgradoReconocida experiencia técnica preferiblemente en el área energética ❒ Haber desempeñado cargos de responsabilidad en entidades públicas o privadas del sector Minero-energético, nacional o internacional por más de seis (6) años, o haber sido asesor o consultor por más de seis años.
Inhabilidades e incompatibilidades	No podrán participar en la administración de la Comisión, ni contribuir con su voto en forma directa o indirecta a la adopción de sus decisiones: ❒ Las personas prestadoras del servicio público ❒ Sus representantes legales ❒ Los miembros de sus juntas directivas ❒ Las personas naturales que posean acciones en ellas, y quienes posean más del diez (10%) por ciento del capital de sociedades que tengan vinculación económica con las personas prestadoras de servicios públicos ❒ No podrán prestar servicios a la Comisión, ninguna persona que haya sido administrador o empleado de una persona prestadora de servicios públicos domiciliarios del ramo antes de transcurrir un año de terminada su relación con las citadas personas prestadoras, ni los cónyuges o compañeros permanentes de tales personas, ni sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Esta misma inhabilidad se predica de los empleados de la Comisión, sus cónyuges o parientes en los mismos grados, respecto de empleos en las personas prestadoras del servicio público domiciliario respectivo		

[1] Tomado del manual de funciones de la CRA.
[2] Ley 143 de 1994, artículo 21,

Cuadro 1. Comparativo de las Comisiones de Regulación *(Continuación)*

Estatutos y reglamenta interno	CRA Decreto 1905 de 2000	CRT Decreto 1130 de 1999	CREG Decreto 2461 de 1999
Número de Comisionados	Cuatro son nombrados por el Presidente de la República. Son elegidos por cuatro años. Son de dedicación exclusiva. No sujetos a disposiciones de la carrera administrativa.	Cuatro son nombrados por el Presidente de la República. Son elegidos por cuatro años. Son de dedicación exclusiva. No sujetos a disposiciones de la carrera administrativa.	Cuatro son nombrados por el Presidente de la República. Son elegidos por cuatro años. Son de dedicación exclusiva. No sujetos a disposiciones de la carrera administrativa.
Ministros	Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - preside la CRA Ministro de Protección Social.	Ministro de Comunicaciones.	Ministro de Minas y Energía - preside la CREG GMinistro de Hacienda y Crédito Público.
DNP	El Director asiste con voz y voto.	El Director asiste con voz y voto.	El Director asiste con voz y voto.
Superintendencia de Servicios de Servicios Público	El Superintendente de Servicios Públicos asiste con voz pero sin voto a las reuniones de las Comisiones.	El Superintendente de Servicios Públicos asiste con voz pero sin voto a las reuniones de las Comisiones .	El Superintendente de Servicios Públicos asiste con voz pero sin voto a las reuniones de las Comisiones .
Director Ejecutivo	El director ejecutivo es nombrado por la Comisión de manera rotativa para periodos anuales.	Es el jefe de la Unidad Administrativa Especial. Es elegido en forma rotativa entre los expertos comisionados por un periodo de 16 meses.	El comité de expertos propone un candidato ante la CREG. Se decide por mayoría simple. Es un cargo rotativo.
Quorum	Decisorio y deliberatorio: cinco integrantes entre los que se encuentre el de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.	Decisorio y deliberatorio: tres integrantes entre los que debe estar el Ministro de Comunicaciones.	Decisorio y deliberatorio: seis integrantes.
Toma de decisiones	Mayoría simple de los asistentes. Si una decisión no se toma por unanimidad, quien haya votado en contra podrá presentar un documento que justifique o aclare su voto ante el Director Ejecutivo, a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la sesión de la Comisión, caso en el cual el texto se incluirá en el acta respectiva.	Mayoría simple de los asistentes.	Mayoría simple de los asistentes. Se requiere voto favorable de un ministro o del DNP. Si una decisión no se toma por unanimidad, se puede salvar el voto, pero el salvamento no hace parte de la resolución.
Empates	En caso de empate, se vuelve a discutir y a votar el tema objeto de la decisión en la sesión inmediatamente siguiente. Si el empate subsiste, decide el Presidente de la Comisión.		

Cuadro 1. Comparativo de las Comisiones de Regulación *(Continuación)*

Estatutos y reglamenta interno	CRA Decreto 1905 de 2000	CRT Decreto 1130 de 1999	CREG Decreto 2461 de 1999
Recursos	Reposición únicamente para los actos administrativos de carácter particular. Contra actos administrativos generales no proceden recuros.	Reposición únicamente para los actos administrativos de carácter particular. Contra actos administrativos generales no proceden recursos	Reposición: puede interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.
Remuneración	Definida por el Presidente de la República, con fundamento en la ley 4 de 1992 por ser empleados públicos. Escala salarial fijada en el Decreto 3535 de 2003.	Definida por el Presidente de la República, con fundamento en la ley 4 de 1992 por ser empleados públicos. Escala salarial fijada en el Decreto 3532 de 2003.	Definida por el Presidente de la República, con fundamento en la ley 4 de 1992 por ser empleados públicos. Escala salarial fijada en el Decreto 3535 de 2003.
Presupuesto	Manejo del presupuesto de acuerdo a las normas orgánicas del presupuesto general de la Nación. La Comisión debe presentar anualmente el presupuesto para que sea aprobado por el Gobierno Nacional.	Manejo del presupuesto de acuerdo a las normas orgánicas del presupuesto general de la Nación. La Comisión debe presentar anualmente el presupuesto para que sea aprobado por el Gobierno Nacional.	Manejo del presupuesto de acuerdo a las normas orgánicas del presupuesto general de la Nación. La Comisión debe presentar anualmente el presupuesto para que sea aprobado por el Gobierno Nacional.
Fuentes de ingresos	Las contribuciones especiales que hagan las entidades reguladas, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 85 de la Ley 142 de 1994.[3] {XE "Ley 142 de 1994}. Ingresos provenientes de las publicaciones. Rendimientos producidos por los excedentes de liquidez.	Las contribuciones especiales que hagan las entidades reguladas, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 85 de la Ley 142 de 1994 {XE "Ley 142 de 1994}. Ingresos provenientes de las publicaciones. Rendimientos producidos por los excedentes de liquidez.	Los ingresos de la Comisión provendrán de la contribución especial de regulación de que tratan los artículos 85 de la Ley 142 de 1994 y 22 de la Ley 143 de 1994, y de la venta de sus publicaciones.
Excedentes de las contribuciones	Deberá reembolsarlos a los contribuyentes, o abonarlos a las contribuciones del siguiente período, o transferirlos a la Nación si las otras medidas no fueran posibles.	Deberá reembolsarlos a los contribuyentes, o abonarlos a las contribuciones del siguiente período, o transferirlos a la Nación si las otras medidas no fueran posibles.	Deberá reembolsarlos a los contribuyentes, o abonarlos a las contribuciones del siguiente período, o transferirlos a la Nación si las otras medidas no fueran posibles.

[3] ARTÍCULO 85. Contribuciones especiales. Con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, las entidades sometidas a su regulación, control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones [...] La tarifa máxima de cada contribución no podrá ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia y de las Comisiones, cada una de las cuales e independientemente y con base en su estudio fijarán la tarifa correspondiente.

En el derecho administrativo colombiano, existen unos instrumentos denominados 'controles administrativos correctores o enmendadores del acto administrativo', los cuales dotan a la administración para enmendar sus propios actos. Estos instrumentos se ejercen al interior de la propia administración y son la vía gubernativa y la revocatoria directa.

En vía gubernativa, contra los actos administrativos definitivos proceden los recursos de reposición ante el funcionario que tomo la decisión, para que aclare, modifique o revoque[30]. En segundo lugar, es viable el de apelación para que, el superior jerárquico del funcionario que tomo la decisión en primera instancia, sea quien revise la decisión. Este recurso obviamente supone que debe existir un superior jerárquico al funcionario que tomo la decisión. No procede la apelación contra las decisiones de los Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Superintendentes y Representantes legales de las Entidades Descentralizadas o de las Unidades Administrativas especiales que sean personas jurídicas. En tercer lugar, esta el recurso de queja que se puede ejercer cuando siendo procedente el de apelación, este se rechaza por la administración.

Por otro lado esta la revocatoria directa, consagrada en los artículos 69 y SS del CCA, recurso al cual no se hace referencia porque excede el alcance del presente estudio.

En este sentido, la Ley 142 de 1994 establece que contra las decisiones de las comisiones de regulación procede el recurso de reposición en vía gubernativa:

> "ARTÍCULO 113. Recursos contra las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas. Salvo esta Ley disponga otra cosa, contra las decisiones de los personeros, de los alcaldes, de los gobernadores, de los ministros, del Superintendente de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo cabe el recurso de reposición, que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación. (...)

---

[29] Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis. Sexta edición. Bogotá. 1990. pg 181.

[30] Los actos que ponen fin a la actuación administrativa.

> "ARTÍCULO. 113.2. Pero, cuando haya habido delegación de funciones, por funcionarios distintos al Presidente de la República, contra los actos de los delegados cabrá el recurso de apelación (el subrayado es nuestro)."

En el inciso dos del mismo artículo, en *estricto senso* se consagra la posibilidad de apelar cuando haya existido otro nivel de delegación. En otras palabras, cuando la decisión sea tomada no por el ministro, el superintendente sino por un funcionario de nivel inferior. En caso de que la decisión sea tomada por la comisión, no será jurídicamente viable la apelación[31].

Queda claro, entonces que, en virtud de la Ley de Servicios públicos, el recurso por excelencia que se puede ejercer contra las decisiones de las comisiones de regulación en vía gubernativa, es la reposición.

8.2. Agotamiento vía gubernativa

Una vez surtido el trámite arriba mencionado y agotada la vía gubernativa en los términos 60, 62 y 63 del Código Contencioso Administrativo, se puede recurrir a la jurisdicción contenciosa para que se pronuncie sobre el acto administrativo. En este sentido el articulo 82 del C.C.A. establece:

> "La jurisdicción de lo contencioso administrativa esta instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades publicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado (...)"

El articulo 83 a su vez consagra: "La jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades publicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto."

El derecho administrativo colombiano cuenta, entonces, con autonomía estructural puesto que posee sus propias instituciones y elabora sus pro-

---

[31] De acuerdo con este artículo, y con el 68 de la ley de Servicios Públicos arriba mencionado, en materia de regulación, la delegación del Presidente es directamente a la comisión y no a un funcionario especifico como ocurre cuando delega en un ministro del ramo o en un superintendente.

pios conceptos jurídicos para resolver sus problemas. Es un derecho normativo y regulado que se sustenta en la siguiente afirmación: "a la administración sólo le está permitido aquello para lo cual expresamente ha sido facultada"[32].

Estas precisiones jurídicas son indispensables para el análisis de la posibilidad de crear un mecanismo para que las decisiones de las comisiones de regulación sean revisadas en una instancia adicional a la existente, antes de recurrir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

9. El régimen y la autoridad de competencia

El modelo de gestión de los servicios públicos obedece, en general, a esquemas que abarcan tanto elementos de regulación como de libre empresa, en la medida en la cual el monopolio estatal que rigió durante mucho tiempo ha venido desvaneciéndose y ha dado paso a patrones de libre empresa. Pero esto no significa que la regulación tienda a desaparecer y que los servicios públicos puedan ser gestionados totalmente bajo esquemas de libre mercado.

En la actualidad la orientación y el manejo de los servicios públicos se rige por la convivencia entre los dos regímenes, aunque cada país se sitúa en una combinación diferente entre ambos, algunas veces más del lado de la regulación, otras más hacia la defensa de la libre competencia. Esto depende de factores tanto económicos como técnicos y sociales, entre los cuales se incluyen la cultura empresarial o el énfasis en la defensa de los intereses de los consumidores. Pero, como quiera que la libre competencia genera considerables beneficios económicos y sociales, la regulación se ha orientado, en general, hacia la promoción de la libre competencia. Esto origina conflictos a la hora de ordenar adecuadamente las funciones y las actividades tanto de las actividades regulatorias como las de competencia y el régimen que rige las actividades que suministran servicios públicos.

El principal -pero no único- esquema normativo colombiano en materia de competencia está contenido en el decreto ley 2153 de 1992, que establece un total de 18 posibles supuestos de practicas empresariales anticompetitivas[33]. A pesar de la existencia de este régimen, que constituye el centro

---

[32] Entiéndase por regulado y normativo un derecho que se encuentra contenido en preceptos legales expresos.

neurálgico del derecho de la libre competencia en el país, hay una serie de normas de alcance sectorial[34].

En primer lugar se encuentran aquellas normas relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, contenidas en la ley 142 de 1994. Adicionalmente existen normas de carácter sectorial como, por ejemplo, la ley 143 de 1994 para el sector eléctrico, el decreto-ley 1900 de 1990 sobre servicios de telecomunicaciones, la ley 37 de 1993 sobre telefonía móvil celular y la ley 555 de 2000 sobre servicios personales de comunicación, para citar algunas.

En el terreno institucional varias entidades cumplen funciones de autoridad de competencia.

La Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, es el organismo estatal de carácter técnico encargado de la protección al consumidor y la promoción de la competencia. La función de proteger los intereses de los consumidores se ha desarrollado en Colombia desde la expedición de la ley 155 de 1959, que se conoció en su momento como ley "antimonopolios". Esta ley dio origen, en 1960, a la Superintendencia de Regulación Económica, entidad que tuvo funciones de control de precios y regulación de prácticas comerciales restrictivas, y que sufrió varias reestructuraciones hasta cuando finalmente, en 1976, se consolidó la Superintendencia de Industria y Comercio. La cual, a su vez, conservó las atribuciones en materia de control de precios y adquirió todas aquellas relacionadas con propiedad industrial.

En la actualidad la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, tiene como sus principales funciones, entonces, velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre prácticas restrictivas y competencia desleal, vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección al consumidor, administrar el Sistema Nacional de Propiedad Industrial, administrar los programas nacionales de control de calidad, pesas, medidas y metrología, y asesorar la gobierno nacional en la formulación de políticas relacionadas con propiedad industrial, protección al consumidor y promoción de la competencia.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios cumple estas funciones en la órbita de los servicios públicos domiciliarios[35]. En teleco-

---

[33] Córtazar, Javier. 2003, *Hacia un Nuevo Derecho de la Competencia en Colombia- Análisis Crítico y Prospectiva*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, Colombia.

[34] Palacios, Mejía Hugo. 2000, La Competencia y los Servicios Públicos, en "Actualidad Jurídica", Tomo IV, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Bogotá, 42-59, pag 54.

municaciones, sin embargo, el decreto 2122 de 1992 asigna al Ministerio de Comunicaciones funciones de ésta índole respecto de conductas que atenten contra el régimen de las comunicaciones y los servicios postales, cuando estas afecten la libre competencia y deja espacio para que otras autoridades ejerzan funciones de este tipo, siempre y cuando exista norma al respecto[36].

Este panorama genera un grado alto de incertidumbre y falta de predicibilidad; la coexistencia de diferentes regímenes sobre una misma materia -la libre competencia- sujetos a la aplicación y administración por parte de diferentes autoridades, plantea problemas de difícil solución que afectan el funcionamiento del mercado de los servicios públicos.

---

[35] El ARTÍCULO 79 (32) de la ley 142 de 1994 establece: "adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el Artículo 34 de la Ley 142 de 1994".

[36] ARTÍCULO 1 del decreto 2122 de 1992 asigna al Ministerio de Comunicaciones como una de sus funciones: "Imponer las sanciones y correctivos necesarios en los casos de violación al régimen de comunicaciones y servicios postales, así como en los eventos en que se atente contra el espectro electromagnético, los derechos de los usuarios y los principios de eficiencia y libre competencia, y en general cuando se produzca cualquiera otra forma de violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones, sin perjuicio de las competencias fijadas a otras autoridades".

CAPÍTULO TRES

Diagnóstico institucional sobre las comisiones de regulación y la Superintendencia de Servicios Púbicos Domiciliarios

El propósito de este capítulo es presentar un diagnóstico institucional sobre las Comisiones de Regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con base en el cual se sustenta la propuesta de adecuación y fortalecimiento de estas entidades, objeto del presente estudio.

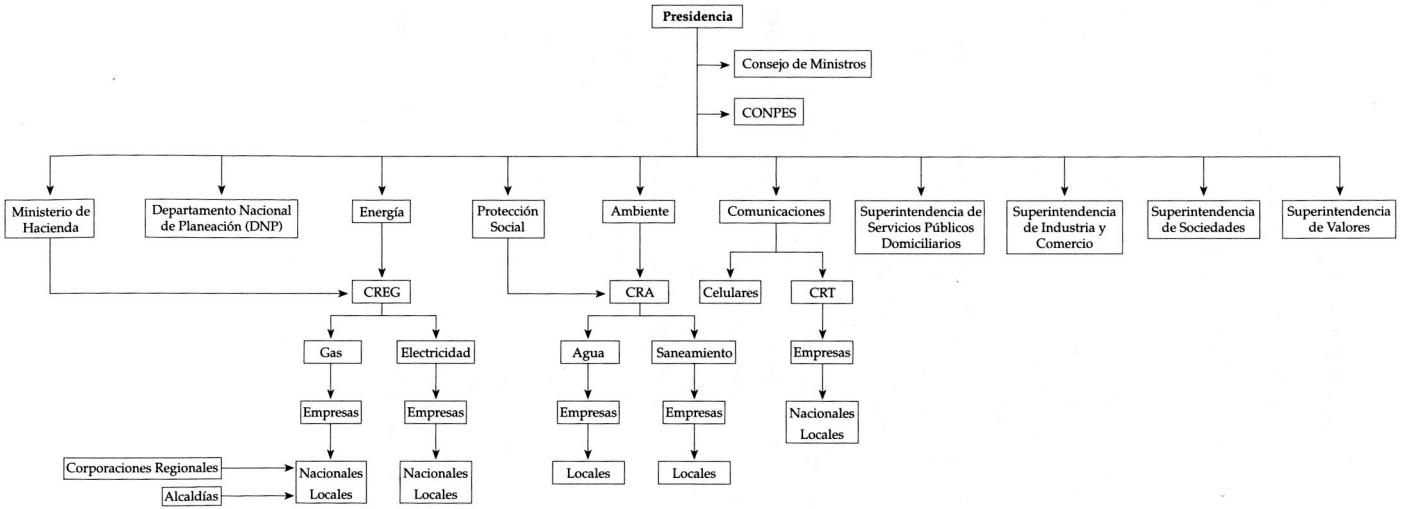
Esta sección se divide en tres partes. La primera describe a grandes rasgos la estructura institucional dentro de la cual tiene lugar la regulación y el control de los servicios públicos en Colombia; su propósito es enmarcar el diagnóstico institucional específico de las entidades que tienen a cargo la realización de estas funciones. En la segunda sección se presenta el diagnóstico institucional propiamente dicho con énfasis en las Comisiones de Regulación y la Superintendencia. En esta sección se hace referencia, igualmente, a dos aspectos de interés particular que son la promoción de la competencia en los servicios públicos y el denominado problema de la "segunda instancia" para dirimir controversias entre las comisiones de regulación y las empresas reguladas. Finalmente, en la tercera sección, se incluyen las conclusiones particulares sobre distintos aspectos del diagnóstico que soportan la necesidad de emprender un plan de acción para el fortalecimiento de los organismos de regulación, supervisión y control.

1. El organigrama de la regulación y el control de los servicios públicos

Un vistazo a la estructura de las instituciones de regulación y control en Colombia muestra la complejidad del sistema. En el diagrama 1 se presenta un organigrama resumido del conjunto de esas instituciones.

Los tres poderes públicos -Ejecutivo, Legislativo y Judicial- tienen que ver con la prestación de los servicios públicos. El Ejecutivo y el Legislativo tienen bajo su responsabilidad la "macro-regulación". Ambos sugieren y proponen los grandes cambios de la regulación - incluyendo aquellos que requieran modificaciones de naturaleza constitucional. En una democra-

Diagrama 1. Organigrama de la regulación y el control de los servicios públicos en Colombia



cia, al Legislativo corresponde en último término la aprobación definitiva de los cambios constitucionales y legales. En Colombia el Congreso es, además, particularmente pro-activo en el campo de la legislación de los servicios públicos[37]. Al Judicial corresponde, en sus diferentes instancias, efectuar el control de la constitucionalidad y la legalidad de las disposiciones, expedidas tanto por el Congreso como por el Ejecutivo. Debido a lo reciente de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha sido también activa en la interpretación de las normas lo cual ha generado inseguridad jurídica[38].

Los ministerios "sectoriales" que tienen que ver con la prestación de los servicios públicos son los de Minas y Energía, Comunicaciones, y Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. A estos corresponde, con el Presidente de la República y las instancias en las cuales se definen y se coordinan algunas decisiones de política, como el Consejo de Ministros y el Consejo de Política Económica y Social, CONPES, la formulación de las respectivas políticas sectoriales.

Los ministerios "sectoriales" son, en último término, responsables de la prestación de los servicios, en razón del mandato constitucional que obliga al Estado a garantizar su suministro de manera adecuada y confiable[39]. Los ministerios tienen bajo su órbita la administración de las empresas estatales de servicios públicos del orden nacional, por lo cual los ministros asisten y,

---

37 Es muy frecuente la presentación de proyectos de ley de iniciativa parlamentaria para "congelar" la elevación de las tarifas de los servicios públicos.

38 De acuerdo con Ayala y Millán, "la reforma constitucional es relativamente reciente y no se ha llegado aún a una relativa estabilidad respecto a la división de poderes y al sistema de limitaciones entre ellos. Se argumenta con frecuencia, por ejemplo, que la Corte Constitucional suele colegislar y cogobernar, y que en ello no tiene restricciones , ni instancias de apelación. Hay inestabilidad en sus determinaciones, habiéndose producido reversiones de conceptos y dictámenes. En su asilamiento, ha ignorado a veces las condiciones reales de la economía y las restricciones presupuestales y ha intervenido con reglamentaciones que deberían ser más bien materia de leyes y decretos". Ver Ayala Ulpiano y Millán Jaime, *La Sostenibilidad de las Reformas del Sector Eléctrico en Colombia*, op.cit, pag 29.

39 Para cumplir este propósito el Ministerio de Minas y Energía es responsable de la elaboración de planes de expansión de generación y transmisión de electricidad, actividad que realiza a través de la Unidad de Planeación Minero-Energética, UPME, que está bajo su órbita. La UPME elabora estimaciones de la demanda futura de energía y planes de expansión, indicativos para la generación y obligatorios para la transmisión. La UPME también recoge y organiza datos operativos y financieros para el sector. Como el Ministerio, la UPME también experimenta dificultades de reclutamiento y mantenimiento de personal de buena calidad técnica. Ibid, pag 73.

generalmente, presiden sus juntas directivas[40, 41]. Además, los ministros "sectoriales" presiden las reuniones de las tres comisiones de regulación. Finalmente, a los ministros sectoriales corresponde el enlace entre la rama ejecutiva y las otras ramas del poder público, en particular la relación con el Congreso Nacional para la aprobación de las leyes de iniciativa gubernamental o la discusión de aquellas de iniciativa parlamentaria que tienen que ver con su sector[42]. En el caso de leyes de servicios públicos de origen gubernamental o parlamentario, generalmente los tres ministros deben acudir a los debates en el Congreso Nacional.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público juega una función importante en la adopción de decisiones relacionadas con el buen funcionamiento del nuevo modelo de provisión de servicios públicos en el país y con los resultados financieros de las empresas de servicios públicos en el país. La Nación mantiene una participación alta como inversionista en empresas de generación, transmisión y distribución de electricidad, lo mismo que en la empresa de transporte de gas natural, ECOGAS, y en Colombia Telecomunicaciones, la nueva TELECOM. Además es garante en algunos contratos tipo PPA (Power Purchase Agreement), firmados entre generados privados de energía y empresas estatales de distribución que resultaron ser muy onerosos, por el cambio en las condiciones de la economía colombiana a finales

---

40 A raíz de los cambios institucionales en el sector de las comunicaciones del 2003 , de la creación de la nueva empresa Colombia Telecomunicaciones y la liquidación de anterior Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, el ministro de comunicaciones dejó de pertenecer a la junta directiva de la empresa estatal de comunicaciones. Igualmente la reforma en el sector de los hidrocarburos dio lugar as que el ministro de minas y energía dejara de presidir la junta directiva de la Empresa Colombiana de Petróleos S.A., ECOPETROL; tampoco preside en la actualidad la de Interconexión Eléctrica S.A., ISA.

41 Los alcaldes presiden las juntas directivas de las empresas en las cuales los municipios participan como inversionistas mayoritarios. El alcalde de Bogotá, por ejemplo, preside las juntas de las empresas de Energía, Telecomunicaciones y Acueducto y Alcantarillado. El alcalde de Medellín preside la junta directiva de las Empresas Públicas de Medellín, EPM.

42 En el pasado algunas de esas iniciativas han tenido que ver con atribuciones de las comisiones de regulación de servicios públicos y la discusión de las mismas en el Congreso ha enfrentado a los ministros con los expertos de las comisiones. La experiencia de un proyecto de ley para promover las exportaciones de gas en el año 2000, en el cual el senador ponente incluyó el adelanto de la fecha en la cual debería liberarse el precio del gas en boca de pozo y el ministro manifestó su conformidad con esta disposición, fue especialmente traumática y desgastadora tanto para el ministro como para los expertos de la CREG.

del siglo XX y la consecuente reducción de la demanda de energía eléctrica, lo mismo que de los precios en el mercado mayorista de energía eléctrica.

De esta forma el riesgo fiscal de los sectores de servicios públicos -en particular del de energía eléctrica- es bastante considerable. Adicionalmente, la Nación debe suplir los recursos faltantes de los fondos de solidaridad y subsidios para cancelar de manera oportuna los subsidios a las empresas distribuidoras de energía, lo mismo que a las de acueducto y alcantarillado. El Ministerio de Hacienda, además, tiene a su cargo la privatización de los activos de la Nación y el manejo de los respectivos procesos de venta. Igualmente hace parte de la junta directiva de la nueva Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, en donde se formula la política de exploración y explotación de hidrocarburos -petróleo y gas- con incidencia, desde luego, en la oferta de gas tanto para la generación eléctrica como para la distribución a los consumidores finales en la industria y los hogares.

De otra parte, el Departamento Nacional de Planeación tiene bajo su responsabilidad la elaboración del Plan de Desarrollo -que incluye las inversiones públicas a realizar durante los cuatro años del mandato presidencial - la preparación del presupuesto anual de inversión pública y la elaboración de los planes de expansión y aumento de la cobertura en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. El Director del Departamento Nacional de Planeación es miembro por derecho propio de las tres comisiones de regulación y, de cierta manera, a través de esta participación, el Departamento es el ente coordinador de los temas transversales que afectan la operación de las empresas de servicios públicos en los distintos subsectores y la misma provisión de los servicios respectivos.

En el organigrama, como ya se ha mencionado, están incluidas las tres comisiones de regulación, la de Energía y Gas, CREG, la de Telecomunicaciones, CRT y la de Agua Potable, CRA, a cuya organización y funcionamiento se hace referencia en detalle en este estudio. Igualmente están las superintendencias, entidades de vigilancia y control, dependientes del Ejecutivo. En el caso de los servicios públicos, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, SSPD, es parte fundamental del andamiaje institucional de los servicios públicos en el país. Pero deben mencionarse, también, la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, encargada de la protección del consumidor y la defensa de la competencia -y a cuya función en lo relacionado con los servicios públicos se hace referencia específica en este estudio- y la Superintendencia de Valores, que tiene bajo su responsabilidad la vigilan-

cia del mercado bursátil y de la información de los emisores de acciones y títulos, y, como tal, supervisa empresas como ISA, por ejemplo, cuyas acciones se transan activamente en la Bolsa de Valores de Colombia.

Dentro del organigrama hay necesidad de incorporar aquellas que se conocen como las entidades de control -la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo- aunque se trata de organismos "independientes", cuyas cabezas son elegidas por el Congreso Nacional para períodos fijos, y que juegan con sus propias reglas. La Contraloría ejerce el control fiscal de las actuaciones de los ministerios, las comisiones de regulación y las empresas estatales de servicios públicos del orden nacional[43]. La Procuraduría es el organismo encargado el control disciplinario de los funcionarios públicos. Y la Defensoría interviene en aquellas causas en las cuales considera que están en riesgo los intereses legítimos de las diferentes comunidades a lo largo de la geografía colombiano, incluyendo las diversas etnias indígenas que subsisten en el país.

A su vez, en el Ejecutivo deben incluirse, además de las instancias del orden nacional, aquellas del orden regional, departamental y municipal.

En las primeras hay que considerar las corporaciones autónomas regionales encargadas de la protección del medio ambiente en los departamentos o regiones bajo su jurisdicción. Estas corporaciones son entidades creadas por la Constitución; su actividad es de particular importancia, entre otros asuntos, en lo que tiene que ver con el suministro de agua potable y con el saneamiento básico en toda la geografía colombiana, como quiera que su responsabilidad es el cuidado de las diferentes hoyas hidrográficas que existen en el país, la protección de las reservas de agua, y velar por el adecuado tratamiento de las aguas residuales y de los desechos y residuos. Todo esto con el fin de proteger el medio ambiente. Estas corporaciones, junto con el Ministerio del Ambiente, la Vivienda y el Desarrollo Territorial expiden licencias ambientales para la ejecución de los diferentes proyectos que tienen que ver con la prestación de servicios públicos. Su relación con el gobierno central se realiza a través de este ministerio.

---

[43] Aunque la Contraloría General ejerce un control "posterior" sobre las actuaciones de naturaleza fiscal de los funcionarios -como la firma de contratos entre el Estado y agentes privados o la venta de activos estatales- sus opiniones sientan "doctrina" y de alguna manera se convierten en una restricción adicional para los servidores públicos de alto nivel.

En los departamentos hay participación en la propiedad de las empresas de servicios públicos (empresas distribuidoras de energía y empresas de comunicaciones, principalmente , aunque también hay casos de empresas de acueducto que prestan el servicio en más de un municipio, como ocurre en el Valle del Cauca). Y, finalmente, en los municipios no solamente se prestan servicios a través de empresas de su propiedad -en algunos casos concentrando todos los servicios (acueducto, telecomunicaciones, energía eléctrica y gas domiciliario) como en las Empresas Públicas de Medellín o en las Empresas Municipales de Cali, y en otros únicamente los de acueducto, como ocurre en la inmensa mayoría de los municipios del país- sino que se establecen regulaciones de diferente índole relacionadas con la prestación de los servicios, a través, por ejemplo, de los respectivos departamentos de planificación urbana[44]. Los concejos municipales tienen, además, un alto grado de injerencia en la adopción de decisiones a nivel local, que afectan la forma y la eficiencia de prestar los distintos servicios, particularmente el de acueducto y saneamiento básico. Igualmente, la venta a particulares de activos de propiedad de las ciudades (acciones de empresas de servicios públicos, por ejemplo) requiere la autorización de los respectivos concejos municipales[45].

2. Diagnostico institucional

En el funcionamiento esquema regulatorio colombiano se han detectado diversos problemas que dificultan la operación plena y eficaz del modelo de suministro de servicios públicos implantado en 1994. Entre ellos, en esta

---

[44] En el libro de Ayala y Millán hay un recuento muy interesante sobre la evolución de las empresas de servicios público en Bogotá, Medellín y Cali, que explora las causas del diferente comportamiento de las empresas en las tres ciudades. Ver Ayala Ulpiano y Millán Jaime, *La Sostenibilidad de las Reformas del Sector Eléctrico en Colombia*, op.cit, pags 42 - 47.

[45] Estas autorizaciones no son fáciles de obtener. El Concejo de Bogotá negó varias veces la solicitud de los alcaldes para proceder a la venta de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá por lo cual se perdieron oportunidades económicas interesantes para la ciudad. La capitalización en el 2003, por el equivalente a un poco más del 11% de la participación accionaria por parte del sector privado, permite en la actualidad un manejo de la empresa dentro del régimen de derecho privado. De otra parte, la crítica situación financiera del la Empresa de Energía de Bogotá facilitó la aprobación en el Concejo de la venta parcial en 1997 de sus inversiones en CODENSA y en EMGESA, las empresas de distribución y de generación de energía eléctrica respectivamente.

sección se hará referencia a los relacionados con las comisiones de regulación, de muy distinta índole, lo mismo que a la debilidad y la multiplicidad de funciones de la Servicios Públicos Domiciliarios, a la dispersión tanto de normas como de instituciones en lo que tiene que ver con la promoción y la defensa de la competencia, y a la ausencia de una "segunda instancia" para las decisiones adoptadas por las comisiones de regulación.

2.1. Las comisiones de regulación

Las comisiones de regulación son objeto de cuestionamiento por parte de los agentes económicos y los diferentes grupos sociales. El grado en que ello sucede depende, naturalmente, del respectivo sector y responde a consideraciones de muy diversa índole. Pero, existe una percepción generalizada de que las instituciones de regulación no han llenado las expectativas que generaron en el momento de su creación y que factores externos e internos han impedido su cabal funcionamiento

En términos generales, las comisiones de regulación de los servicios públicos en Colombia no tienen el prestigio ni la credibilidad que requieren instituciones de esa naturaleza frente a las empresas reguladas, los consumidores, el gobierno, el congreso y las cortes para que estén en capacidad de cumplir su función de manera efectiva. En particular, la comisión de energía y gas carece de credibilidad frente a sus regulados; constantemente ha tenido polémicas con el gobierno nacional y con agentes del sector, que consideran que el proceso de expedición normativo es poco transparente. En el caso de telecomunicaciones, aún cuando ha realizado esfuerzos importantes por implementar procesos transparentes y eficientes, la falta de coordinación interinstitucional, la dispersión de funciones de regulación entre distintas entidades y los recursos que consume la atención de disputa entre operadores, le restan eficiencia al proceso regulatorio. Finalmente, la alta complejidad del sector de agua potable y saneamiento en Colombia, debida al carácter descentralizado de la prestación de dichos servicios, ha dificultado la función de regulación. Estas circunstancias particulares representan una amenaza para el funcionamiento del modelo de provisión de servicios públicos implantado en el país y, por consiguiente, para el suministro futuro de los mismos.

La crisis de las comisiones de regulación se refleja en un conjunto de hechos y situaciones. Los expertos comisionados no cuentan con legitimidad

social; por consiguiente, no son objeto del respeto de los regulados, los usuarios, el gobierno y el Congreso. Más grave aún, ocupar el cargo de experto comisionado no es atractivo para profesionales especializados de alto nivel y con conocimientos de la economía de la regulación. La regulación es volátil; las reglas se modifican frecuentemente sin justificación clara lo cual genera incertidumbre y desconfianza entre los inversionistas privados. Las decisiones de las comisiones no son bien recibidas por los regulados y se procede a reponerlas ante ellas mismas y a demandarlas ante las instancias judiciales. Hay un enfrentamiento persistente entre los ministros y los comisionados como consecuencia de interpretaciones diferentes del papel de las comisiones y de sus atribuciones legales. Esto ha conducido a que el mismo gobierno decida muchas veces acudir a otras vías para poner en práctica sus políticas, acudiendo al Congreso Nacional para retomar funciones e intervenir en el proceso regulatorio. El proceso de debilitamiento de las comisiones ha venido, entonces, profundizándose con el paso del tiempo.

De acuerdo con los criterios para evaluar la gobernabilidad de los organismos de regulación, contemplados en el "marco conceptual" de la sección anterior de este capítulo, podría afirmarse que los diferentes problemas detectados, a los cuales se hace referencia a continuación -la pérdida de legitimidad y de legitimidad de las comisiones, la confusión sobre sus objetivos y responsabilidades, la dificultad de regular empresas estatales, la deficiente capacidad para desarrollar sus funciones, la ausencia de mecanismos de participación de los interesados, la falta de mecanismos de rendición de cuentas, las fallas de organización interna, y los problemas de coordinación entre las comisiones y la Superintendencia de servicios Públicos- explican en parte la tensión existente entre algunas de las comisiones, en particular la CREG y la CRA, y el Ejecutivo (gobierno nacional y gobiernos departamentales y municipales) así como entre las comisiones y las empresas reguladas.

a. Legitimidad y credibilidad

Las comisiones no cuentan con un "perfil" alto dentro de la administración pública que les otorgue "status" y credibilidad frente al gobierno, los regulados, los consumidores y la opinión publica. Esta percepción se contrapone con el espíritu de las normas legales que les dieron vida. Los expertos comisionados no se perciben, en la actualidad, como los individuos más

idóneos desde el punto de vista técnico y con la debida capacidad para relacionarse con los funcionarios del gobierno, con los regulados y con los usuarios de los servicios, de manera constructiva y conducente y conducente al fin de consolidar el nuevo modelo de prestación de servicios públicos en el país.

Los conflictos y las tensiones entre los ministerios y los expertos comisionados en el seno de la CREG y de la CRA se han atribuido tanto a la a la falta de claridad de objetivos y funciones de las respectivas comisiones como a la capacidad técnica de los reguladores y de los funcionarios de los ministerios y la falta de una adecuada comprensión de la función que cumplen en la sociedad. Esto les habría llevado a adoptar posiciones inflexibles, muchas veces secundadas en interpretaciones de la ley y de las normas, y, consecuentemente, a situaciones de bloqueo regulatorio[46]. Se ha identificado, entonces, un problema serio de "selección" de los expertos comisionados. Los requisitos legales para calificar como candidato a comisionado, los procesos de selección y la falta de una compensación adecuada parecen inhibir la selección de reguladores con los requisitos exigidos por la naturaleza del cargo.

Es interesante el comentario de que, en sus primeros años, la CREG funcionó adecuadamente. Y, en general, que las tres comisiones operaron mejor en la medida en la cual los expertos tuvieron un alto nivel técnico y fue posible el trabajo conjunto y coordinado entre los expertos y los ministros y el director del Departamento Nacional de Planeación, DNP. Con el paso del tiempo los mismos ministros y el director del DNP dejaron de asistir regularmente a las reuniones de las comisiones, encargando de esta tarea a los viceministros y a funcionarios técnicos, algunos de los cuales terminaron siendo designados como expertos comisionados por la imposibilidad de encontrar candidatos para el cargo provenientes de otros sectores. Con un mejor nivel técnico en la comisión y la presencia de los altos funcionarios del gobierno, el oficio resultaba en el pasado más exigente y desafiante; era atractivo pertenecer a una comisión de regulación en calidad de "experto"[47].

---

[46] La discusión para definir del costo de capital (WACC) para efectos de la fijación de las tarifas de la distribución de energía eléctrica condujo a un bloqueo entre el gobierno y los comisionados de la CREG en el año 2001/2002 que llevó al gobierno a dictar un decreto para aclarar el procedimiento de desempate en esa comisión y que retrasó la entrada en vigencia de los nuevos cargos.

La perdida de credibilidad ha tenido otra consecuencia infortunada: la percepción negativa que se tienen en el Congreso de la República de las comisiones, sobretodo si se tiene en cuenta que esto coincidió con una época de crisis económica, aumento del desempleo y caída de los ingresos de los hogares, lo cual hizo muy difícil encontrar respaldo a las decisiones de elevación de tarifas en los diferentes servicios, en particular en energía y agua, entre los consumidores

b. Política versus regulación

Como sucede en algunos otros países en donde operan comisiones de regulación, no existe en Colombia una frontera que delimite con precisión los límites entre la "política" y la "regulación", lo cual se presta a un debate permanente entre los ministros "sectoriales" y los expertos comisionados. En parte ello se explica por la participación en la comisión de las propias autoridades encargadas de formular la política sectorial, lo cual tiende a confundir el papel de dichos entes, pues radica en ellas discusiones sobre "política" y obliga a los ministros a involucrarse en la "regulación". Ello se ve agravado por la falta de una definición explícita y precisa sobre los objetivos y funciones que deben acometer las comisiones reguladoras.

Esto ha conducido a situaciones extremas y a inconvenientes debates públicos entre los ministros y los comisionados que, inclusive, han tenido repercusiones nivel del Congreso Nacional. Fue el caso de la discusión en el Congreso en el año 2000 de un proyecto de ley de iniciativa parlamentaria mediante el cual se buscaba, en la práctica, prohibir la exportación de gas. Aunque finalmente este proyecto no fue aprobado, sus modificaciones en el Congreso, respaldadas por el Gobierno, lograron convertirlo en un esquema de reglas para promover las exportaciones -incluyendo la liberación del precio del gas en boca de pozo- recibieron la oposición pública de los expertos de la CREG, lo cual contribuyó, en su momento, a debilitar tanto la posición del ministro de Minas como la de los comisionados e impidió po-

---

[47] Este comentario lo formularon directivos de los gremios de las empresas reguladas y abogados que han seguido de cerca el funcionamiento de las comisiones desde su creación. Se escuchó también el comentario de un ex miembro de una comisión en el sentido de que la remuneración de los primeros años era competitiva con el resto del mercado y hacia atractivo vincular individuos de alto nivel técnico.

ner en marcha una política de promoción de las exportaciones de gas natural lo cual condujo, en último termino, a que el gobierno, utilizando la ley del Plan de Desarrollo, hubiera retomado, en el 2003, la función de fijar o liberar el precio de gas en boca de pozo para efectos de su exportación.

El ejemplo anterior señala de que manera la indefinición del limite que existe entre "política" y "regulación" conduce a conflictos y tensiones entre los ministros y los comisionados. En esta caso la CREG se involucró en un tema de definición de política cuando lo que hubiera sido de esperar era su contribución en el diseño del mecanismos para implantar la liberación del precio del gas en boca de pozo. El gobierno, por su parte, ha buscado mecanismos de intervención en la regulación , a través de leyes y decretos que le restan validez a las resoluciones regulatorias, para modificar la regulación de las comisiones o para regular temas que las comisiones consideran no se deben regular. Incluso, en la ley del plan de desarrollo de 2003 se incluyó un artículo dirigido a regular la actividad de comercialización independiente, que claramente es un tema de competencia de las comisiones de regulación.

Los ministros sectoriales tienen, entonces, un amplio margen de libertad para determinar la forma de interrelacionarse con las comisiones de regulación. Por ejemplo, para el actual ministro de Minas y Energía la "política" se concreta a través de leyes y de decretos, de obligatorio acatamiento por parte de la CREG. De ahí, por ejemplo, que en la Ley del Plan de Desarrollo (Ley 812 de 2003) de la actual administración se hubieren incorporado disposiciones legales que transfieren al ministerio la capacidad para regular asuntos como el cubrimiento del servicio de energía eléctrica los barrios subnormales y en zonas marginales (no interconectadas) o el comercio internacional del gas natural[48]. En el otro extremo se ubicaría la posición del Ministerio de Comunicaciones -y de los mismos comisionados de la CRT- que considera que la comisión tiene una función de asesoría y colaboración con el Ministerio en la definición de las políticas y la relación entre las dos partes debe ser de colaboración estrecha. De hecho, individuos conocedores del sector y con experiencia como funcionarios públicos concluyen que, por la naturaleza del mismo sector, su orientación futura debería estar en cabeza de la CRT, previa una ley nueva de comunicaciones[49].

---

[48] Entrevista con el ministro de Minas y Energía, marzo de 2004.

Situaciones como las descritas señalan la presencia de esa "frontera gris" entre política y regulación en el país y la necesidad de precisar, hasta donde ello es posible, el territorio de la "política" y el de la "regulación", y de establecer con claridad los mecanismos de comunicación de las políticas a los respectivos organismos reguladores. Al realizar esta tarea es necesario reconocer que en lo esencial la regulación constituye una delegación de funciones específicas de la política sectorial, tales como la fijación de tarifas y la expedición de normas técnicas, a agentes especializados a quienes se les dota de algún grado de autonomía. En este contexto, la responsabilidad global de formular y aplicar la política sectorial sigue estando en manos del gobierno central.

En tal sentido, la revisión de la Ley 142 de 1994 sugiere que esta brinda un marco compatible con el funcionamiento de una economía de mercado y permite delegar funciones específicas y delimitadas a las comisiones de regulación orientadas a promover la competencia, extender la cobertura de los servicios y otorgar subsidios a los grupos más pobres de la población.

De esta manera, dentro del propio marco de la ley actual debería ser posible delimitar con mayor precisión las funciones de las comisiones y establecer las instancias que corresponden al ámbito de la política y las que son de exclusiva competencia de la regulación[50]. La debilidad de las comisiones ha desinstitucionalizado el esquema adoptado en Colombia para los servicios públicos conduciendo a la intervención directa del gobierno en el tema regulatorio. En ese sentido, es necesario implementar acciones para fortalecer los organismos de regulación y garantizar una prestación eficiente de los servicios.

c. La regulación y el Estado "empresario"

La estructura de propiedad de los servicios públicos en Colombia genera un conflicto entre el interés del Estado como "empresario" y el que tiene como "regulador".

---

[49] Entrevista con los comisionados de la CRT, marzo de 2004. Entrevista con Ciro Mendoza, ex viceministro de Comunicaciones y consultor del Banco Mundial.

[50] Ver Ayala Ulpiano y Millán Jaime, *La Sostenibilidad de las reformas del sector Eléctrico en Colombia*,op.cit., pag 102.

La capacidad de regular empresas estatales se ve limitada por varias razones. En primer lugar, los objetivos que persiguen estas empresas no son iguales al de maximizar ganancias de las empresas privadas. En segundo lugar, debido a la presencia de los ministros "sectoriales" en las comisiones, quienes a su vez tienen interés en la suerte de las empresas estatales, éstas pierden autonomía y corren el riesgo de terminar capturadas por los respectivos ministros, dando lugar a comportamientos oportunistas del Estado en detrimento de las empresas privadas. Y, por último, generalmente las empresas afectadas enfrentan serios problemas de gestión; esta situación es particularmente crítica en el caso del sector de agua potable, servicio que se presta a nivel municipal a través de empresas sujetas a presiones políticas y en las cuales la capacidad de recaudo de los ingresos es muy baja, lo mismo que la calidad del mismo servicio.

El problema, entonces, se detecta en los tres sectores regulados, aunque con características diferentes en vista de la diversidad de las empresas, y, con mucha claridad, en el sector eléctrico. En este, después de haberse avanzado en el proceso de privatización de empresas en las actividades de generación y distribución el proceso quedó trunco, razón por la cual, en la actualidad, el gobierno nacional mantiene una importante participación en el capital de dichas empresas.

Para los inversionistas privados nacionales y extranjeros el riesgo de que el Estado actúe de manera oportunista y extienda privilegios a empresas de su propiedad, o adopte medidas que distorsionen la operación del mercado, constituye tanto un desincentivo como una amenaza. Por lo mismo, es urgente crear mecanismos idóneos de gobierno corporativo en las empresas estatales de servicios públicos y, muy importante, impedir que los ministros tengan responsabilidad en la orientación y el manejo de las mismas.

La presencia de empresas de servicios públicos estatales integradas verticalmente y que prestan simultáneamente los diferentes servicios, y poderosas, como, por ejemplo, Empresas Públicas de Medellín, EPM, o las Empresas Municipales de Cali, EMCALI, impone restricciones complejas complejos -tanto en lo técnico como en lo político- a los reguladores de las tres comisiones, lo mismo que a las entidades de vigilancia y control, como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Superintendencia de Industria y Comercio.

De otra parte, no tiene sentido entrar a regular las empresas de acueducto en los más de 1200 municipios colombianos con los mismos criterios que se regulan las empresas de acueducto y saneamiento básico de las ciudades

de mayor tamaño en el país por lo cual resultaría aconsejable confiar en lo que podría denominarse la regulación "ciudadana", a nivel local, en vista de la cercanía de la población con sus autoridades.

En razón de esta estructura de propiedad no resulta conveniente que los ministros sectoriales presidan tanto las juntas directivas de las empresas de servicios públicos de cada uno de los sectores y, simultáneamente, presidan las deliberaciones y la adopción de decisiones de las comisiones de regulación. Preocupación que se extiende a la misma participación del Ministro de Hacienda en la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG.

d. La capacidad efectiva de las comisiones para desarrollar sus funciones

En estas circunstancias, los problemas a los cuales se ha hecho referencia tendrían que ver con la capacidad efectiva de las comisiones para llevar a cabo sus funciones y ejercer sus atribuciones, con el liderazgo de los expertos, con la ausencia de mecanismos de participación de los regulados y de rendición de cuentas por parte de las mismas comisiones.

La selección de los comisionados. Como ya se ha mencionado, desde hace un tiempo se han detectando dificultades para atraer individuos de las más altas capacidades y conocimientos a las comisiones, en calidad de expertos comisionados. Estas dificultades estarían relacionadas con los requisitos que deben cumplir los candidatos a dichos cargos, con el procedimiento de selección, con el nivel y las características de la remuneración y con las inhabilidades existentes.

Como ya se mencionó, los requisitos para desempeñarse como experto comisionado en la CRT y la CRA son menos restrictivos que aquellos exigidos para la CREG, que están contemplados en la Ley 143 de 1994. Estos últimos cierran la posibilidad de nombrar abogados con conocimientos de regulación, por ejemplo, o contadores públicos con conocimientos y experiencia en finanzas y en regulación, o economistas provenientes de la academia, de empresas reguladas o firmas de consultoría que no hubieren ocupado cargos de responsabilidad en entidades públicas o privadas del sector minero-energético o que no hubieren trabajado como consultores o asesores por un período de seis años o más. En ambas situaciones por disposición expresa de la ley.

Estas condiciones son definitivamente restrictivas en la actualidad, cuando se considera prioritario que los expertos comisionados tengan claros los conceptos económicos y legales de la regulación -además de un buen ma-

nejo de los diferentes "stake-holders" o agentes con intereses diferentes involucrados en la prestación de los servicios- y que un académico especialista en regulación puede ser un buen regulador aunque no se haya desempeñado directamente en la industria.

El procedimiento de selección. El mecanismo actual de selección de los comisionados no asegura la escogencia de los individuos más idóneos para el cargo. Los ministros son nombrados por el Presidente de la República y su selección depende del ministro sectorial respectivo, quien lo recomienda al Presidente. No hay obligación de que el Presidente justifique públicamente el nombramiento que realiza. Por otra parte, no existen mecanismos o proce-dimientos para recibir postulaciones de los interesados o grupos *ad-hoc* que recomienden postulantes de tal forma que se amplíe el universo de can-didatos a expertos comisionados. La ausencia de estos esquemas ha redundado en escogencias apresuradas de funcionarios que se desempeñan en el sector público y no ha impedido las influencias de tipo político en algunos nombramientos.

La remuneración de los comisionados. Por otra parte, a pesar de que los comisionados no están sujetos a las disposiciones de la carrera administrativa, sus remuneraciones, fijadas por el Presidente de la República, son muy bajas y no corresponden a la categoría del cargo[51]. Son muy inferiores, por ejemplo, al de los directores del Banco de la República -que también son nombrados para un período fijo y tienen inhabilidades similares- y no tienen en cuenta ni las inhabilidades del mismo, ni la dedicación exclusiva de los comisionados, ni la responsabilidad del cargo. Estas exigencias justificarían una remuneración alta, como ocurre en otros países[52].

La remuneración de los expertos comisionados es muy inferior, además, a los de funcionarios de nivel alto en las empresas reguladas. Existe consenso en que la baja remuneración ha impedido a los diferentes gobiernos

---

[51] La remuneración de los comisionados (CREG, al menos) está señalada en el decreto 660 de abril de 2002 y es, para el 2004, de un total mensual de $ 7.930.594 ($95.167.128 por año). De esta suma, la asignación básica y los gastos de representación equivalen al 50% y sobre ella se reconocen prestaciones sociales y se cotiza para efectos de pensión. La totalidad de la remuneración está gravada para efectos de impuestos.

[52] En Chile se aprobó recientemente la ley 19.940 por medio de la cual se creó un panel de expertos para el sector eléctrico en la que se establecieron unos honorarios mensuales que, después de impuestos, serían de aproximadamente US$10.000.

nombrar técnicos de alta calidad como expertos comisionados, con peso específico propio frente a los ministros, y que esto ha dificultado la implantación de mejores prácticas regulatorias[53, 54].

Las inhabilidades. La inhabilidad básica para ser designado como experto comisionado -no haber sido administrador o empleado de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios regulada por la respectiva comisión en el curso de los doce meses inmediatamente anteriores a su designación- es restrictiva, por cuanto se corre el riesgo de perder candidatos con alta capacidad técnica y conocimiento de los temas. Por consiguiente debería eliminarse, siempre y cuando se estableciera con claridad que el comisionado se declara impedido para tratar asuntos que tengan que ver con la empresa a la cual estuvo vinculado y que hubiera promovido activamente ante una comisión. Sin embargo, existe la inquietud entre gremios y regulados sobre la extensión de esta inhabilidad a parientes "dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil". En este sentido, hay quienes consideran que la amplitud de este tipo de inhabilidad también es restrictiva en el proceso de selección de los expertos comisionados[55]. Por otro lado la ley restringe la participación en las comisiones a quienes tienen conflictos de interés por motivos económicos, como la propiedad de acciones de empresas de servicios públicos o de más de un 10% de sociedades que tengan vinculación económica con ellas[56].

---

53 De acuerdo con Ayala y Millán, "la CREG enfrenta dificultades para mantener el nivel de su equipo de expertos, ya que los salarios no son competitivos con los del sector privado, y el régimen de inhabilidades también restringe el reclutamiento. El tiempo óptimo de permanencia en la comisión, desde el punto del valor presente de los ingresos podría apenas llegar a un par de años, y por lo tanto los que no están haciendo carrera pública suelen rotar con mayor frecuencia que los términos de los nombramientos. Ello propicia la volatilidad reguladora, ya que los nuevos desean dejar su impronta y puede haber inconsistencias por inexperiencia". Ver Ayala Ulpiano y Millán Jaime, *La Sostenibilidad de las Reformas del Sector Eléctrico en Colombia*, op.cit, pag. 61.

54 Una comisión ad-hoc de Reformas Institucionales e Regulación y Control, convocada por el ministro de Minas y Energía el año anterior, recomendó presentar un proyecto de ley al Congreso Nacional en el cual se autorizara fijar el salario de los expertos comisionados en el "equivalente al valor límite superior establecido para los funcionarios públicos según las leyes vigentes".Carta del Secretario Técnico del Consejo Nacional de Operación al ministro de Minas y Energía, diciembre 5 de 2003.

55 Entrevista con los directivos de los gremios que agrupan las empresas reguladas por la CREG, marzo de 2004.

56 En el artículo 44 de la Ley 142 de 1994 se establecen los conflictos de interés, inhabilidades e incompatibilidades.

El problema presupuestal. La independencia financiera de las comisiones no implica, en la práctica, que éstas tengan autonomía presupuestal. A pesar, por ejemplo, de que en el caso de la CREG la ley establece que "contará con el personal profesional, técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con lo que ella misma determine y tendrá regímenes especiales en materia de contratación, de administración de personal, de salarios y de prestaciones, y gozará de autonomía presupuestal", añadiendo, más adelante que "fijará anualmente su presupuesto, el cual deberá ser aprobado por el gobierno nacional"[57]. La restricción de sujeción del presupuesto de las comisiones a las normas orgánicas del presupuesto general de la Nación y el hecho, además, de que el Estatuto Orgánico del Presupuesto es una ley de carácter superior, prima sobre el concepto de la autonomía financiera de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Recursos humanos en las comisiones. Por esta dependencia efectiva del gobierno nacional y sujeción a las normas generales de presupuesto y de la función pública, los expertos comisionados argumentan que las comisiones no han podido contar con los recursos humanos que requieren para desarrollar su labor, a pesar de contar con los recursos financieros provenientes de las contribuciones de los regulados que les permitiría contratar técnicos de alta calidad. De igual forma, la función reguladora requiere de una serie de apoyos externos en términos de asesorías especializadas, que debido a las restricciones presupuestales, no es posible desarrollar con equipos técnicos altamente calificados. Una situación similar se presenta en la Superintendencia de Servicios Públicos.

De hecho, las comisiones son débiles en cuanto se refiere a su personal técnico. Las plantas de personal no han sido revisadas por el Departamento de la Función Pública, si bien los respectivos directores ejecutivos han formulado las solicitudes a los ministerios de su sector. Por esta razón, además, las comisiones tienen que recurrir a contratistas externos, o a lo que se conoce en la terminología colombiana como "nóminas paralelas". De acuerdo con la información de la CREG, esta Comisión cuenta en la actualidad con treinta y siete (37) funcionarios de planta y hay veinte (20) vinculados por

---

[57] ARTÍCULOS 21 y 22 de la Ley 143 de 1994.

contrato. En la CRT las cifras correspondientes son treinta (30) y diez (10) y en la CRA veinte(20) y veinticinco (25) respectivamente.

Existe, por consiguiente, un problema de carencia de personal calificado y una planta "congelada", que debilita las actuaciones de las comisiones y les resta seguridad y confianza en sí mismas. La impresión que se tiene es que su personal no guarda relación, en número y en capacidad técnica, con las funciones que deben cumplir -tanto con aquellas de carácter general como las específicas- lo cual hace lento su funcionamiento, conduce a la adopción de decisiones de manera precipitada, y constituye un obstáculo para la adecuada operación de las empresas de servicios públicos.

Adicionalmente, existe la impresión de que las comisiones colocan excesivo énfasis y recursos humanos en temas que podrían caracterizarse como de "regulación técnica" -en parte por el sesgo que introduce una mayoría de ingenieros entre los expertos comisionados- cuando otras entidades del Estado, como los ministerios o aquellas que tienen que la aprobación de estándares y normas técnicas, podrían ocuparse de estas funciones.

A todo lo anterior se suma la exigencia legal de decidir los recursos que se interponen en contra de sus resoluciones, que en la CREG, por lo menos, podría considerarse alto, y que aumenta su carga de trabajo, si bien la situación es diferente en las otras comisiones[58]. Esto genera la insatisfacción de las empresas reguladas, y de sus representantes gremiales, y ha conducido a plantear la necesidad de una "segunda instancia", diferente a las comisiones, que conduzca a una solución más rápida de las controversias que se presentan entre las comisiones y las empresas reguladas.

e. Participación de los regulados

En general, existe una fuerte queja de las empresas reguladas y de algunos usuarios en el sentido de que las comisiones -y particularmente la CREG- no cuentan con procedimientos de consulta con los interesados en la regula-

---

[58] De acuerdo con el estudio de Ayala y Millán, "según los gremios del sector, la CREG ha actuado de manera precipitada, sin consultar suficientemente el impacto de sus decisiones", lo cual explicaría "la avalancha de quejas y acciones legales contra la CREG, que sólo en el año 2000 recibió 9.300 comunicaciones, de las cuales 2.300 fueron acciones legales interpuestas por los agentes contra alguna resolución en particular". Ver Ayala Ulpiano y Millán Jaime, *La Sostenibilidad de las Reformas del Sector Eléctrico en Colombia*, op.cit, pag. 11.

ción (empresas, consumidores, inversionistas, especialistas) que eviten la adopción de medidas que traen consigo un fuerte impacto sobre su operación y sus resultados financieros[59].

En relación con los procedimientos, tanto la CRT como la CRA se encuentran certificadas bajo las normas del ISO 9000, lo cual implica que deben cumplir a cabalidad con las normas procedimentales internas sobre la actividad de expedición de normas regulatorias. No obstante, estos certificados no implican que en el proceso de expedición de normas se le dé suficiente debate a la regulación o que ésta sea bien aceptada por los regulados. De hecho, la CRT anunció el desarrollo de un modelo de costos que sustentaría la definición del régimen tarifario para el servicio de local extendida en diciembre de 2002 y hasta la fecha no se tiene claridad sobre la ejecución de dicho estudio o que otra medida va a adoptar para definir el régimen tarifario. En el caso de la CRA, el proceso de definición del régimen tarifario ha puesto a consideración de los agentes diversos estudios sobre la definición del nuevo marco regulatorio desde el año 2000 sobre los cuales los agentes han formulado sus comentarios y observaciones y aún hoy no existe una resolución en firme que defina el régimen regulatorio del sector.

Para los gremios del sector de la energía no existe un intercambio efectivo de opiniones entre la industria y la CREG. Ello explica que, a través del Consejo Nacional de Operación (CNO), se hubiera recomendado al ministro de Minas y Energía la expedición de un decreto mediante el cual se definan "las reglas para garantizar el derecho a la participación de los usuarios, agentes y terceros interesados en los trámites adelantados por la Comisión de Regulación de Energía y Gas"[60].

---

[59] En el estudio de Ayala y Millán se hizo referencia a este problema y se afirmó que, "en general, parece existir cierto consenso en que los procedimientos de la CREG no han sido suficientemente transparentes y los generadores no tienen muchas pistas sobre la dirección de los cambios" y que sería aconsejable que "la CREG pudiera consultar más al Consejo Nacional de Operaciones y hacer más explícitos los objetivos de las resoluciones", recomendación que hizo extensiva al Consejo Nacional de Comercialización (CNC). Ver Ayala Ulpiano y Millán Jaime, *La Sostenibilidad de las Reformas del Sector Eléctrico en Colombia*, op.cit, pag. 66.

[60] El Consejo Nacional de Operación, CNO, es un cuerpo consultivo conformado por representantes de los generadores y los distribuidores que tiene como función principal revisar y convenir modificaciones en aspectos técnicos para asegurar que la operación del Sistema Interconectado Nacional sea segura y confiable. Es, además, el órgano ejecutor del reglamento de operación del sistema. La recomendación del CNO al ministro de Minas y Energía se consignó en un proyecto de decreto enviado el 5 de diciembre de 2003.

Dicho proyecto de decreto tiene varios propósitos: modificar algunos aspectos del funcionamiento interno de la CREG; establecer procedimientos de consulta (que incluirían la convocatoria a audiencias públicas como requisito previo a la adopción de decisiones en número de temas regulatorios definidos en la Ley 142 de 1994); la implantación de mecanismos para divulgar, recibir comentarios de los interesados y aprobar agendas regulatorias -una anual y una multi-anual; y la obligación para la comisión de elaborar un informe anual de gestión y resultados, que deberá incluir, entre otros asuntos, el cumplimiento de la agenda regulatoria anual, el estado de los procesos judiciales y la ejecución presupuestal. En la entrevista con los directivos de los gremios del sector energía pusieron mucho énfasis en este aspecto, reflejando una gran frustración con respecto a la relación de sus afiliados con la CREG y, en especial, a la imposibilidad de asegurar que los estudios que presentan a la comisión sean revisados y tenidos en cuenta por ésta.

Si se repasan los criterios regulatorios de Stern & Holder (incluidos en el capítulo sobre el marco conceptual para la regulación de este trabajo) con respecto a la participación de los regulados en los procesos de adopción de decisiones regulatorias, y se contrastan estos con las prácticas colombianas, se llega a la conclusión de que no existen procedimientos de consulta y divulgación formales entre las comisiones y las empresas reguladas. Avanzar en esta dirección reduciría el grado de discrecionalidad de los expertos comisionados y, definitivamente, contribuiría a mejorar la calidad de la regulación, a la estabilidad de la misma y una mejor relación entre las comisiones y los regulados. Asimismo reduciría el volumen de acciones legales ante los tribunales producto de decisiones de las comisiones que afectan intempestivamente la operación de las empresas y sus resultados económicos.

f. Control y rendición de cuentas

Además de la ausencia de mecanismos formales de consulta con las empresas reguladas, se extraña la ausencia de instancias en las cuales estas -y otros agentes- tengan la capacidad para informarse sobre las decisiones regulatorias.

No existe la obligación legal para las comisiones de presentar documentos periódicos en los cuales reseñen sus actividades y sean divulgados en foros públicos de manera periódica y regular. A manera de ejemplo, la Junta

Directiva del Banco de la República hace públicos trimestralmente los "informes de inflación" que analiza la Junta (con base en los cuales adopta decisiones en materia de tasas de interés), lo mismo que dos informes anuales sobre la estabilidad del sistema financiero y la relación entre éste y su clientela, y dos informes por año al Congreso Nacional sobre el estado de la economía y los resultados económicos del Banco, al inicio de cada legislatura. Todos estos informes se divulgan a través de medios electrónicos y se editan y distribuyen ampliamente entre expertos e interesados en el tema en Colombia y en el exterior.

Así las cosas, tampoco existen instancias apropiadas de rendición de cuentas por parte de las comisiones. Esta circunstancia termina por obstaculizar el proceso regulatorio porque el control de sus actividades se ejerce por la vía judicial (a través de demandas y de tutelas , lo cual ha llevado a que la Corte Constitucional siente doctrina en diferentes temas tanto regulatorios como institucionales), o del control disciplinario (a través de quejas ante la Procuraduría General de la República sobre actuaciones de los funcionarios), o del control fiscal (a través de actuaciones de la Contraloría General de la Nación)[61].

g. Cambio en las reglas de juego y percepción de la industria

Un aspecto fundamental para la atracción de capital privado y para la realización de inversiones en un sector determinado es la estabilidad y seguridad jurídica que tienen los inversionistas sobre el marco normativo aplicable al mismo. En este sentido, cambios arbitrarios en las reglas de juego le restan credibilidad al sector y, en consecuencia, desincentivan la inversión adicional que, en el caso de países en desarrollo se debe estimular para aumentar coberturas y calidad en los servicios públicos.

En la regulación se ha observado que las reglas se modifican sobre la marcha sin que exista una justificación lo cual genera incertidumbre y desconfianza entre los inversionistas privados. Así mismo, en el caso de agua potable, si bien no se han cambiado las reglas de juego sobre la marcha, llevan un largo período de tiempo desde que se realizó el estudio para sentar

---

[61] Ver Ayala Ulpiano y Millán Jaime, *La Sostenibilidad de las Reformas del Sector Eléctrico en Colombia*, op.cit, pag. 103.

las bases del Nuevo Marco Regulatorio, sin definir finalmente cual va a ser la regulación definitiva que se aplique al sector[62]. Es particularmente importante para un inversionista soportar su entrada o inversión en un sector sobre reglas de juego claras, que le permitan evaluar riesgos y beneficios de su participación. Por consiguiente es necesario definir un marco procedimental para la expedición de la normatividad regulatoria y los eventos en los cuales las reglas pueden ser cambiadas o no con el objeto de dar señales de transparencia y estabilidad regulatoria a los inversionistas.

h. La organización interna de las comisiones

Por último, pero no menos importante, deben mencionarse los problemas que se perciben en el funcionamiento interno de las comisiones y, en particular, en los procedimientos que se siguen en la interacción misma entre los expertos comisionados y los ministros, para adoptar decisiones en las reuniones de las comisiones. Estos problemas se derivan, claramente, de la participación de los ministros en las comisiones, pero se ven acentuados por las formas actuales de operación.

Es evidente la existencia de un desequilibrio muy fuerte entre la información y el conocimiento técnico de los comisionados y el de los ministros y el director del DNP que dificulta su interacción y, por consiguiente, el proceso de discusión de los temas de la agenda en las reuniones de las comisiones. Con excepción de la estrecha relación entre el ministerio de comunicaciones y la CRT, aquella entre las otras dos comisiones y sus respectivos ministerios "sectoriales" es tensa y distante.

Este desequilibrio se explica, también, por la debilidad técnica de los ministerios sectoriales los cuales, de hecho, dependen de las comisiones no solamente en temas específicos de la regulación sino en el diseño de las políticas. Esto, a su turno, explica la confusión que se presenta entre "política" y "regulación" a la cual se hizo mención en una sección anterior de este documento. El apropiado funcionamiento de las comisiones depende de que existan en los ministerios equipos técnicos capaces, que presten asesoría de

---

[62] A finales del año 2000 el profesor Pablo Spiller presentó a la Comisión de Regulación de Agua Potable las bases para diseñar el Nuevo Marco Regulatorio del sector agua potable y saneamiento básico.

buena calidad en el diseño de las políticas y sirvan de interlocutores técnicos entre el ministro y los expertos comisionados del respectivo sector. La creación de las comisiones reguladoras tendió a debilitar la capacidad de los ministerios para formular y aplicar las políticas sectoriales, tareas que son consustanciales a su existencia.

De ahí la importancia de establecer mecanismos de coordinación más eficaces entre las comisiones y los ministerios, con instancias técnicas claras, canales de información sobre la agenda y los temas a tratar por las comisiones que alimenten regularmente a los altos funcionarios gubernamentales, y mecanismos claros y formales para la comunicación de las políticas del Ejecutivo hacia los expertos comisionados.

En estos aspectos la experiencia del Banco de la República y su Junta Directiva es muy valiosa por la intensa relación técnica que existe entre los funcionarios del Banco y los del Ministerio de Hacienda y la existencia de mecanismos institucionales a través de los cuales se desarrolla la relación semanal de trabajo entre las dos entidades. Existe un comité coordinador de las actividades de la Junta, por ejemplo, que se reúne semanalmente con la participación del viceministro técnico de Hacienda. Este comité elabora la agenda de temas a tratar y la comunica con suficiente antelación al Ministro de Hacienda, de manera tal que el proceso de toma de decisiones se beneficia de los insumos técnicos del ministerio.

En otro orden de ideas, el equipo técnico del Banco de la República, coordinado por el gerente técnico de la entidad, es el responsable de elaborar los documentos que se presentan a los miembros de la Junta individualmente para su estudio y los discute con ellos, colectivamente, antes de presentarlos formalmente en la reunión de la Junta. Con base en esos documentos los Directores pueden presentar argumentaciones alternativas en la respectiva sesión de la Junta y votar a favor o en contra de sus recomendaciones. En contraste, la organización de las comisiones conduce a la búsqueda de un consenso sobre la posición de los comisionados en el "Comité de Expertos Comisionados", que se presenta en bloque en la reunión de la comisión, dificulta la discusión de los temas y la búsqueda de soluciones, y genera tensión entre el ministro y los comisionados, tal como ha sucedido en la CRA y en la CREG. Para que un esquema similar funcione en las comisiones se requiere un fortalecimiento importante de sus equipos técnicos.

La reforma de los procedimientos internos de las comisiones para estudiar los temas regulatorios y adoptar las decisiones es, entonces, un asunto

al cual debe otorgársele una mayor importancia para el buen funcionamiento del esquema institucional creado a raíz de las reformas en la provisión de los servicios públicos de principios de los años noventa en Colombia.

i. Las comisiones de regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

A pesar de la presencia del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios en las deliberaciones de las comisiones, con voz pero sin voto, la coordinación entre las dos instancias no es adecuada, lo que resta efectividad a la regulación e impone obligaciones a la Superintendencia que esta entidad no puede cumplir.

Existe la impresión de que las comisiones de regulación, en particular la CRA, tienden a emitir resoluciones que comprometen a la Superintendencia y que esta no tiene posibilidades de aplicar en la práctica. Esto se explica, entre otras razones, porque las comisiones están más lejos del sector respectivo que la Superintendencia, no conocen las limitaciones de la misma y no tienen incentivos para aminorar la necesidad de fiscalización.

La coordinación entre las comisiones y la Superintendencia está en el interés tanto de las unas como de la otra para cumplir cabalmente y en la mejor forma posible sus respectivas funciones. Para las comisiones es esencial tener acceso a la información que genera la Superintendencia y para esto a que el diseño de la regulación permita, efectivamente, controlar su aplicación en la práctica a nivel de las empresas reguladas. La percepción, sin embargo, es que hay un "dialogo de sordos" entre ambas instituciones[63].

j. Criterios en la aplicación de la ley

Se ha observado que las tres comisiones tienen diferentes criterios y entendimientos para regular los servicios públicos y diversas interpretaciones de las normas contenidas en la ley de servicios públicos. En particular, existen conceptos disímiles y en algunos casos contradictorios de las entidades de

---

[63] Entrevista con la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios y los delegados de la Superintendencia para el sector eléctrico y el gas, el agua potable y el saneamiento, y las comunicaciones. Abril de 2004.

regulación en torno a temas transversales como remuneración al capital, antimonopolios, gestión, tomas de posesión, rendición de cuentas y debate público de la regulación, entre otros, que generan inestabilidad en las reglas del juego para los operadores. En este sentido, se requiere contar con seguridad jurídica sobre la interpretación de la ley, para lo cual es posible definir en forma general los lineamientos de política e interpretación de la ley o crear instancias de coordinación entre las diferentes comisiones.

3. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - SSPD

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es, junto con los ministerios "sectoriales" y las comisiones de regulación, el tercer pivote de la estructura institucional de los servicios públicos en Colombia. La Superintendencia fue creada por la ley 142 de 1993 con el propósito general de vigilar el grado de competencia en la prestación de los servicios públicos, el cumplimiento de las normas reguladoras y de los estándares de servicios, y la calidad de la administración de las empresas de servicios públicos[64].

Se trata, entonces, de una gran entidad de vigilancia en el sector, con múltiples tareas y funciones específicas. Por ejemplo, la Superintendencia recopila la información sobre la operación y las finanzas de las empresas, debe fallar sobre los alegatos de abuso de posición dominante en el mercado de generación eléctrica, tiene contacto directo con la comunidad de usuarios y recibe sus quejas y sus reclamos , resuelve recursos de apelación que interponen suscriptores y usuarios una vez se resuelven las primeras instancias ante las empresas, e investiga las irregularidades de las empresas, entre otras funciones. De esta manera la Superintendencia está en contacto directo con las empresas, obtiene la información sobre su gestión y su comportamiento, y, debe conceptuar e informar sobre estos aspectos tanto a los ministerios como a las comisiones de regulación respectivas.

Parecería existir un consenso entre distintos analistas y consultores sobre el exceso de funciones de la Superintendencia y su incapacidad en la práctica para atenderlas. De ahí que la entidad se encuentre desbordada por las diferentes demandas de trabajo que se le han impuesto y que no haya logrado cumplir la tarea para la cual fue diseñada[65].

---

[64] La Ley 689 de 2001 modificó parcialmente la Ley 142 de 1994.

La mala situación de algunas empresas del sector eléctrico a raíz de la situación de finales de los años noventa y de deficiencias protuberantes en la administración de un conjunto de empresas públicas regionales -entre ellas EMCALI, la Electrificadora del Cauca, la Electrificadora del Chocó, la de Arauca y algunas otras más- condujo a su toma de posesión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Estas acciones, supuestamente temporales de acuerdo con el espíritu de las normas vigentes, y que por lo tanto deberían haber conducido a la firma de contratos de administración fiduciaria y a la liquidación de estas empresas, no lo han sido en la práctica. La Superintendencia administra entidades intervenidas, que continúan prestando los servicios. La justificación para hacerlo es el mandato de la Constitución de asegurar la prestación de los servicios públicos. Pero esta circunstancia ha conducido a que la entidad concentre recursos y esfuerzos en estas gestiones y se convierta en juez y parte, incurriendo en un típico conflicto de interés[66].

El caso más notorio de intervención de la Superintendencia ha sido el de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI, que tuvo lugar en el año 2000. La empresa continuaba a mediados de 2004 bajo la administración de la Superintendencia, con una participación muy activa del Superintendente actual y del mismo Presidente de la República, quienes han promovido la reestructuración de la deuda con los diferentes grupos de acreedores. Por falta de apoyo de la ciudadanía de Calí y de sus dirigentes políticos, no se procedió a la reestructuración de la empresa para efectuar su traslado al sector privado, como se propuso inicialmente, lo cual condujo a la búsqueda de una solución mediante la cual el gobierno central asumió algunas de las deudas y la propiedad se mantiene fundamentalmente en el municipio de Calí, si bien se ha propuesto la creación de un fondo de capitalización so-

---

[65] Para Ayala y Millán, por ejemplo, "los esfuerzos humanos y financieros que ha destinado la SSPD a vigilancia y control han sido insuficientes, lo que contrasta con los destinados al 'control social', hasta el grado en que la SSPD parece haber ido más allá de lo que establece la ley". Además, "ha extremado el énfasis en atención a peticiones, quejas y recursos" por lo cual cabría preguntarse "si ello no ha contribuido,, o puede deberse en parte, a la politización de la entidad y a la influencia en ella de los intereses regionales por sobre los nacionales". Ver Ayala Ulpiano y Millán Jaime, *La Sostenibilidad de las Reformas del Sector Eléctrico en Colombia*, op.cit, pags 68 y 69.

[66] De acuerdo con la Superintendente, "el manejo de las empresas intervenidas ha concentrado los esfuerzos de la Superintendente pero no los de la Superintendencia". Entrevista con la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, abril de 2004.

cial a través del cual los usuarios se conviertan en accionistas. De hecho, entonces, la toma de posesión terminó por bloquear un eventual proceso de privatización y prolongó el control del sindicato y de los políticos locales en la orientación de la empresa

Al igual que en el caso de las comisiones de regulación es importante revisar el perfil del Superintendente de Servicios Públicos, incluida su remuneración, su mecanismo de selección, y el manejo presupuestal de la Superintendencia por cuanto el organismo de control enfrenta similares problemas a los detectados para las comisiones de regulación.

Existe una condición particular sobre el origen de la SSPD que hizo que la entidad no fuera concebida ni por los agentes ni por el gobierno como un organismo técnico altamente calificado. Inicialmente, la SSPD se orientó casi exclusivamente hacia la atención de las peticiones, quejas y recursos de los usuarios y hacia la promoción de comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios, dejando de lado la labor de vigilancia de los mercados y prestadores de servicios públicos. En este sentido, se nombró en un comienzo a una serie de superintendentes sin perfil técnico ni especializado en servicios públicos, con los consecuentes problemas de debilidad institucionales para la entidad[67]. En las dos últimas administraciones de la entidad se ha hecho un gran esfuerzo por darle el carácter de entidad técnica de vigilancia, control y seguimiento de los mercados y de los prestadores de servicios públicos.

Por otra parte, como se mencionó atrás, la Superintendencia también está sometida a las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto. En este sentido, a pesar de contar con autonomía administrativa y patrimonial, no es autónoma en las decisiones de gasto y está sujeta a las presiones fiscales y de coyuntura macroeconómica del gobierno central. Lo anterior debilita su función, pues impide que cuente con los recursos técnicos, de apoyo y humano necesarios para supervisar controlar y sancionar al universo de empresas vigiladas, que sólo en el sector de acueductos asciende a más de 1000.

Por consiguiente, es necesario fortalecer a la entidad en términos de flexibilidad presupuestal y elevar el perfil de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dentro de la organización del Estado.

---

[67] El superintendente y sus delegados son de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República (ARTÍCULO 77 Ley 142 de 1994).

3.1. La promoción de la competencia en los servicios públicos en Colombia

El diagnóstico en materia de promoción y defensa de la competencia en los servicios públicos en Colombia muestra dispersión tanto en materia de normas como de entidades que cumplen funciones de autoridad de competencia.

La política de promoción de la competencia no se encuentra en cabeza de una sola entidad gubernamental. Es de suponer que los ministerios sectoriales -minas y energía, y comunicaciones- y el Departamento Nacional de Planeación, DNP, tienen la responsabilidad de formularla y desarrollarla. De manera explicita, sin embargo, esta función no se encuentra formalmente asignada por la ley ni a los ministerios, ni al DNP. Cómo ocurre, igualmente, en Chile, en donde la iniciativa gubernamental en materia de política de competencia "ha respondido esencialmente a actuaciones espontáneas de diversos ministerios y organismos estatales, sin que la promoción de la competencia haya sido necesariamente un criterio orientador de la acción pública"[68].

La Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, es la entidad encargada de resolver todos los casos relacionados con prácticas comerciales restrictivas, a menos que disposiciones especiales establezcan otra cosa, como sucede, por ejemplo, en el caso de los servicios públicos domiciliarios o en el de los servicios financieros y los seguros.

A pesar de la existencia de legislación en los temas objeto de acción por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y de un aparato institucional que tiene la capacidad requerida para funcionar, se considera que estructura legislativa es muy dispersa y que la Superintendencia es una institución con marcadas debilidades, entre ellas la de actuar en forma "errante", sin conceptos claros y consistentes, y sin información sobre los desarrollos, las tendencias y los fenómenos mundiales, en un asunto que para los colombianos es extraño pero que ha venido adquiriendo importancia creciente en el diseño de la política económica de los países[69].

---

[68] Jadresic Alejandro, Blanlot Vivianne, y San Martín Gregorio, *La Nueva Regulación*, Dolmen Ediciones, 2001. op.cit. pag 101.

[69] Cortazar Javier, *Hacia un Nuevo derecho de la Competencia en Colombia*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, D.C. 2003.

En el terreno institucional cumplen, además, funciones de autoridad de competencia tanto la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, SSPD, como las comisiones de regulación y el Ministerio de Comunicaciones, por cuanto el decreto 2122 de 1992 le asigna a esta última entidad dicha función, en el caso de conductas que afecten la libre competencia en comunicaciones y servicios postales. De esta manera, hay un régimen general en materia de competencia, con una entidad encargada de su aplicación que es la SIC, y regímenes sectoriales en el caso de los servicios públicos domiciliarios, cuya aplicación está en cabeza de la SSPD, las comisiones de regulación y el Ministerio de Comunicaciones.

Adicionalmente al problema de la dispersión, la capacidad de la SSPD para actuar como autoridad de competencia en los servicios públicos domiciliarios es limitada por la debilidad técnica y administrativa de la entidad. Como se anota en un concepto jurídico solicitado por Fedesarrollo sobre este tema, "la función como autoridad de competencia de la SSPD es de alguna manera extraña a las funciones de vigilancia administrativa que normalmente desempeña", lo cual puede comprobarse al observar el record de la actividad sancionatoria de la entidad ; "salvo los casos de interconexión en materia de servicios de telecomunicaciones, esta función se ejerce en asuntos diferentes a problemas de competencia"[70].

Al problema de la dispersión se suma el de la falta de coordinación entre las diferentes autoridades de competencia. No existe ninguna norma legal, ni ningún mecanismo institucional que permita coordinar el trabajo de la SIC y de la SSPD y establecer consistencia en el manejo de los distintos regímenes. En la actualidad tanto la SIC como la SSPD desempeñan sus funciones de manera totalmente independiente. Esto ha dado lugar a que los temas de competencia no cuenten con la debida atención, a polémicas frente a los mismos, a desgaste administrativo en las entidades y a incertidumbre por parte de las empresas[71].

En el caso de la generación eléctrica se han presentado problemas por la elevada concentración del mercado, en donde las tres empresas más grandes controlan el 50% de la capacidad instalada y las cuatro más grandes el 65%, han existido, en algunos momentos, restricciones de transmisión im-

---

[70] Cortázar Javier, "Documento sobre el Régimen y la Autoridad de Competencia", Informe presentado a Fedesarrollo, mayo 2004, *op.cit.*

portantes y, además, hay un alto grado de integración vertical. Se presentan, entonces, oportunidades para ejercer poder de mercado, a pesar de la existencia de normas que limitan la concentración.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, ha adoptado medidas, como lo hizo en 2001, tendientes a controlar el poder de mercado en áreas en donde se presentaban restricciones de transmisión, lo cual se considera perfectamente legitimo como práctica regulatoria[72]. A la SSPD correspondía, en este caso, el control *ex post* de estas prácticas. Es claro, sin embargo, que este tipo de actuación por parte de la SSPD no es suficiente y que es recomendable poner en práctica una combinación de medidas reguladoras y de control, auxiliadas por un cuerpo especializado que formule recomendaciones tanto al regulador como a la entidad que vigila la competencia, en este caso la CREG y la SSPD respectivamente[73].

En síntesis, el régimen de la competencia en los servicios públicos está compuesto en Colombia por una serie de normas de alcance sectorial. En el terreno institucional, además, varias entidades cumplen funciones de autoridad de competencia. Esta situación genera incertidumbre y falta de predecibilidad.

La coexistencia de diferentes regímenes sobre una misma materia -la libre competencia- sujetos a la aplicación y la administración por parte de diferentes autoridades plantea problemas de difícil solución que afectan la operación del mercado de los servicios públicos. Por consiguiente, es necesario adoptar algunas medidas en el corto plazo y en el mediano y largo plazo con el fin, primero, de coordinar las actividades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y de la Superintendencia de Industria y Comercio y, segundo, de estudiar la necesidad de medidas de carácter es-

---

71 En el documento de Cortázar se menciona el caso de investigaciones iniciadas en la SIC sobre posibles conductas de abuso de posición dominante por parte de empresas de servicios públicos domiciliarios que fueron remitidos a la SSPD y sobre los cuales no ha habido pronunciamiento alguno hasta la fecha. Igualmente se hace referencia a la polémica de 1998 entre TELECOM y la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, CRT, porque la empresa consideraba que correspondía a la Comisión conocer de denuncias sobre conductas anticompetitivas de algunas empresas rivales y la CRT consideraba que se trataba de temas cuyo manejo correspondía a la SSPD. *Ibid.*

72 Ver Ayala Ulpiano y Millán Jaime, *La sostenibilidad de las Reformas del Sector Eléctrico en Colombia*, Fedesarrollo, Bogotá, Colombia, 2003.

73 *Ibid.*

tructural para establecer una autoridad única en materia de competencia y unificar las normas relacionadas con las promoción y la defensa de la competencia en el país.

3.2. Las comisiones de regulación y la "segunda instancia"

Las decisiones de las comisiones de regulación son actos administrativos sujetos al derecho público y en especial a lo estipulado en el código contencioso administrativo y, como tal, son revisables en vía gubernativa mediante el recurso de reposición. Una vez agotado éste mecanismo, la justicia contenciosa administrativa es la competente para conocer de las acciones que se intenten contra los actos de las mencionadas comisiones. Es decir, no existe una "segunda instancia administrativa" que se pueda invocar antes de que el acto sea sometido a revisión o control por parte de la justicia contencioso-administrativa.

La justicia contencioso administrativa en Colombia, al igual que la civil, penal y laboral, se encuentra congestionada. De acuerdo con el Informe presentado por el Consejo Superior de la Judicatura al Congreso correspondiente periodo 2002-2003, en el 2002 entraron 1'170.639 procesos a todos los despachos de todas las ramas de la justicia. De esos el 90,9%, es decir 1.064.173 ingresaron en primera instancia y el 9,1 en segunda instancia. El 3,8% es decir 44.834 ingreso a la justicia contencioso administrativa. Por su parte, en ese mismo periodo se evacuaron 1'210.608, el 91.6% en primera instancia y el 8,4% en segunda instancia. El 2,8% corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa (Cuadros 2 y 3).

De acuerdo con el Informe mencionado "entre 1998 y 2002 en esta jurisdicción la demanda ha crecido en promedio un 8.93% anual, mientras que las salidas lo han hecho un 7,93%, lo cual significa un represamiento de casi 11.000 procesos anuales"[74].

Así mismo, el Informe sostiene que en el año 2002 ingresaron al Consejo de Estado 13.667 procesos y salieron 8.917. Es decir, el represamiento nominal (sin contar los procesos que ya tiene acumulados de años anteriores) es de 34,8%[75]. En cuanto al tiempo de duración en un despacho judicial antes de ser fallado de forma definitiva y concluyente, un proceso permane-

---

[74] Consejo Superior de la Judicatura. Informe al Congreso 2002-2003. República de Colombia. Pg 51.

Cuadro 2. Entrada y salida de procesos al contencioso 2002-2003

	Primera	Segunda	Total
Entrada	44.676	158	44.834
Salida	33.839	135	33.974

Fuente: Informe Superior de la Judicatura al Congreso 2002-2003.

Cuadro 3. Recuento histórico de entradas de procesos

1998	1999	2000	2001	2002
31.977	40.079	42.121	47.958	44.834

Fuente: Informe Superior de la Judicatura al Congreso 2002-2003.

ce en el contencioso-administrativo antes de ser evacuado entre 1,5 años y 8 años[76].

Un factor que ha contribuido al aumento de las demandas que se presentan ante la jurisdicción contenciosa administrativa es el incremento en el número de entidades del Estado. La reorganización estatal surgida a partir de la expedición de la Constitución de 1991, ha creado nuevas instituciones estatales tales como las comisiones de regulación de los servicios públicos, cuyos actos son recurribles ante dicha jurisdicción.

Dado que las comisiones solo cuentan con una instancia de revisión de sus decisiones en vía gubernativa y que el fallo sobre el recurso lo emite el mismo funcionario que tomo la decisión en primera instancia, en caso de no estar de acuerdo con el fallo, el recurrente deberá acudir a la justicia contenciosa administrativa para que se revise nuevamente el asunto. Lo anterior, genera obviamente congestión al interior de la rama jurisdiccional, demoras y gastos que no se causaría de existir una segunda instancia administrativa.

---

75 Ibidem pg. 51.

76 Departamento Nacional de Planeación. Presentación Power Point. Programa de renovación de la administración pública. Comité de Enlace sector público y sector privado. II instancia. Agosto 23 de 2003.

De igual manera los fallos jurisdiccionales son tomados en derecho por funcionarios que no siempre tienen conocimientos técnicos sobre la prestación de los servicios públicos lo que muchas veces genera que la decisión jurídica se retrase y no se ajuste a las realidades técnicas del servicio y de la empresas prestadora el mismo.

En consecuencia, desde hace algún tiempo ha venido sugiriéndose la opción de establecer una "segunda instancia" de revisión en vía gubernativa para agilizar la toma de decisiones (por parte de técnicos, peritos en servicios públicos) y contribuir a la descongestión judicial.

A continuación en el Cuadro 4 se elabora un recuento de derecho comparado sobre la segunda instancia administrativa en los países de la región para, en una sección posterior plantear alternativas de solución del problema.

Cuadro 4. Derecho comparardo sobre la segunda instancia administrativa en los países de la región

	Entidad encargada de la regulación	Composición de la entidad	Funciones de la entidad reguladora	Recursos existentes
Bolivia	SIRESE: sistema jerárquicamente organizado, encargado de "regular, controlar y supervisar las actividades de los sectores de telecomunicación, electricidad, hidrocarburos, transporte y saneamiento básico."[1]	5 superintendencias sectoriales - telecomunicaciones - transporte - electricidad - hidrocarburos - saneamiento básico - Superintendencia General: jerárquicamente superior; coordina las superintendencias sectoriales.	- Ejercer la regulación y el control del sector respectivo. - Primera instancia de decisión de impugnaciones. - Fiscalización y coordinación. - segunda instancia administrativa de impugnación de las decisiones emitidas por dichas sectoriales.	- Apelación
Costa Rica	Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos ARESEP.			- Apelación: Se impugnan ante la Junta Directiva las decisiones tomadas en primera instancia por el Regulador General
Panamá	Ente regulador de los servicios públicos ERSP.			- Reconsideración: se presenta ante la Junta Directiva, es œnica instancia y agota la vía gubernativa
Perú	Cuatro entidades reguladoras independientes.	Sectores: - telecomunicaciones - agua y saneamiento - energía - transporte - Tribunal de solución de controversias en cada entidad. Conformado por 5 (cinco) miembros designados por resolución suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro del sector al que pertenece la actividad económica regulada.	- Supervisión, regulación, y sanción a las entidades prestadoras de los servicios - Solución de controversias sobre los asuntos de su competencia. - Estos organismos ejercen la regulación, la supervisión y el control.- E x i s t e "segunda" instancia en la fijación de tarifas de agua potable (comisión de peritos) y en diversas materias en el sector eléctrico (panel de expertos)	- Primera instancia se ejerce ante los mismos funcionarios que tomaron la decisión - Segunda instancia: se presenta ante el Tribunal de solución de controversias de la respectiva entidad. Sólo con el uso de este recurso se agota la vía gubernativa.
Chile	- No existen entes reguladores independientes. El presidente delega la regulación en los ministerios, superintendencias y comisiones interministeriales. - No existe rama contenciosa administrativa.	Entidades reguladoras son: - Superintendencia de Servicios Sanitarios - Superintendencia de Electricidad y combustibles - Comisión Nacional de Energía - Subsecretaria de Telecomunicaciones		- Reposición - Apelación ante instancias arbitrales - Recurso de legalidad ante Contraloría General de la República

[1] Pagina web: www.sirese.gov.bo/

CAPÍTULO CUATRO

Propuestas y acciones

La continuidad del suministro futuro de los servicios públicos en Colombia, la ampliación de su cobertura, y su prestación de manera eficiente, depende del adecuado funcionamiento del esquema institucional implantado en Colombia a mediados de la década de los noventa. Lograr este objetivo requiere diseñar y llevar a la práctica un programa de fortalecimiento institucional, que comprenda un conjunto de acciones a desarrollar en el corto y en el mediano plazo.

El análisis que se ha realizado sugiere que en general la Ley 142 de 1994 provee un marco adecuado para el desempeño de las funciones de regulación y vigilancia de las actividades envueltas en el suministro de servicios públicos, si bien ella impone algunas condiciones y restricciones que sería deseable remover hacia el futuro. Hay que tener en cuenta, además, que limitaciones de índole político han impedido desarrollar, en la práctica, el espíritu de la ley. Por consiguiente, resulta prioritario consolidar el sistema institucional existente, preferentemente dentro del actual marco legal, antes que proceder a una reforma de dicho marco.

En razón de la debilidad detectada en el sistema de regulación, las propuestas de corto plazo apuntan, en su conjunto, a mejorar la capacidad efectiva de los reguladores y de las comisiones para llevar a cabo sus labores. En la medida en la que ambos, los expertos comisionados y las instituciones que lideran, cuenten con la calificación y la experiencia requerida, tendrá sentido otorgar un nivel mayor de independencia a la entidad reguladora.

En cuanto a la conformación de las comisiones de regulación, se requeriría un cambio legal para excluir de ellas a los ministros y a las autoridades gubernamentales. En una perspectiva de mayor plazo ello sería conveniente, especialmente si se ha logrado previamente delimitar con claridad las funciones de los organismos reguladores y consolidar sus criterios de decisión. En el corto plazo, sin embargo, la participación de dichas autoridades no necesariamente es contraproducente por cuanto puede contribuir a suplir la falta de mecanismos de control y supervisión de la actividad regulatoria y a otorgar mayor legitimidad a las comisiones.

La visión de mediano plazo, entonces, considera la necesidad de implantar modificaciones de tipo legal que permitan que las instituciones de re-

gulación, vigilancia, control y defensa de la competencia funcionen de manera más autónoma y eficiente.

1. La legitimidad e idoneidad de los reguladores

La necesidad de establecer mecanismos que aseguren la idoneidad de las autoridades de regulación es un punto esencial de las propuestas. La labor de los expertos comisionados debe gozar de "legitimidad" en el sentido de que sus decisiones sean aceptadas y respetadas por los destinatarios de la regulación (empresas y usuarios) lo mismo que por la opinión pública y por la academia. Por esta razón dichas decisiones deben provenir de un grupo de expertos que no solamente reúna calificaciones técnicas, calidades profesionales y experiencia sino, también, y no menos importante, rectitud moral, manejo político, independencia de criterio y excelente capacidad de gestión. Para lograr este propósito sería importante adoptar medidas como las que se proponen a continuación.

1.1. Sistema de selección de los reguladores y del Superintendente

Como se mencionó en el diagnóstico, se detectan deficiencias en los mecanismos de selección de los reguladores y del superintendente de servicios públicos, en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y en la escala de remuneración, que se traducen en la dificultad de contar con funcionarios de alto nivel en estas entidades. El proceso de selección de los expertos comisionados y del superintendente se realiza mediante la designación por parte del Presidente de la República, con base en los criterios establecidos en la ley pero en ausencia de procedimientos previos que incentiven y promuevan la escogencia de los individuos más capacitados para dichos cargos.

En este sentido, la acción propuesta consiste en modificar el proceso de selección de los comisionados y del superintendente en los siguientes términos:

- Definir el perfil para ejercer el cargo de experto comisionado o de superintendente de servicios públicos, en términos de formación académica, campos de experiencia y años y competencias personales[77]. En la siguiente sección se presenta en términos generales el perfil propuesto para los comisionados y el superintendente, de acuerdo con el análisis realizado y con las funciones y responsabilidades que deben asumir.

- Se conformará una lista de candidatos que reúnan las condiciones exigidas para ser sometida a consideración del ministro sectorial. Para conformar esta lista se recomienda que los ministros "sectoriales" integren comisiones *ad-hoc* de búsqueda con individuos de amplia trayectoria profesional o académica quienes definirían el procedimiento a utilizar a fin de elaborar la lista de candidatos. Este puede contemplar la convocatoria de concursos públicos y, en todo caso, debería permitir que quienes llenen los requisitos del cargo puedan postularse por si mismos ante la comisión *ad-hoc* respectiva.

- Con base en la lista de candidatos, el ministro sectorial elegirá cinco candidatos, tomando en cuenta los de mejor calificación en términos de experiencia y formación académica, para consideración del Presidente.

- Finalmente, el Presidente de la República seleccionará al experto o al superintendente de la lista que presente la comisión *ad-hoc*.

Para reglamentar el proceso de selección de expertos y del superintendente de servicios públicos se requiere la expedición de un decreto reglamentario del artículo 71.2 de la Ley 142 de 1994, que establezca la forma en que el Presidente de la República designará a los expertos comisionados, así como del artículo 77 de la misma ley, en lo que respecta a la selección del superintendente.

De igual forma, se debe tener en cuenta que las comisiones de regulación cuentan con estatutos y reglamentos internos que también pueden ser objeto de modificación, en aras de establecer la forma de efectuar la preselección y selección de los expertos comisionados.

1.2. Perfiles de los expertos

Un elemento crítico es el perfil de los reguladores. Es importante que ellos entiendan claramente el objetivo de la función que desempeñan, su interacción con las otras entidades que conforman el sistema de regulación -en

---

[77] Conjunto de conocimientos, habilidades y comportamientos de una persona que define su capacidad para desempeñar una cargo. Shirley Fletcher, *Herramientas y Técnicas para Analizar Trabajos, Funciones y Puestos*, Editorial Panorama 2000.

particular los ministerios sectoriales y la Superintendencia de Servicios Públicos- y que cuenten con una probada calificación profesional, experiencia, independencia, probidad, habilidad gerencial, manejo político y liderazgo. Se sugiere, entonces, que el procedimiento de selección contemple la evaluación de estos elementos y que el acto administrativo mediante el cual se procede a su nombramiento contenga los fundamentos específicos que se tuvieron en cuenta para su designación y que este sea de público conocimiento, al igual que la hoja de vida del designado. A continuación se describe el perfil propuesto para la selección y designación de expertos comisionados y del superintendente de servicios públicos.

a. Expertos comisionados

Formación académica

En las comisiones reguladoras se requieren individuos capacitados en ingeniería, economía, finanzas y carreras afines, y derecho. Es conveniente que la composición profesional del conjunto de cada una de las comisiones sea diversa en cuanto a su formación profesional y experiencia. En cambio, es inconveniente que todos sean ingenieros, sólo con fortaleza en los aspectos técnicos de la profesión porque, si bien la ingeniería es un elemento relevante de la regulación, también lo es que los reguladores tengan claros los conceptos económicos y legales de la regulación. Debe abrirse, entonces, la posibilidad de vincular abogados como expertos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, GREG, tal como es posible en la CRA y la CRT, y que los procedimientos de selección velen por la diversidad de los integrantes de las comisiones.

Es importante que el perfil de los comisionados reconozca de manera apropiada el nivel de conocimientos, experiencia y los estudios de pre y postgrado de los candidatos. A estos criterios debe otorgarse un peso importante en el proceso de selección. Por lo tanto, se debe otorgar prioridad al hecho de que los candidatos tengan título de postgrado, una vez más, en regulación, ingeniería, economía, finanzas y carreras afines, o derecho.

Se sugiere otorgar un peso importante en el proceso de selección al criterio de contar con reguladores con grados de maestría y Ph.D., que dominen los conceptos de regulación económica, aunque tengan una experiencia limitada en el sector público, en empresas reguladas o en consultoría.

La experiencia de la regulación es reciente en el mundo entero y los conceptos de la regulación tienden a ser dinámicos por lo cual es fundamental tener acceso a los conocimientos más recientes y contar con la capacidad para asimilar nuevas teorías e ideas relacionadas con el tema.

Experiencia profesional

La Comisión de Reformas *ad-hoc* al Ministro de Minas y Energía propuso establecer, en el texto de la ley, el requisito de "tener, como mínimo diez (10) años de experiencia en actividades que se relacionen con los servicios públicos a regular" de los cuales, "por lo menos seis (6) deberían haber sido ejercidos en Colombia"[78]. Sin embargo, no se considera indispensable contar con experiencia relacionada directamente con el servicio público a regular, bien en lo técnico o en lo gerencial, por un largo período de tiempo. En este sentido, se propone exigir las siguiente experiencia:

- Mínimo diez años de experiencia profesional. Se entiende que el tiempo de estudios de postgrado (Magíster o Doctorado) cuenta dentro de este tiempo.

- Mínimo tres años de experiencia específica en regulación. Se considera válida la experiencia en entidades públicas o privadas de servicios públicos, nacionales o internacionales; desarrollo de asesorías o consultorías; elaboración de estudios de investigación; y, docencia, en cargos relacionados con el área de la regulación económica.

Con relación al período, se recomienda mantenerlo fijo, según lo establece la ley, para dar estabilidad, independencia y hacer predecible la práctica reguladora. Es importante, sin embargo, escalonar los nombramientos de tal manera que el cambio de la totalidad de los comisionados no coincida con los cambios de gobierno. En este sentido la experiencia de la Junta del Banco de la República es ilustrativa por cuanto el Presidente de la República no puede, durante el período de cuatro años cambiar sino a dos de los cinco miembros de dedicación exclusiva por vencimiento de término.

---

[78] Comunicación del Secretario Técnico del Consejo Nacional de Operación, CON, al Ministro de Minas y Energía, diciembre 5 de 2003.

b. Superintendente de servicios públicos

Formación académica

Se requiere que tenga estudios de pregrado en ingeniería, economía, finanzas y carreras afines, y derecho, y, preferentemente, un título de postgrado en las mismas áreas o en regulación.

Experiencia profesional

Para este cargo es deseable que se nombre un profesional con reconocida experiencia, independencia, probidad, habilidad gerencial y liderazgo. Se recomienda que se establezcan los siguientes requisitos:

- Mínimo diez años de experiencia profesional. Al igual que en el caso de los comisionados es inconveniente que profesionales demasiado jóvenes o sin experiencia ejerzan cargos de responsabilidad y que requieren de una amplia experiencia que soporte los procesos de toma de decisiones. Para este tiempo contaría el de estudios de postgrado tanto de Magíster como de Doctorado

- Mínimo tres años de experiencia sectorial (energía y gas, telecomunicaciones y agua potable y saneamiento). Es deseable que el candidato a superintendente tenga un conocimiento general del sector de servicios públicos. Se considera válida la experiencia en entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales; desarrollo de asesorías o consultorías y elaboración de estudios de investigación en cargos relacionados con el sector de servicios públicos, incluyendo la elaboración de tesis para optar por títulos avanzados.

Para implementar esta acción, de definición de perfiles, se requiere mediante la expedición de un decreto reglamentario expedido por el Presidente de la República establecer los requisitos que deben reunir los expertos comisionados de las comisiones de regulación de telecomunicaciones y de agua potable y saneamiento básico, así como para el superintendente de servicios públicos domiciliarios, toda vez que tales requisitos no son contemplados en la ley, sino en reglamentos internos de tales entidades y en sus manuales de funciones.

Tratándose de los requisitos de los expertos de la comisión de regulación de energía y gas, se debe considerar que los mismos están establecidos en la Ley 143 de 1994, de manera que se debe explorar la posibilidad, aspecto que se analizará en detalle en el siguiente capítulo del presente documento, si el Presidente de la República está facultado para modificar esos requisitos por medio de un decreto que expida al amparo de las facultades permanentes que le otorga el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, caso en el cual deberá expedirse un decreto de reestructuración de esa entidad, acompañado de las otras medidas que se proponen como acciones en este documento; en caso contrario, esto es, si no le es posible modificar los requisitos por medio de un decreto de reestructuración, se deberá modificar la Ley 143 de 1994 en ese aspecto, bien sea por el legislador ordinario, o por el Presidente de la República con base en facultades extraordinarias.

1.3. Remuneración de los expertos y del Superintendente

La remuneración actual de los expertos comisionados y del superintendente, fijada por el Presidente de la República, es baja y no corresponde a la categoría del cargo. Tampoco toma en cuenta las condiciones que implica ejercer el cargo, como las inhabilidades y la dedicación exclusiva, ni está acorde con el nivel de responsabilidad y funciones que se deben desarrollar. Actualmente, la remuneración mensual es cercana a $8 millones; en el sector real, los salarios para cargos gerenciales, que exigen un perfil como el definido en la sección anterior, oscilan en un rango entre $12 y $20 millones de pesos mensuales. Aún en las universidades -teniendo en cuenta bonificaciones por investigación y publicaciones- pueden ser mayores ($10-$12 millones).En países como Argentina y Chile la remuneración de los reguladores es al menos el doble de la de Colombia.

En el caso del superintendente, éste tiene una remuneración que se considera baja si se tiene en cuenta que este funcionario responde por la supervisión, vigilancia y control de un universo mayor a 1000 empresas en diversos sectores; por la administración y liquidación de las empresas de servicios públicos tomadas en posesión y por la administración del sistema único de información, entre otros.

En este sentido, la acción que se propone es elevar la remuneración para los expertos comisionados y para el superintendente de servicios públicos,

en forma tal que sea competitiva frente a la remuneración ofrecida en el mercado para cargos similares y que sea equiparable a la de los altos directivos del ejecutivo, como ministros o miembros de la junta del Banco de la República.

Se puede también adoptar el esquema utilizado en algunos países, donde se tiene en cuenta la inhabilidad de "salida" en la remuneración, por lo cual se otorga una "bonificación" a la salida que compensa parcialmente la existencia de la inhabilidad y genera un atractivo adicional para ocupar el cargo.

Para implementar esta acción se requiere actuar conforme con los lineamientos plasmados en la Ley 4ª de 1992, para establecer la escala de remuneración de los empleados públicos. En este sentido, es menester elevar el cargo de experto a un grado de mayor jerarquía de manera que el salario se incremente, pero claro está, de acuerdo con las restricciones allí establecidas en el sentido en que no pueden devengar un salario superior al del Presidente de la República.

1.4. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades

Se recomienda eliminar la inhabilidad de "entrada", es decir que en el curso de los doce (12) meses anteriores a la designación como experto comisionado el individuo no hubiere desempeñado cargos técnicos o de dirección en empresas cuya regulación sea responsabilidad de la comisión para la cual es candidatizado, y mantener la de "salida" ,es decir, que al concluir el mandato de un comisionado éste no pueda ocupar cargos o asesorar empresas que reguló en el pasado inmediato. De todas maneras, así se elimine la inhabilidad de "entrada" si el designado para el cargo proviene directamente de una empresa regulada deberá declararse impedido de actuar en temas en los cuales él mismo y la empresa respectiva hubieren promovido activamente frente a la comisión de regulación y las autoridades en general.

Por otra parte, se recomienda eliminar las inhabilidades que tienen relación con los parientes en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Para la consultoría es evidente que quienes tienen relación directa con un experto, por ejemplo, el cónyuge o un hermano, no podrían trabajar en una empresa de servicios públicos, pero los primos o los hermanos de los cuñados si podrían hacerlo. Esta inhabilidad ha impedido en varias ocasiones que se nombren expertos en las comisiones porque tienen un pariente lejano que trabaja en una empresa de servicios públicos.

Igualmente, es importante insistir en las inhabilidades relacionadas con la inversión en acciones que un experto, sus familiares directos, o sociedades en las cuales participe, mantenga en empresas reguladas por la respectiva comisión por cuanto ese interés puede afectar, de manera grave, la independencia de la comisión. En principio, ni el experto, ni sus familiares directos podrían tener acciones en empresas reguladas y tampoco participación o unidades en fondos o sociedades de inversión orientados exclusivamente a los sectores regulados (comunicaciones, energía eléctrica o gas en el caso colombiano). Esta inhabilidad debe extenderse a todos los funcionarios de las comisiones, bien sea que ellos ejerzan funciones de naturaleza técnica o administrativa.

Puede ser útil agregar una expresión general que limite el acceso a las comisiones a quienes tienen conflicto de interés y obligue a quienes sean designados a hacer una declaración pública en la que manifiesten no estar incurso en ningún conflicto de interés. Esta acción requiere una modificación a la Ley 142 de 1994, ya sea por parte del legislador ordinario o por parte del Presidente de la República con fundamento en facultades extraordinarias.

2. Fortalecimiento del organismo regulador y procedimiento para la toma de decisiones

Esta línea de acción persigue dos objetivos. En primer lugar, se busca que exista coherencia entre la política y la regulación. En segundo término, dar transparencia, credibilidad y eficacia al proceso de toma de decisiones, lo cual permite efectuar un seguimiento a las actuaciones del regulador que se traduce en una rendición de cuentas ("*accountabilty*").

2.1. Separación de la política y la regulación

La acción en este aspecto consiste en reforzar la coordinación entre los responsables de la política -ministerios "sectoriales", ministerio de Hacienda y Departamento Nacional de Planeación- lo mismo que la coordinación entre las mismas comisiones de regulación. La propuesta consiste en el establecimiento de dos instancias de coordinación:

Un comité de coordinación a nivel del Ejecutivo, en el cual se unifique la posición de cada una de las entidades con respecto a la política sectorial,

antes de presentarla formalmente a las comisiones de regulación, y establecer un mecanismo formal para hacer esta presentación, por ejemplo mediante documentos debidamente aprobados por el CONPES, el Consejo Nacional de Política Económica y Social. El Departamento Nacional de Planeación debería ejercer formalmente y en las práctica la secretaria técnica de este comité. Y, un comité de coordinación entre las tres comisiones de regulación en el cual se unifiquen criterios en los casos en que ello se juzgue necesario, como la fijación de tasas de remuneración del capital, WACC, a utilizar en los procesos de fijación de las tarifas de los servicios públicos.

La creación y puesta en marcha de estos comités debería llevarse a cabo en el corto plazo, así los ministros "sectoriales" continúen participando en las deliberaciones de las comisiones de regulación. Sería más clara la instancia en la cual se definen las políticas, lo mismo que el procedimiento para transmitirla a las comisiones y habría un proceso de aprendizaje para la etapa futura en la cual los ministros no formen parte de las comisiones.

En el mediano plazo se recomienda que, una vez se compruebe que las comisiones han adquirido un grado importante de "legitimidad" los ministros sectoriales no formen parte de las comisiones de regulación. La presencia de los ministros en las comisiones es una de las razones fundamentales por las cuales se confunden la "política" y la "regulación" por cuanto las discusiones de política se trasladan a una instancia que no es apropiada para ello, sin perjuicio del derecho y la conveniencia de que los comisionados formulen recomendaciones al gobierno. Además, la presencia de los ministros en las comisiones los coloca en situaciones complejas e incomodas, por ejemplo, si sus posiciones son contrariadas por los expertos comisionados.

2.2. *Procedimiento para la toma de decisiones*

El procedimiento para la toma de decisiones por parte de las comisiones de regulación es elemento esencial de los procesos regulatorios. Se propone establecer mecanismos formales de consulta, divulgación y discusión de las decisiones regulatorias. Es importante que los regulados conozcan una agenda, anual y multianual de los temas regulatorios que tratará cada comisión para que los interesados sepan de antemano las decisiones que adoptarán en el futuro cercano. Esto permitiría evaluar el impacto que va a tener cada decisión sobre las empresas prestadoras de los servicios y en sus usuarios.

Se propone que se reglamenten las etapas, requisitos, criterios de decisión y plazos de las principales decisiones que le competen a las comisiones de regulación. Dentro del proceso regulatorio se debe incluir tanto la obligación de publicar y justificar los principios básicos que guían la regulación (si, por ejemplo, predominará una regulación con base en tasa de retorno, una de incentivos o una combinación de ambas) como la de realizar audiencias públicas de debate de la regulación, en las que se garantice que todos y cada uno de los comentarios y observaciones que presenten los agentes interesados sean tenidos en cuenta dentro del proceso de estudio y expedición de la regulación. Debe existir, además, la obligación formal de que las comisiones respondan dentro de un plazo prudencial las solicitudes e inquietudes de los regulados.

Esta reglamentación debe estar acorde con las normas legales vigentes y, en los casos en que la ley no indique procedimientos o plazos específicos, se deben establecer explícitamente en la reglamentación la cual, además, deberá estar permanentemente a disposición del público a través del Internet.

Por otra parte, se recomienda que las comisiones presenten de manera pública -así sea en forma virtual- los estudios que servirán de base para la adopción de medidas regulatorias, con un plazo razonable para recibir comentarios Así mismo, que toda la información que haya servido de base para las decisiones de regulación se le otorgue el carácter de pública, salvo que en forma excepcional y por expresa disposición de la ley o la autoridad reguladora, se declare fundadamente la confidencialidad de determinados antecedentes. Se propone, además, que todas las resoluciones de las comisiones de regulación contengan expresamente los fundamentos específicos de las decisiones, que deben ser consistentes con los objetivos de la regulación y las normas vigentes.

Para dar transparencia al proceso regulatorio se propone que una vez adoptada la decisión se consignen en el acta respectiva, en forma, clara tanto la posición de la mayoría como los salvamentos de voto de quienes no se encuentren de acuerdo con la misma. Para este último efecto quienes así procedan deberán presentar de manera individual y por escrito ante el secretario de la comisión, un documento en el cual sustenten los motivos y las razones de su voto, el cual deberá ser anexado al acta de la sesión de la comisión. Estos documentos serán publicados en la página "web" cuyo dominio es de las propias comisiones.

Para esta acción se requiere modificar los estatutos internos de cada comisión, función que está a cargo de las mismas y que requiere, en todos los casos, de la previa aprobación del Gobierno Nacional.

En lo que se refiere a los mecanismos internos de elaboración de los estudios y discusión en las reuniones de las comisiones, se recomienda adoptar una estructura similar a la de la Junta Directiva del Banco de la República, descrita en la sección de diagnóstico institucional del Capitulo III de este documento.

Para este fin cada comisión debe contar con un equipo de alta calidad coordinado por un "director técnico" que cumpla funciones equivalentes al Subgerente Técnico del Banco de la República y sea el responsable último de la calidad y la oportunidad de la presentación de los estudios que servirán de base para la adopción de decisiones por parte de la respectiva comisión. Estos documentos se presentarían en conjunto a los miembros de la comisión con anterioridad a la sesión formal en la cual van a discutirse (los miembros de la comisión podrían formular observaciones a los mismos) y, con base en ellos, los comisionados se formarían una posición individual para la deliberación y el voto en las sesiones de la comisión. El "Comité de Expertos Comisionados", que existe en la actualidad, dejaría entonces de operar como filtro y mecanismo para alcanzar una posición de unificada y de consenso entre los comisionados, antes de las sesiones formales de las comisiones.

Finalmente, se propone que las comisiones presenten por lo menos un informe anual de sus actividades con la situación de los sectores regulados, los problemas encontrados y enfrentados, los estudios realizados, las resoluciones adoptadas y los efectos de las mismas sobre los sectores regulados. Podría tratarse de un informe al Congreso Nacional o al ministerio sectorial correspondiente y debe ser público.

2.3. Fortalecimiento técnico (gasto de las Comisiones y de la SSPD)

La efectividad de una comisión de regulación está determinada en muy buena parte por la capacidad de sus recursos humanos y técnicos. En Colombia, sin embargo, un problema común de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es la restricción que enfrentan para disponer de recursos humanos suficientes, calificados y motivados. A esta restricción ya se hizo referencia, explicando que

si bien ella se origina en las disposiciones de las leyes 142 y 143 de 1994, está sujeta a las restricciones del gasto a que se refiere el Estatuto Orgánico del Presupuesto, que las circunscribe a las decisiones de naturaleza fiscal como si se tratara de cualquier entidad pública financiada con los recursos del Presupuesto Nacional.

De ahí la recomendación para que, dentro de las disposiciones legales vigentes en materia presupuestal, el Ministerio de Hacienda permita que las comisiones de regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos cuenten con flexibilidad en el manejo presupuestal, de tal manera que tengan la capacidad para definir y "normalizar" sus plantas de personal, así como la escala salarial de sus equipos técnicos y elevar el perfil de sus funcionarios[79].

La sugerencia de otorgar un tratamiento laboral diferente a los funcionarios de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos no es extraña a las normas internacionales. En Chile existe un régimen laboral específico para el personal de los organismos llamadas "fiscalizadores", que incluye aquellos que tienen que ver con la regulación, la supervisión y el control de los servicios públicos, funciones que, a diferencia de lo que sucede en Colombia, se encuentran reunidas en las "superintendencias" y que permite que estas entidades cuenten con un personal calificado y motivado. En Argentina, igualmente, los reguladores y los funcionarios que llevan a cabo tareas de supervisión y de control no están sujetos al régimen del empleo público y existe flexibilidad para que las entidades correspondientes fijen los salarios libremente, fijación que debe contar con el visto bueno del ministerio de Hacienda.

En la medida en que las comisiones y la Superintendencia de Servicios Públicos cuentan con una fuente propia de ingresos, proveniente de la contribución de los regulados, destinada a sufragar sus gastos de funcionamiento, no tiene sentido que éstas estén sujetas a los límites de gasto que establece el CONPES en forma genérica para las entidades sujetas al Presupuesto General de la Nación. En este orden de ideas, se recomienda crear una con-

---

[79] La experiencia internacional sugiere que los equipos que conforman las agencias de regulación no son muy grandes y que un principio de carácter general es "mantener el equipo de las entidades de regulación tan pequeño como sea posible, contratando consultores para apoyar en las tareas especializadas". Ver World Bank, *Power and Gas Regulation- Issues and International Experiencie*, Draft Working Paper, April 2001. pag 7.

traparte única y especializada en el Ministerio de Hacienda para estudiar el presupuesto de las comisiones y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, bajo la responsabilidad directa del Viceministro Técnico de Hacienda. Esta contraparte revisaría la variación anual de las remuneraciones de los funcionarios de las comisiones y la Superintendencia, cuidando que no se presenten diferencias grandes entre las distintas entidades y que las variaciones tampoco estén sujetas a fluctuaciones bruscas sino que apunten a la estabilidad en el tiempo.

De esta manera se contaría en ese ministerio con un grupo de individuos especializados y conocedores de las particularidades y los requerimientos de la acción reguladora, sin perjuicio de la colaboración que puedan prestar a este grupo los funcionarios de los ministerios sectoriales.

La aprobación del presupuesto de las comisiones y de la Superintendencia, siguiendo estos lineamientos, sería suficiente condición para que el Departamento Administrativo de la Función Pública aprobara las modificaciones en las plantas y las remuneraciones de las comisiones. Es importante tener claridad sobre el hecho de que así como los expertos comisionados requieren un perfil especial que combina varias condiciones de conocimiento, experiencia y manejo político, se necesitan equipos técnicos especializados de primera categoría y que éstos son los que proveen la continuidad institucional, aspecto que resulta absolutamente crucial en el desarrollo y la efectividad del sistema regulatorio.

Por último se recomienda que tanto las comisiones como la Superintendencia de Servicios Públicos lleven un registro público de consultores, en el cual cualquier consultor o firma de consultoría que cumpla unios requisitos previamente establecidos pueda inscribirse y ser escogido para realizar los estudios que generalmente contratan estas entidades para apoyar sus tareas.

3. La toma de posesión de empresas por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos como medida de excepción

Uno de los problemas más complejos que enfrenta la Superintendencia de Servicios Públicos es el de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos cuando se presentan situaciones que amenazan la continuidad del respectivo servicio. Una adecuada vigilancia preventiva es, desde luego, esencial para evitar situaciones críticas que obliguen a la toma de posesión

por parte de la Superintendencia. La toma de posesión, entonces, debe considerarse como una medida de excepción.

La ley 689 de 2001, mediante la cual se modificó parcialmente la normatividad que rige las actuaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, otorgó a esta entidad una herramienta importante para desarrollar su tarea que es la de clasificar a las empresas por su nivel de riesgo. Esto le permite determinar el tipo de inspección y vigilancia que requieren de parte de la Superintendencia, tanto para evitar la toma de posesión como para salir de ella mediante la reestructuración o la liquidación de una empresa a la mayor brevedad posible. Para estos efectos se recomienda dotar a la Superintendencia de recursos humanos altamente capacitados y bien remunerados.

Es importante mantener la opción de la toma de posesión por parte de la Superintendencia como una herramienta de última instancia a disposición de la entidad que, a su turno, obligue a los dueños y administradores de las empresas a comportarse adecuadamente. De otra parte, se recomienda que la Superintendencia no tome posesión para administrar sino que lo haga en casos extremos con miras a reestructurar o liquidar rápidamente la empresa respectiva, cumpliendo los plazos que la ley establece para ello.

4. Fortalecimiento de los ministerios sectoriales y del Departamento Nacional de Planeación, DNP

Se recomienda, fortalecer técnicamente los ministerios sectoriales, lo mismo que el Departamento Nacional de Planeación, débiles en la actualidad en temas de formulación de políticas y de regulación, en parte, como consecuencia de la misma creación de las comisiones de regulación.

No se trata de crear una burocracia en cada uno de estos ministerios sino grupos pequeños y especializados de asesoría en asuntos relacionados con el diseño de políticas, que comprendan cabalmente el papel que cumple la regulación y la relación entre política y regulación y cuenten con la capacidad para apoyar al ministro y a los viceministros en la formulación de la política sectorial y en su relación con las comisiones de regulación. De la misma manera, al DNP le corresponde realizar la importante labor de diseñar y hacer explicitas las políticas gubernamentales en los diferentes servicios públicos para lo cual requiere afinar la coordinación con los ministerios sectoriales.

Es en tal grado importante el adecuado funcionamiento del sistema regulatorio para asegurar la continuidad en la prestación de los servicios públicos que resulta necesario tecnificar las direcciones "técnicas" en cada uno de los ministerios sectoriales (Dirección de Desarrollo del Sector de telecomunicaciones en el Ministerio de Comunicaciones; Dirección de Energía y Dirección de Gas en el Ministerio de Minas y Energía; y, Dirección de Agua Potable y Saneamiento Básico en el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial). Estas direcciones tendrán a su cargo el manejo de esta función asesora y conformarán la relación y canal de comunicación formal con el Departamento Nacional de Planeación, la comisión de regulación respectiva y con la Superintendencia de Servicios Públicos. A estas direcciones corresponde apoyar al ministro para concretar los lineamientos de las políticas sectoriales y transmitirlos tanto al DNP como al Ministerio de Hacienda y a la comisión de regulación respectiva. De esta manera mejoría la formulación de las políticas y tendería a precisarse la frontera entre la política y la regulación.

Esta acción requiere adecuar la organización interna de cada ministerio sectorial, modificando la planta de personal para asignar cargos de un perfil técnico que refleje las cualidades que se requieren para dar el apoyo que el ministerio necesita.

5. Modificación de la estructura interna de las comisiones (segunda instancia)

Con el fin de agilizar la solución de las controversias que se presentan entre las comisiones y los regulados se sugiere estudiar la posibilidad de modificar la estructura interna de las comisiones de regulación para crear un órgano superior de solución de diferencias, una "segunda instancia" especializada, antes de proceder al ámbito judicial. Dicho órgano tendría facultades para revisar todas o sólo un subconjunto de las decisiones adoptadas en primera instancia[80].

---

[80] Para analizar el tema de la "segunda instancia", Fedesarrollo contrató la elaboración de un concepto jurídico de persona experta en el tema. Ver De la Vega Cristina, *La regulación de los servicios públicos en Colombia. La posibilidad de incluir una "doble instancia" en la vía gubernativa*, concepto presentado a Fedesarrollo, mayo 2 de 2004.

Con base en las atribuciones de la ley 142 de 1994 el Presidente de la República tiene la capacidad para modificar, mediante la expedición de decretos, la estructura orgánica de las comisiones. El artículo 70 de la ley, citado anteriormente, establece que el Presidente de la República modificará la estructura orgánica de las comisiones, "cuando sea preciso, previo concepto de la comisión respectiva dentro de las reglas del artículo 105 de esta ley". Y el artículo 105, a su turno, faculta al Presidente de la República para modificar la estructura de las comisiones de regulación y para "crear, fusionar o suprimir los empleos a que haya lugar, señalarle sus funciones y fijarles sus dotaciones y emolumentos ", de acuerdo con las normas del artículo 150 de la Constitución.

Una alternativa viable para la creación de la "segunda instancia" sería fusionar las tres comisiones de regulación en una sola, manteniendo tres salas, o subcomisiones, por servicio público, y una comisión ampliada que serviría de segunda instancia administrativa, al estilo de las existentes en Bolivia y Costa Rica. Esta opción se discutió públicamente el año anterior cuando fue propuesta por el Departamento Nacional de Planeación pero se habría descartado ante la oposición de los regulados de los diferentes sectores, en particular los del sector de energía y gas quienes temían por la pérdida de calidad y oportunidad de la regulación. Es claro que esta alternativa tendría el inconveniente que se deriva de regular servicios públicos muy disímiles.

Una segunda alternativa sería mantener el esquema de las tres comisiones independientes y crear una instancia superior para cada comisión a la cual se acudiera para resolver controversias. Esa instancia superior sería un "consejo directivo", superior jerárquico de la comisión propiamente dicha, por cuanto jurídicamente el recurso de apelación solo procede ante el superior jerárquico de la entidad que adopta la decisión en primera instancia[81]. Este "consejo" tendría que estar conformado por individuos externos, tres o cinco, por ejemplo, de gran prestancia en sus profesiones -ingenieros, economistas y abogados-, nombrados por el Presidente de la República, que tuvieran como función principal la de la decisión en segunda instancia.

---

[81] De acuerdo con el artículo 113 de la ley 142 de 1994 contra las decisiones de las comisiones de regulación solo procede el recurso de reposición. El recurso de apelación se podría interponer cuando la decisión fuera adoptada por un funcionario o una instancia de rango inferior. *Ibid.*

Eventualmente el "consejo directivo" podría ser común para las tres comisiones reguladoras, en cuyo caso existiría una instancia única de apelación para todos los servicios públicos domiciliarios.

Una tercera alternativa sería la de crear una instancia inferior, que adoptara las decisiones en primera instancia para permitir que la comisión propiamente dicha actuara como "segunda instancia". Bajo esta opción, por ejemplo, uno de los expertos comisionados, junto con el Director Técnico de la comisión y con ayuda del equipo técnico de la misma, adoptarían la decisión en primera instancia la cual podría apelarse ante la comisión en pleno, en reunión en la cual no participaría, como es obvio, el experto que tuvo la responsabilidad de actuar en primera instancia. Una opción intermedia sería la de adoptar este mecanismo para algunas decisiones técnicas, específicas, y mantener el esquema actual para decisiones de mayor envergadura, la fijación de tarifas, por ejemplo.

El margen de acción en este tema es, como puede comprobarse, bastante limitado, y no parece existir una opción "optima". La alternativa de crear un "consejo directivo", si bien implica mayores costos, podría crear una verdadera segunda instancia, que permitiera mantener el carácter colegiado de las decisiones en "primera instancia" de acuerdo con la naturaleza propia de las comisiones de regulación.

La adopción de cualquiera de las alternativas anteriores resultaría compatible con la posibilidad de organizar una sala especializada del Consejo de Estado que conozca de asunto relacionados con los servicios públicos. Por el contrario, alternativas para la creación de una "segunda instancia", como la organización de tribunales independientes y autónomos conformados por peritos particulares o la modificación de las funciones de la Superintendencia de servicios Públicos para asignarle a esta entidad la función de servir de "segunda instancia" administrativa, requerirían la introducción de profundos cambios legales.

6. Promoción de la competencia: régimen jurídico unificado y coordinación institucional

Del análisis de la experiencia internacional resultan claras las tendencias a la armonización de las normas de competencia para consignarlas en un régimen único y a la concentración de su aplicación en una sola entidad superior que ejerza funciones de autoridad de competencia.

En este contexto, como propósito general, en Colombia se debería avanzar hacia la unificación del régimen jurídico y el otorgamiento de poder a la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, como autoridad superior única de competencia, que cuente, eso sí, con todo el apoyo para la realización de sus funciones tanto de la SSPD como de las comisiones de regulación[82]. De acuerdo con los expertos en la materia, este parece ser el esquema óptimo de organizacional institucional para la defensa de la competencia[83]. Sin embargo, la implantación en Colombia de un esquema jurídico e institucional de esta naturaleza, se enfrenta con el hecho de que las funciones de la SSPD son de creación constitucional, razón por la cual cualquier propuesta específica de reorganización institucional debe tener en cuenta esta limitación.

En estas circunstancias, como recomendación de mediano plazo se plantea la de avanzar en la dirección de contar con un régimen jurídico unificado, así su aplicación corresponda a varias entidades. De acuerdo con el análisis jurídico realizado, "el legislador tiene la posibilidad de establecer una sola ley, concisa, clara y severa, en materia de defensa de la libre competencia, derogando todas las demás y subordinando, además, las facultades de regulación de las comisiones de regulación a los parámetros de la nueva ley"[84]. Como complemento de la ley y de las diversas entidades que ejercen como autoridad de competencia, es deseable contar con un sistema independiente de apelación que garantizara la consistencia de la ley con su interpretación. En este sentido, se ha recomendado la creación de secciones especializadas en derecho de la competencia tanto en los Tribunales Administrativos, como en el Consejo de Estado[85].

Para hacer frente a los problemas detectados y, en particular, a la falta de comunicación y de coordinación entre la SIC, la SSPD y las comisiones de regulación, se propone conformar un comité interinstitucional de comunicación y consulta, así como el establecimiento de funciones de asistencia

---

82 La actual Superindentente de Servicios Públicos Domiciliarios estaría de acuerdo con una organización de esta naturaleza. Entrevista con la Superintendente de Servicios Públicos, abril de 2003.

83 Cortázar Javier, *Hacia un Nuevo Derecho de la Competencia en Colombia* , op.cit.

84 Cortázar Javier, " Documento sobre el Régimen y la Autoridad de Competencia", *op.cit.*

85 *Ibid.*

técnica de parte de la SIC a la SSPD y a las comisiones de regulación. Este comité estaría compuesto por los superintendentes respectivos y los directores ejecutivos de las comisiones de regulación. Entre sus funciones estarían las de acordar criterios comunes para el tratamiento de los temas de promoción y defensa de la competencia y facilitar el intercambio de información entre las diferentes entidades. De acuerdo con el concepto jurídico, es posible que el Presidente de la República expida un decreto con base en la ley 142 de 1994 y el decreto 2153 de 1992 mediante el cual se autorice la creación de este comité y se fijen sus funciones.

Así las cosas y envista de la dificultad de tipo legal que existe en la actualidad para convertir a la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, en la autoridad superior y única en materia de defensa de la competencia, se recomienda que sea esta entidad la que preste su apoyo a la SSPD y a las comisiones para el desarrollo de sus funciones como defensoras de la competencia en el campo de los servicios públicos. Particularmente mediante la capacitación de funcionarios a través de programas específicos, así como la asistencia en materia de las investigaciones que deba adelantar la SSPD. Esto implica, desde luego, reforzar técnicamente a las diferentes instituciones, la SIC incluida, entidad que acusa, como la SSPD y las comisiones de regulación, debilidades en cuanto a disponibilidad de recursos financieros y humanos.

Establecer un mecanismo de coordinación como el que se sugiere tendría dos ventajas importantes. De una parte, la SSPD y las comisiones de regulación se beneficiarían de la experiencia de la SIC en cuanto a manejo de situaciones y casos relacionados con prácticas anticompetitivas. De otra, el sistema ganaría en términos de coherencia y se evitaría la adopción de criterios de interpretación divergentes cuando existen comportamientos anticompetitivos similares[86].

En lo que se refiere al control de poder del mercado en la generación eléctrica, la creación de un cuerpo especializado de vigilancia como el que se ha propuesto, y cuya conformación estudia en la actualidad la SSPD, es perfectamente compatible con la sugerencia de establecer el comité interinstitucional de defensa de la competencia en los servicios públicos. No solo esto. Un comité de vigilancia de esta naturaleza resultaría de gran apoyo

---

[86] *Ibid.*

para la SSPD, la CREG y la SIC misma por cuanto con base en sus dictámenes la CREG introduciría ajustes regulatorios y las superintendencias procesarían las sanciones, cuando hubiere lugar a ellas, y autorizarían tanto adquisiciones, como fusiones o escisiones de empresas.

ANEXOS

Anexo 1: estrategia de implementación de las acciones

1. Sistema de selección de los expertos

Como se expuso en la recomendación de las acciones a implantar, uno de los aspectos que le brinda legitimidad a las agencias reguladoras tiene que ver con la forma en que se seleccionan los expertos de las referidas comisiones por parte del Presidente de la República.

En este orden de ideas, se debe considerar que la ley no establece en proceso previo de preselección ni de selección, sino que se limita a establecer que la designación la efectúa el Presidente de la República, razón por la cual es posible que el Presidente de la República a través de la expedición de un decreto reglamentario de las Leyes 142 y 143 de 1994, establezca el referido proceso de selección.

No obstante lo anterior, es del caso hacer mención a lo que dispone el numeral 73.17 de la Ley 142 de 1994, según el cual le corresponde a las propias Comisiones de Regulación:

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

En este punto es necesario determinar a partir de que momento pueden tales Comisiones ejercer las funciones que les asigna la Ley 142 de 1994. En este sentido se pronuncia el artículo 68 de la Ley 142 en los siguientes términos:

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

En igual forma se pronuncia el artículo 70 de la Ley 142 de 1994 al disponer:

"ARTÍCULO 70. Estructura orgánica de las comisiones de regulación. Para el cumplimiento de las funciones que les asigna esta Ley, en el evento de la delegación presidencial, las comisiones de regulación tendrán la siguiente estructura orgánica, que el Presidente de la República modificará, cuando sea preciso, previo concepto de la comisión respectiva dentro de las reglas del artículo 105 de esta Ley" (Se subraya).

Conforme con las anteriores normas, las funciones de las Comisiones de Regulación son delegadas por el Presidente de la República, de forma tal, que sólo podrán ejercerlas desde que se haya producido el acto de la delegación.

De esta forma, la atribución de dictar los estatutos de las Comisiones corresponde a una función que sólo es posible ejercer cuando el Presidente de la República haya delegado la regulación de los servicios públicos en las referidas Comisiones de Regulación.

Ahora bien, conforme lo dispuesto por los artículos 211 de la Constitución Política y 12 de la Ley 489 de 1998, es posible que el delegante reasuma las funciones delegadas. Dichos artículos disponen:

"ARTÍCULO 211. La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios." (Se subraya)

"ARTÍCULO 12. Régimen de los actos del delegatario. Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo. En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal." (Se subraya)

De acuerdo con las anteriores normas, es posible que el Presidente de la República reasuma las funciones que delegó en las Comisiones de Regulación y, por tanto, ostente competencia para ejercer las funciones asignadas

por ley a dichas entidades, incluyendo claro está, la concerniente a dictar los estatutos y el reglamento interno.

Existe un antecedente en virtud del cual el Presidente de la República reasumió las funciones de la CREG para efectuar una modificación en sus estatutos, el cual está contenido en el Decreto No. 314 de 2002, por el cual se dicta una disposición para dirimir los empates en la toma de decisiones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Del anterior decreto resulta ilustrativo transcribir el considerando que dispuso:

"Que de conformidad con los artículos 211 de la Constitución Política y 12 de la Ley 489 de 1998, el Presidente de la República en su condición de delegante de las funciones a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, mediante los Decretos 1524 y 2253 de 1994, tiene la facultad de reasumir tales funciones para efectos de revisar y reformar los actos dictados por el delegatario, y como quiera que existe, un vacío normativo, se hace necesario reasumir temporalmente la delegación conferida a la CREG, a fin de adicionar una disposición que dirima los empates en la Comisión;" (Se subraya)

En este orden de ideas, existen dos formas de efectuar modificaciones a los estatutos y al reglamento interno de la Comisiones de Regulación; la primera, que la propia Comisión proponga al Gobierno Nacional, para su aprobación, un proyecto de modificación de sus estatutos y, la segunda, que el Presidente de la República reasuma en forma temporal las funciones que delegó en dichas entidades y, proceda a efectuar las modificaciones a los estatutos.

En este sentido, es posible incluir en los estatutos de cada comisión y en sus reglamentos internos, la forma en que se seleccionaron los candidatos que serán nombrados como expertos por parte del Presidente de la República.

2. Perfiles de los expertos

Modificar los requisitos que deben reunir las personas que aspiren a ser expertos de las Comisiones de Regulación, es otra de las acciones que este documento propone implantar para otorgar a esas agencias respetabilidad y, legitimidad, en el ejercicio de las funciones que les corresponde ejercer.

Para establecer la forma en que se pueden modificar tales requisitos, resulta conveniente hacer referencia a las facultades que ostenta el Presidente

de la República para reestructurar tales comisiones, toda vez que por esa vía es posible efectuar los cambios a los perfiles de los expertos de comisión.

2.1. Reestructuración de las Comisiones

Nuestra Constitución Política establece en cabeza tanto del Congreso como del Presidente de la República, la potestad de reestructurar las diferentes entidades administrativas.

Consagra la Carta Política en el numeral 7 del artículo 150 que corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y que por medio de ellas ejercerá la función de:

"Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta".

Así mismo, establece la Constitución en el numeral 16 del artículo 189 como una de las funciones permanentes del Presidente la siguiente:

"Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley".

Así, de conformidad con lo preceptuado en la Constitución, el Presidente puede hacer uso de esta facultad de reestructuración en cualquier tiempo, pero siempre bajo la observancia de las reglas generales establecidas por la ley.

El artículo 54 de la Ley 489 de 1998 contiene los principios y reglas generales a los cuales debe sujetarse el Presidente de la República cuando pretenda modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional.

No obstante, dicha ley consagra una norma especial cuando se trata de las Comisiones de Regulación; en efecto, el artículo 48 de la Ley 489 de 1998 dispone:

"ARTÍCULO 48. Comisiones de Regulación. Las comisiones que cree la ley para la regulación, de los servicios públicos domiciliarios mediante asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, para promover

y garantizar la competencia entre quienes los presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación." (Se subraya)

Como quiera que existe norma especial respecto a la estructura de las Comisiones de Regulación, implica que las modificaciones a la estructura de las mismas se deben llevar a cabo con sujeción a lo que establece el artículo 70 de la Ley 142 de 1994, por ser ésta última, el acto que procedió a la creación de las mismas.

Hecha la anterior precisión, conviene entonces establecer las reglas y principios generales a los que debe sujetarse el Presidente de la República para modificar la estructura de las Comisiones de Regulación.

Señala el artículo 70 de la Ley 142 de 1994, que para modificar la estructura de las Comisiones de Regulación se requiere: i) concepto previo de la respectiva Comisión de regulación, y ii) sujetarse a las reglas previstas en el artículo 105 de la Ley 142 de 1994. El artículo 105 de la Ley 142 de 1994 dispone:

"ARTÍCULO 105. Principios y reglas de reorganización administrativa. De conformidad con lo dispuesto en los numerales 14 y 16 del artículo 189 y el artículo 370 de la Constitución Política, y para los efectos de la debida organización y funcionamiento de la estructura administrativa relacionada con el régimen de Servicios Públicos domiciliarios de que trata esta Ley, el Presidente de la República podrá modificar la estructura de los Ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía, de Comunicaciones, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de las Comisiones de Regulación y de las demás dependencias y entidades de la administración, así como crear, fusionar o suprimir los empleos a que haya lugar, señalarles sus funciones y fijarles sus dotaciones y emolumentos, de acuerdo con las normas generales adoptadas con fundamento en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta, con sujeción a los siguientes principios y reglas generales:

105.1. Debe garantizarse que no existan entidades, organismos o dependencias que ejerzan funciones iguales o incompatibles con lo dispuesto en esta Ley.

105.2. Las modificaciones se harán sobre la base de una evaluación de los costos y gastos de operación, del funcionamiento de sus componentes y de su comparación frente a la ejecución de funciones a través de contrato.

105.3. Se mantendrá una estricta separación entre las funciones de regulación, que se ejercerán a través de las comisiones, y las de control y vigilancia, que se ejercerán por el Superintendente y sus delegados.

105.4. Se podrán establecer oficinas delegadas de la Superintendencia en las ciudades capitales de departamento que se considere conveniente, o autorizar la de-

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

105.5. Al establecer las funciones del Superintendente se distinguirán las relativas a las entidades prestadoras de los servicios públicos de las dirigidas a apoyar y garantizar la participación de los usuarios.

105.6. Lo anterior sin perjuicio de las funciones de control disciplinario y de gestión de la Procuraduría General de la Nación."

2.2. *Calidades de los Expertos de las Comisiones de Regulación*

a. *Calidades Generales para el ejercicio de cargos de la Rama Ejecutiva del Poder Público*

En primer lugar conviene aclarar que las calidades son determinadas condiciones de contenido ético, educacional o de experiencia que debe acreditar una persona para poder desempeñar determinado cargo o empleo.

Los requisitos mínimos que debe cumplir toda persona que aspire a ejercer un empleo en la rama ejecutiva del poder público y que dada la naturaleza de las Comisiones de Regulación, serían aplicables a sus funcionarios, son los previstos en los artículos 4º del Decreto 2400 de 1968 y 25º del Decreto 1950 de 1973. En efecto, el artículo 4 del Decreto 2400 de 1968, establece los siguientes requisitos legales para ejercer un empleo en la rama ejecutiva del poder público:

a. Comprobar que poseen las calidades exigidas para su desempeño, la aptitud física para el mismo y hallarse a paz y salvo con el tesoro nacional, todo de acuerdo con los reglamentos respectivos;
b. Tener definida la situación militar;
c. Poseer certificado de autoridad competente sobre no interdicción del ejercicio de los derechos y funciones públicas; no haber sido condenado a pena principal de presidio o prisión, salvo que la condena haya sido motivada tan sólo por un hecho culposo; ni haber sido retirado del servicio por destitución, en cuyo caso en el acto administrativo que imponga la sanción se determinará el tiempo de inhabilidad, que no podrá ser mayor de un año;
d. Ser nombrado por autoridad competente, y
e. Tomar posesión y prestar juramento de cumplir la Constitución, las leyes y las funciones del empleo".

Dichos requisitos se encuentran vigentes a excepción de lo establecido en el literal a) en relación con hallarse a paz y salvo con el tesoro nacional, disposición esta que fue derogada por la Ley 1 de 1981.

Igualmente el artículo 25 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario del anterior, señala que para ejercer un empleo de la rama ejecutiva del poder público se requiere:

a. *"Reunir las calidades que la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones exijan para el desempeño del empleo;*
b. *No encontrarse en período de inhabilitación como consecuencia de una destitución ;*
c. *No estar gozando de pensión o ser mayor de 65 años, con excepción de los casos a que se refieren los artículo 121 y 122 del presente decreto;*
d. *No encontrarse en interdicción para el ejercicio de funciones públicas;*
e. *No haber sido condenado a pena de presidio o prisión, excepto por delitos culposos, y*
f. *Ser designado regularmente y tomar posesión".*

b. Calidades de los Expertos de las Comisiones de Regulación

Actualmente, no existe como tal una norma con rango de ley que establezca de manera integral las calidades o condiciones que deben reunir los Expertos de las Comisiones de Regulación.

Tan sólo, se encuentran expresamente establecidas en el parágrafo 1 del artículo 21 de la ley 143 de 1994, las condiciones que deben reunir los Expertos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, aunque dichos requisitos son aplicados analógicamente para los Expertos de las Comisiones de Telecomunicaciones y de Agua Potable y Saneamiento Básico. Dicha norma fijó las siguientes condiciones:

a. *"Ser colombiano y ciudadano en ejercicio;*
b. *Tener título universitario en ingeniería, economía, administración de empresas o similares y estudios de posgrado, y*
c. *Contar con una reconocida preparación y experiencia técnica, preferiblemente en el área energética y haber desempeñado cargos de responsabilidad en entidades públicas o privadas del sector Minero -energético nacional o internacional, por un periodo superior a seis (6) años; o haberse desempeñado como consultor o asesor por un periodo igual o superior."*

c. Modificación de las Calidades de los Expertos de las Comisiones de Regulación

Como se señaló, el Presidente de la República es competente para efectuar la reestructuración de las Comisiones de Regulación y por considerarse que la modificación de las condiciones de los expertos de dichas Comisiones, no contraviene, en manera alguna las reglas y criterios generales establecidos por la ley para el desarrollo de procesos de reestructuración de entidades administrativas, el Presidente podría llevar a cabo las modificaciones del caso, desde luego bajo la plena observancia de los requisitos mínimos, establecidos por la Constitución Política y la Ley, para el ejercicio de empleos de la Rama Ejecutiva.

Así mismo, teniendo en cuenta que la Constitución y la Ley, facultan al Presidente para crear, fusionar y suprimir los empleos de las entidades administrativas inmersas en un proceso de reestructuración y en aplicación del principio general del derecho, consistente en que "quien puede lo mas puede lo menos", el cual de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, es un criterio auxiliar de interpretación, se puede concluir, que el Presidente también estaría facultado en tal evento, para modificar las condiciones que deben reunir los expertos de las Comisiones de Regulación.

3. Remuneración de los expertos y del Superintendente

Para establecer cuál es el órgano competente para la fijación del régimen salarial de los expertos de las Comisiones de Regulación y del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, es necesario conocer con claridad el tipo de vinculación que tienen los mismos con el Estado.

3.1. Tipo de Vinculación de los Expertos de las Comisiones de Regulación y del Superintendente con la Administración

Las Comisiones de Regulación fueron creadas a través de la Ley 142 de 1994, bajo la forma de unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscritas al respectivo ministerio sectorial, no obstante, en dicha norma no se hizo referencia alguna a la integración de las Comisiones ni al tipo de vinculación de sus miembros.

La Ley 143 de 1994, es la primera que se ocupa del tema, estableciendo en su artículo 21 que la CREG se organizaría como una Unidad Administrativa Especial, adscrita al Ministerio de Minas y Energía y estaría integrada por el Ministro de Minas y Energía, por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, por el Director del Departamento Nacional de Planeación y por cinco expertos en asuntos energéticos nombrados por el Presidente de la República para períodos fijos de cuatro años.

No obstante el artículo 21 de la ley 143, fue modificado y sustituido en lo pertinente por la Ley 443 de 1998, la cual en su artículo 5, exceptuó a los Expertos de las Comisiones, de la aplicación del régimen de carrera administrativa a la vez que los incluyó como empleados públicos de libre nombramiento y remoción.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que la ley 443 de 1998 tiene el carácter de norma especial, por cuanto reguló íntegramente el régimen de carrera administrativa, exceptuando del mismo a los Expertos de las Comisiones de Regulación, considerándolos empleados públicos de libre nombramiento y remoción; y, teniendo en cuenta que es posterior en el tiempo a la Ley 143 de 1994, es claro que derogó tácitamente a esta última, de conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 3 de la Ley 153 de 1887.

Finalmente, el Decreto 2474 de 1999, a través del cuál se reestructuran las Comisiones de Regulación, estableció que los Expertos de las Comisiones, tendrían una dedicación exclusiva, serían nombrados por el Presidente de la República para períodos fijos de cuatro años y no estarían sometidos a las reglas de la carrera administrativa.

De esta manera es claro, que de conformidad con la legislación vigente, los Expertos de las Comisiones de Regulación son Empleados Públicos de libre nombramiento y, existe la discusión, de si también son de libre remoción, designados por el Presidente de la República y vinculados con la administración mediante una relación legal y reglamentaria.

Por su parte, el artículo 77 de la ley 142 de 1994, establece que el Superintendente de Servicios Públicos es de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República, por lo cual tiene la condición de empleado público, y su vinculación con la administración es mediante una relación legal y reglamentaria, tal y como lo son los Expertos de las Comisiones de Regulación.

3.2. Competencias para la Determinación del Régimen Salarial de los Expertos de las Comisiones de Regulación y del Superintendente

Atendiendo a la calidad de empleados públicos de los Expertos de las Comisiones de Regulación y del Superintendente y, de acuerdo con lo prescrito en el literal e), numeral 19, del artículo 150, de la Constitución Política de Colombia, corresponde al Congreso expedir las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

En este mismo sentido el numeral 14 del artículo 189 de Carta, establece que corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

"Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear, con cargo al tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales". (Se subraya)

Precisamente en desarrollo de la facultad concedida al Congreso por la Constitución, dicha Corporación procedió a regular la materia a través de la Ley 4 de 1992, señalando en su artículo 2 los objetivos y criterios para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos de la rama ejecutiva nacional, de los cuales se resaltan los siguientes:

"(...)

d) La modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública;
(...)

f) La competitividad, entendida como la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales;

(...)

j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

k) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral;

(...)

l) El reconocimiento de gastos de representación y de salud y de primas de localización, de vivienda y de transporte cuando las circunstancias lo justifiquen, para la Rama Legislativa."

De esta manera, no queda duda de que el Presidente es quien tiene la competencia para fijar el régimen salarial de los Expertos de las Comisiones de Regulación y del Superintendente.

Conviene anotar que en el artículo 4 de la citada ley, el Congreso estableció que el Gobierno Nacional, debía modificar el régimen salarial de los empleados mencionados en la misma, dentro de los diez primeros días del mes de enero de cada año, disposición esta que fue declarada inexequible por la Corte Constitucional, por medio de la sentencia de control de constitucionalidad C-710/99, por cuanto a juicio de la Corte:

"En la disposición examinada se aprecia una ostensible violación de la Carta Política, en cuanto se delimita la acción gubernamental, forzando que tenga lugar apenas dentro de los primeros diez días del año, llevando a que transcurridos ellos, pierda el Gobierno competencia, en lo que resta del año, para desarrollar la ley marco decretando incrementos que en cualquier tiempo pueden tornarse útiles o indispensables para atender a las necesidades de los trabajadores, golpeados por el proceso inflacionario, o para reestablecer condiciones económicas de equilibrio en áreas de la gestión pública en las que se hayan roto por diversos factores. La Corte declarará inexequibles las expresiones demandadas, aunque dejando en claro que de tal declaración no puede deducirse que el Gobierno pueda aguardar hasta el final de cada año para dictar los decretos de aumento salarial. Este, como lo manda la norma objeto de análisis, debe producirse al menos cada año, lo que implica que no podrá transcurrir más de ese lapso con un mismo nivel de salarios para los servidores a los que se refiere el artículo 1, literales a), b) y d), de la ley 4 de 1992, y, según resulta del presente fallo, efectuado ese incremento anual, podrá el Gobierno, según las necesidades y conveniencias sociales, económicas y laborales, decretar otros, ya sin la restricción que se declara inconstitucional". (Se subraya)

Se concluye que el Presidente puede efectuar en cualquier momento los incrementos salariales a los Expertos de las Comisiones de Regulación y al Superintendente, de acuerdo a las necesidades y conveniencias sociales,

económicas y laborales, de conformidad con lo considerado por la Corte Constitucional en la providencia citada, bajo el entendido de que en el ejercicio de dicha potestad no podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales y que en todo caso deberá atender a los objetivos y criterios generales establecidos por el Congreso, a través de las leyes marco que regulen la materia.

Adicionalmente, el Congreso estableció en el parágrafo del artículo 4 de dicha ley que:

"Ningún funcionario del nivel nacional de la Administración Central, de los entes territoriales pertenecientes a la Administración Central, con excepción del Presidente de la República, del Cuerpo Diplomático colombiano acreditado en el exterior y del personal del Ministerio de Defensa destinado en comisión en el exterior, tendrá una remuneración anual superior a la de los miembros del Congreso Nacional".

De lo anterior, se colige que el Presidente no podrá fijar como emolumento mensual para los Expertos de las Comisiones de Regulación o del Superintendente, salarios que superen la asignación mensual de los miembros del Congreso de la República.

3.3. Procedimiento a seguir para el incremento salarial a los Expertos de las Comisiones de Regulación

Finalmente y en atención a que como se ha mencionado con anterioridad el Presidente esta facultado constitucional y legalmente para establecer el régimen salarial de los Expertos y por ende para efectuar un incremento al mismo en cualquier momento, se procederá a explicar el procedimiento concreto para llevar a cabo dicho incremento.

De esta manera hay que señalar en primer lugar, que a pesar de que la regla general es que para fijar el régimen salarial de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, se parte de la aplicación de los niveles y grados designados para cada cargo y consignados en las respectivas tablas de nomenclatura de los empleos públicos de la Rama Ejecutiva, en el caso del establecimiento del régimen salarial para los Expertos de las Comisiones de Regulación, se sigue un procedimiento especial, por medio del cuál el Presidente fija dichas asignaciones con fundamento en los estudios

desarrollados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y con independencia de los niveles y grados correspondientes al cargo.

Así, se puede concluir que para llevar a cabo el incremento de los salarios de los Expertos de las Comisiones de Regulación, el Presidente de la República puede en cualquier momento dictar el correspondiente decreto reglamentario, previo estudio elaborado por el Ministerio de Hacienda y en el que desde luego, tendría que derogar en lo pertinente el Decreto 3535 de 2003, que fija la escala salarial actual.

3.4. Procedimiento a seguir para el incremento salarial al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios

Como se mencionó, la regla general para efectuar incrementos a las asignaciones salariales de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva, consiste en que los incrementos se deben efectuar de acuerdo al nivel y grado correspondiente a cada cargo.

Así las cosas para que el Presidente de la República pueda proceder a incrementar la asignación mensual del Superintendente de Servicios Públicos, deberá modificar, en primer lugar, el grado y nivel correspondiente al Superintendente, de acuerdo con la nomenclatura vigente, para de esta forma proceder a elevar la respectiva remuneración.

4. Procedimiento para la toma de decisiones

La forma como se proceda en la toma de decisiones por parte de los cuerpos colegiados que constituyen cada una de las Comisiones de Regulación, es un aspecto que se traduce en transparencia en ejercicio de la función regulatoria, como quiera que es a través del mismo que se busca coherencia con la política trazada por el Gobierno Nacional y, al mismo tiempo, permite que los destinatarios de la regulación puedan debatir y controvertir las medidas que se pretendan adoptar.

La forma de tomar de decisiones es un aspecto que es inherente a los estatutos de la propia Comisión de Regulación y a sus estatutos internos, de manera que es en esos cuerpos normativos en los que se debe plasmar todo lo relacionado con los procesos de toma de decisiones.

En este sentido los comentarios efectuados al sistema de selección de los expertos son aplicables para implantar la presente acción; en consecuencia, existen dos formas de efectuar modificaciones a los estatutos y al reglamen-

to interno de la Comisiones de Regulación; la primera, que la propia Comisión proponga al Gobierno Nacional, para su aprobación, un proyecto de modificación de sus estatutos y, la segunda, que el Presidente de la República reasuma en forma temporal las funciones que delegó en dichas entidades y, proceda a efectuar las modificaciones a los estatutos.

5. Fortalecimiento técnico (gasto de las Comisiones y de la SSPD)

Tal y como se expuso en el capítulo de diagnóstico del presente documento, las Comisiones de Regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios financian sus gastos a través de las contribuciones que le corresponde sufragar a todas y cada una de las empresas de servicios públicos, cuya forma de cálculo se encuentra establecida en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

Como quiera que las Comisiones de Regulación y la Superintendencia están sometidas a las normas contenidas en las normas orgánicas del presupuesto general de la Nación, por disposición expresa del artículo 84 de la Ley 142 de 1994, esas entidades están también sujetas a los límites en el gasto público que establezca el CONPES, lo cual ha llevado a que tales entidades no puedan disponer de la totalidad de los recursos provenientes de las contribuciones que sufragan las empresas de servicios públicos.

En este sentido, más que una reforma legal a la naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación o de la Superintendencia, las cuales gozan de autonomía administrativa e independencia financiera, se requiere implantar un política especial, bajo el actual régimen presupuestal, en el sentido de que aquellas entidades que se autofinancian no estén sujetas a los límites en el gasto público.

6. Fortalecimiento de los Ministerios Sectoriales

Teniendo en cuenta que los Ministerios sectoriales cuentan dentro de su organización actual con direcciones especializadas para el tema de los servicios públicos, es necesario establecer si ellas cuentan con el personal técnico que se requiere para establecer la política de los servicios públicos y apoyar al Ministerio en su participación en las Comisiones de Regulación.

En este sentido cada Ministerio puede efectuar modificaciones a su planta de personal, con el objeto de destinar cargos de alto perfil para conformar el grupo especializado en política y regulación sectorial.

7. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades

Teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades está reservado a la ley, y que ellas son de interpretación restrictiva, cualquier modificación al mismo debe provenir de una ley ya sea expedida por el Congreso de la república o, en su defecto, por parte del Presidente de la república en uso de facultades extraordinarias conferidas para el efecto.

Así las cosas, modificar las incompatibilidades o inhabilidades respecto al grado de parentesco de consaguinidad o de afinidad, requiere de una modificación mediante un acto con fuerza de ley.

La Constitución de 1991 y las leyes 142 y 143 de 1994 dieron lugar a la implantación de un modelo nuevo para el suministro de los servicios públicos domicialiarios en Colombia. La crisis económica de 1998-1999, la agudización del terrorismo en el año 2000 con la consecuente voladura de las torres de transmisión de energía eléctrica, y los cambios en el entorno político, generaron descontento y escepticismo con respecto a la viabilidad de las reformas introducidas en 1994.

Este trabajo formula un diagnóstico del funcionamiento de las instituciones para la regulación, la supervisión y el control de los servicios públicos en el país. Su conclusión fundamental es que la ley 142 de 1994 provee un marco adecuado para el desempeño de las funciones de regulación y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios pero que es prioritario consolidar y acreditar ante la opinión pública el sistema institucional existente, para lo cual se presentan una serie de propuestas y recomendaciones de acción por parte del Estado.

FEDESARROLLO

ISBN 958-339-202-2

9 789583 392023