

# LAS AGENCIAS INDEPENDIENTES O COMISIONES DE REGULACIÓN

ANA LUCÍA LENIS MEJÍA\*

## RESUMEN

Este documento expone algunos de los antecedentes que dieron origen a la creación de las Agencias Independientes en los Estados Unidos, y posteriormente de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, con sus principales problemáticas desde el punto de vista jurídico, teniendo en cuenta que para muchos doctrinantes, su creación va en contra de la teoría de la división del poder público.

**PALABRAS CLAVE:** comisión regulación, agencia independiente, servicios públicos, desregulación, potestad reglamentaria, delegación, cuasijudicial, cuasilegislativo, captura regulador.

---

\* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, y especialista en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Actualmente se desempeña como asesora jurídica de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT. El contenido de este trabajo corresponde a mi tesis de grado para optar al título de abogada, la cual fue dirigida por el doctor JORGE DUSSAN HITSCHERICH, a quien le agradezco por toda su dedicación y comprensión.

## INTRODUCCIÓN

Dentro del complejo engranaje de la estructura administrativa del Estado colombiano, existe un tipo de órganos de reciente creación en nuestro país y que han desempeñado un importante papel en el desarrollo de los servicios públicos domiciliarios durante los últimos años; se trata de las comisiones de regulación: Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT, Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA y Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible – CREG.

Las agencias reguladoras, entes reguladores Independientes, comisiones independientes o comisiones de regulación, son un fenómeno innovador del derecho administrativo en países de América Latina y en países europeos. Solamente a partir de la expedición de la Ley 142 de 1994 se crearon en Colombia las comisiones de regulación como entes independientes, aun cuando estas mismas entidades son la prolongación de unas unidades administrativas, dependientes de los ministerios, que tuvieron origen en los decretos especiales que se expedieron al amparo del artículo 22 transitorio de la Constitución Política de 1991.

En Colombia el análisis sobre las comisiones de regulación se ha centrado en el estudio de las funciones que se les han otorgado y en el estudio de algunos problemas específicos que se han planteado a partir del momento de su creación; pero en este caso, teniendo en cuenta que el origen de las comisiones proviene del derecho de los Estados Unidos de América del Norte y el Reino Unido, es importante plantear una discusión sobre los principales problemas de introducir en el derecho colombiano figuras provenientes del derecho consuetudinario, un derecho que siempre se ha considerado más “laxo” que el derecho continental.

Es importante tener en cuenta que en países europeos, especialmente el caso de España, también se ha generado la discusión sobre los efectos que genera introducir dentro del “ámbito” del derecho continental, figuras que aun en Reino Unido y los Estados Unidos de América del Norte han generado controversia, y cuya “legitimidad” ha sido duramente discutida por considerarse muchas veces como una “rueda suelta” dentro del engranaje de la organización del Estado y la división de los poderes.

En el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, es necesario considerar si todo ese engranaje construido para el buen funcionamiento de los servicios públicos domiciliarios es realmente útil, o si a través de las diferentes actuaciones de estos entes se deslegitima el papel del Estado interventor en los servicios públicos domiciliarios, teniendo en cuenta que el manejo de la prestación de los servicios públicos domiciliarios en nuestro país resulta complejo, pues se distribuye en el

Presidente de la República, las comisiones de regulación, los ministerios, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y el control social que deben ejercer los ciudadanos, principalmente, así la inspección, vigilancia, control y regulación de estos servicios no está en cabeza de un solo ente.

Finalmente, es importante anotar que el tema de las comisiones independientes, y el estudio de sus características está directamente relacionado con sus complejas relaciones con ramas del derecho como el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho económico, y otras disciplinas como la ciencia política y la economía.

El desarrollo de las agencias independientes está ligado con los sectores en donde se desenvuelven, como en el caso de las telecomunicaciones, donde deben enfrentarse a un ritmo de avance tecnológico que generalmente sobrepasa el avance regulatorio, demostrando que tienen una gran incidencia dentro del desarrollo de una nación, y que del manejo que se dé a las mismas depende en gran parte el estímulo a la inversión y la generación de riqueza de un país, o simplemente el caos normativo que se pueda producir, genera mayor injusticia y pobreza.

GASPAR ARIÑO explica que el desarrollo económico va de la mano con la seguridad jurídica que deben proporcionar las instituciones estatales, incluyendo los entes reguladores, manifestando que la riqueza de un país se debe a una *institutional endowment* que se desarrolla en tres aspectos: (1) la formación de sus recursos humanos, (2) el cumplimiento de las normas por parte de todos los actores dentro de la sociedad y la economía y (3) la fortaleza de sus instituciones. Para ARIÑO, las regulaciones jurídicas deben acercarse a la economía con el fin de comprender que la responsabilidad de ordenar actividades económicas exige un conocimiento del mercado, sector o actividad que se piensa intervenir. Así, ARIÑO manifiesta:

“En cada uno de estos campos, hay que ver si lo que se llama el metamercado (esto es, la ordenación jurídico-institucional) favorece o dificulta las operaciones económicas, las transacciones, la eficiente asignación de recursos. Esto resulta especialmente necesario en los sectores regulados, disciplinados, como la energía, el transporte, las telecomunicaciones, el agua o el suelo urbano. Cuando estas regulaciones, pretendidamente justas, son antieconómicas, hacen a la larga un daño a la sociedad y a cada uno de sus ciudadanos. Así ha ocurrido, por ejemplo, con la nacionalización del agua o la energía (...)”<sup>1</sup>.

---

1 ARIÑO ORTIZ, GASPAR, *Principios de derecho público económico modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada, 1999, págs. 5 a 8.

Como un ejemplo de los efectos económicos y sociales que puede producir las decisiones de las agencias independientes, el premio Nobel de Economía, MILTON FRIEDMAN pone a consideración el caso de la creación de la agencia para la administración de alimentos y medicamentos en los Estados Unidos, cuya existencia está relacionada por la preocupación que surgió por la higiene de los alimentos, sumada a los intereses de los conserveros de carne que pedían al gobierno que certificara que su producto estaba limpio para poder exportarlo y, finalmente, por el interés de los farmacéuticos y médicos de patentar las medicinas y remedios vendidos al consumidor.

Aunque la relación entre el ente regulador y la industria farmacéutica fue amigable, ésta se rompió en los años 1961 y 1962 con el caso de la talidomida. En virtud de la Ley de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos de 1938, la FDA prohibió la entrada al mercado de la talidomida, pues se decía que en Europa había nacido un grupo de niños deformes, hijos de mujeres que habían tomado esta droga durante su embarazo.

Frente a este escándalo surgieron las enmiendas legales de 1962, centradas más en la calidad que en los precios, creando mayores requisitos para la venta de un fármaco. Para FRIEDMAN es claro que aun cuando la intervención a través de la regulación era deseable porque protegía al público de fármacos inútiles, también desestimulaba el desarrollo de nuevos fármacos.

En tal sentido, otra de las grandes críticas que se hacen sobre las agencias independientes es que la regulación excesiva es un desestímulo en muchos casos para el crecimiento de las industrias reguladas. En el caso de la industria farmacéutica encontramos, en un lado de la balanza, la protección de la salud de las personas a través de la creación de restricciones para la industria por parte del regulador; y, en el otro lado, el desarrollo y crecimiento del sector que requiere de cuantiosas inversiones y que depende de la puesta en el mercado de nuevos fármacos. FRIEDMAN consideraba que,

“Los efectos sobre el ritmo de innovación de nuevos fármacos son tremendos: el número de “nuevos productos farmacéuticos” que aparecen cada año ha descendido en más del 50 por ciento desde 1962. Igualmente importante es que ahora un fármaco necesita mucho más tiempo para ser aprobado y, en cierto modo consecuencia de ello, el coste de desarrollar un nuevo fármaco ha experimentado un aumento colosal. De conformidad con una estimación relativa a la década de los cincuenta y principio de la de los sesenta, costaba entonces alrededor de medio millón de dólares y requería unos veinticinco meses desarrollar un nuevo fármaco y comercializarlo. Considerando la inflación producida desde entonces, el coste sería ahora de algo más de un millón de dólares”<sup>2</sup>.

---

2 FRIEDMAN, MILTON y ROSE, *Libertad de elegir*; Editorial Grijalbo, 1998, pág. 287.

## 1. LAS AGENCIAS INDEPENDIENTES O COMISIONES DE REGULACIÓN

### 1.1. ORIGEN DE LAS AGENCIAS INDEPENDIENTES EN LOS ESTADOS UNIDOS

#### 1.1.1. LA ÉPOCA DEL *Laissez Faire*

La independencia de los Estados Unidos de América del Norte dio paso a un período propicio para el auge de las ideas económicas de ADAM SMITH, los mercados eran libres y no estaban restringidos por ninguna autoridad, era la época del *laissez faire*, el mercado se autorregulaba y no necesitaba de ningún tipo de intervención. Como lo ha descrito gráficamente THEODORE LOWI:

“Las teorías económicas de SMITH atraían a los emprendedores americanos del siglo XIX por numerosas razones. La más importante de ellas debe haber sido la confianza de su teoría en una sociedad automática, autorregulada (...). Los Americanos aceptaron la concepción de que había una armonía económica natural que sería dañada si se tocaba (...) esta fue la dinámica subyacente. Relacionadas profunda y lógicamente con ella, en el nivel de comportamiento, se hallaban la santidad de la propiedad y la moralidad vinculante del contrato. Estas nociones estaban justificadas por la economía clásica y eran, al mismo tiempo, defensas adicionales contra la tiranía”<sup>3</sup>.

A mediados del siglo XIX, el parlamento intervino el transporte ferroviario y el almacenamiento de los granos, adicionalmente se prohibió la venta de bebidas alcohólicas, por considerarse que eran actividades afectadas por el interés público. Fue una intervención directa por parte del poder legislativo. En estos momentos el ejecutivo se dedicaba a actividades de subsidio y fomento, pero no intervenía directamente en la economía, y la defensa de la libertad de empresa seguía siendo una garantía celosamente guardada. En el período comprendido entre 1905 y 1934, denominado la “era Lochner”, los jueces no permitieron la regulación económica, pues se consideraba que la misma era una intervención frente a la ordenación de la economía privada de acuerdo con los principios y leyes del mercado<sup>4</sup>.

---

3 Citado por MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL. “La administración por agencias en los Estados Unidos de América del Norte”, Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 1995, pág. 98, nota al pie.

4 Una explicación detallada se encuentra en la obra “La administración por agencias en los Estados Unidos de América del Norte”, MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL. Universidad Carlos III de Madrid – *Boletín Oficial del Estado*, 1995, págs. 81 en adelante.

Sin embargo, con anterioridad a la crisis de 1930, fueron apareciendo las primeras agencias reguladoras (se crearon aproximadamente 31 agencias desde la primera Constitución de los Estados Unidos, hasta 1930), y los organismos supervisores de una actividad económica que se concentraban en una industria específica, por ejemplo, la Interstate Commerce Commission (Comisión Interestatal de Comercio), el Army Corps of Engineers (Cuerpo de Ingenieros del Ejército) y la Federal Railroad Administration (Administración Federal de Ferrocarriles).

### 1.1.2 *NEW DEAL* - LA RESTAURACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DEL NORTE

La mayoría de agencias independientes en los Estados Unidos de América del Norte fueron creadas con posterioridad a la crisis económica de los años treinta, bajo el gobierno demócrata del presidente FRANKLIN DELANO ROOSEVELT, quien proyectó una serie de medidas de tipo intervencionista que se aplicarían al momento de su elección, configurando una etapa de la historia de este país, llamada *New Deal*.

ROOSEVELT hacía parte del llamado “movimiento progresista”, compuesto por pensadores y políticos, quienes consideraban que debía depurarse el proceso político en los Estados Unidos, proponiendo reformar el proceso electoral, sugiriendo que la administración obrara eficientemente y con menos recursos y que se delegara funciones de intervención en comisiones reguladoras que se mantendrían fuera de la política por la libertad que les otorgaría su experticia en un tema determinado y su independencia.

Según FROYEN, al tomar posesión de la presidencia ROOSEVELT puso en ejecución un amplio programa para combatir la depresión en la que estaba sumida su país. En las etapas iniciales tomó medidas para evitar la caída de los precios, posteriormente se realizaron programas para la construcción de obras públicas y, finalmente, una reforma al sector financiero que incluía la iniciación de un sistema de seguros sobre los depósitos y la regulación del mercado de valores<sup>5</sup>.

Para CASS R. SUNSTEIN, ROOSEVELT definía el *New Deal* como una forma de actuar del Estado “usando la acción positiva para alcanzar objetivos”, y no mediante la expedición de leyes que por sí solas no solucionaban los problemas de las grandes masas<sup>6</sup>.

---

5 FROYEN, RICHARD, “Macroeconomía” en el apéndice de la parte IV “Medidas de políticas macroeconómicas seleccionadas, período 1929 – 1991”, Editorial McGraw Hill.

6 “La evolución de las agencias independientes está íntimamente vinculada con la instauración y desarrollo del Estado del *New Deal*, es decir, con una forma de Estado caracterizada –según la definición que del *New Deal* diera F.D. ROOSEVELT en su mensaje al Congreso sobre el Estado de la Unión (11 de enero de 1944)– por

La aceptación por parte de los electores de un nuevo gobierno intervencionista y protector se debe a las consecuencias generadas por la gran depresión económica vivida en los Estados Unidos. Aunque para algunos economistas como MILTON y ROSE FRIEDMAN, la causa de la gran depresión de los años treinta fue un mal manejo de la política monetaria<sup>7-8</sup>, la sensación de mayoría de los ciudadanos era que la crisis había sido generada por un capitalismo exagerado y que era necesaria la intervención del Estado para proporcionar bienestar a los ciudadanos e intervenir en los mercados, incluso prestando servicios que eran de la órbita privada como la educación, el transporte ferroviario, etc., así como la introducción de sistemas de seguridad social y protección social.

Posteriormente se produjo una “explosión de la actividad reguladora del Estado”, y se crearon organismos que no sólo abarcaban una industria, sino temas de contenido genérico como la protección del medio ambiente, la producción de energía, la protección al consumidor, verificando la calidad de los productos, la seguridad del empleo y, adicionalmente, como consecuencia de este auge de la actividad reguladora, se triplicó la burocracia alrededor de estos entes, con amplias facultades de intervención en un buen número de casos:

“El *New Deal* de la década de los treinta reforzó el modelo de regulación por comisiones independientes. La depresión económica fue tan profunda que obligó a las autoridades públicas a replantearse su función. La respuesta del gobierno federal fue una mayor intervención, una intervención encaminada a sustituir los mecanismos del mercado que, por una parte, eran acusados de haber provocado la depresión, y por otra, habían sufrido un colapso y eran incapaces de gobernar ciertos sectores. Así se generalizó la regulación económica en los sectores básicos, con el fin de estabilizarlos a través de la fijación de barreras de entrada y la imposición de horquillas de precios a los operadores privados. Se crean así la Federal Power Commission (1930), la Federal Communications Commission (1934), y la Securities and Exchange Commission (1934)”<sup>9</sup>.

---

contar con un gobierno que usa de la acción positiva para alcanzar los objetivos declarados antes de permanecer en reserva y en espera de que las leyes económicas generales por sí solas alcancen tales objetivos. (De ahí el significado de la palabra *Deal*; definición que se completa con el significado de la palabra *New*, como la implicación del Estado en la realización de un nuevo orden de cosas en beneficio de las grandes masas de granjeros, trabajadores y hombres de negocios)”. BETANCOR, ANDRÉS, *Administraciones independientes*, Editorial Tecnos, 1994, pág. 35.

- 7 Una explicación detallada de las causas que originaron la gran crisis en los Estados Unidos puede verificarse en el capítulo III de la obra *Libertad de elegir*, Editorial Grijalbo, 1998. FRIEDMAN, MILTON y ROSE, págs. 105 a 132.
- 8 FRIEDMAN, MILTON y ROSE, *Libertad de elegir*, Editorial Grijalbo, 1998, pág. 267.
- 9 MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ, “la desregulación estadounidense y la última crisis del servicio público en europa”, boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie año xxxi, n°94 enero-abril 1999. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/94/art/art3.htm>.

Durante la década de 1930 a 1940, se crearon en los Estados Unidos 17 agencias reguladoras, entre las que se pueden mencionar el Federal Home Loan Bank Board, el Federal Deposit Insurance Corporation, el Securities and Exchange Commission, el Social Security Board, la National Labor Relations Board, el Commodity Exchange Commission, el Railroad Retirement Board, la Wage and Hour Division of the Department of Labor y el Selective Service Administration.

El fin de la gran depresión de los años treinta se debió al incremento masivo del gasto en defensa durante la Segunda Guerra Mundial, donde las compras de bienes y servicios por parte del gobierno federal para la defensa nacional se incrementaron de US\$1.2 miles de millones en 1939 a US\$ 49.4 miles de millones en 1942. Asimismo, la tasa de desempleo disminuyó a un 4.7% en 1942 y luego a un 1.9% en 1943<sup>10</sup>.

### **1.1.3. LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX – EL FORTALECIMIENTO DE LAS AGENCIAS INDEPENDIENTES**

Con el comienzo de la guerra de Corea en 1950 se desencadenó una ola de pánico por el desabastecimiento de productos por parte de los consumidores y de las empresas que recordaban la escasez de la Segunda Guerra Mundial. Los precios se incrementaron rápidamente y los controles a los precios y salarios, así como medidas de política fiscal restrictiva, entraron en vigencia en 1951. A finales de los años cincuenta, el presupuesto llegó a presentar déficit durante las recesiones y superávit con niveles pico de la actividad económica.

La administración KENNEDY llegó al poder para el período comprendido entre 1960 y 1963, y se definió un programa para acelerar la recuperación económica de la recesión que había comenzado en 1960. El programa contemplaba una devolución por impuestos pagados a la inversión, un incremento del gasto público y recortes impositivos o tributarios para personas y empresas. La parte antiinflacionaria del programa consistía en una serie de pautas sobre salario voluntario y precios que mejoraron la producción nacional y redujeron los niveles de desempleo.

---

10 FROYEN, RICHARD, *Macroeconomía* en el apéndice de la parte IV Medidas de políticas macroeconómicas seleccionadas, período 1929 – 1991, Editorial McGRAW HILL.

Con la guerra de Vietnam (1965 – 1967), aumentó el gasto público en defensa nacional, puesto que ese incremento no se financió adecuadamente mediante ingresos superiores por concepto de impuestos, el déficit federal aumentó aproximadamente en US \$14.000 millones durante este período y como la economía ya estaba en un alto nivel de empleo, la tasa de inflación se incrementó.

A partir de 1965 se crearon comisiones reguladoras que buscaban principalmente proteger a los consumidores y usuarios:

“El último gran impulso de creación de comisiones reguladoras corresponde al período desde 1965 a 1977, iniciándose con los programas de la Great Society del presidente JOHNSON. Las comisiones reguladoras creadas en este período nacen fundamentalmente contra la industria, con el fin de atender a externalidades, a efectos sociales de la actividad industrial. Nacen en este período la Equal Employment Opportunity Commission (1965), la Environmental Protection Agency (1970), y la Consumer Product Safety Commission (1972). Este movimiento político consiguió igualmente involucrar a consumidores y asociaciones ciudadanas en los procedimientos de las comisiones independientes, con el fin de representar directamente el interés de los ciudadanos y consumidores”<sup>11</sup>.

Durante el período comprendido entre 1971 a 1980, se inició un período de transformación en los Estados Unidos de América del Norte. La administración NIXON llegó al poder con el compromiso de reducir la tasa de inflación. En agosto de 1971 anunció varias medidas macroeconómicas para fortalecer un sistema de control a los salarios y los precios que comenzó con una congelación de los mismos por 3 meses y luego una serie de cambios en la política fiscal moderadamente expansionista. En 1973 se permitió que el dólar flotara y en 1975 se aprobó un recorte impositivo consistente en una exención tributaria única, como una reducción en las tasas impositivas sobre la renta personal.

La imposición de estas medidas por parte del presidente NIXON, refleja un comportamiento económico deficiente, que necesitaba de la imposición de graves medidas de choque como la congelación de los salarios. Así lo explica MONTERO PASCUAL:

---

11 MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ, “La desregulación estadounidense y la última crisis del servicio público en Europa”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie Año XXXI, n° 94 enero-abril 1999. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/94/art/art3.htm>.

“Las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial se caracterizaron por un gran crecimiento de las economías occidentales. Los modelos de intervención pública se vieron reforzados por el éxito económico. A finales de los años sesenta, sin embargo, comenzó a producirse un debilitamiento del crecimiento. Este debilitamiento se convirtió en crisis a principios de los setenta, a causa del alza de los precios del petróleo, que produjo un incremento importante de la inflación. La crisis económica se alargó toda la década, dando pie a un debate sobre el modelo económico, en particular sobre la bondad de la intervención pública en la economía.

Al mismo tiempo, la industria comenzó a observar la intervención pública como un obstáculo a sus intereses, más que como un instrumento de apoyo a los mismos. Durante los años setenta, la regulación económica se convirtió en un lastre para las industrias reguladas. La intervención de los grupos de consumidores dificultó las subidas de precios necesarias para adaptar los precios a la alta inflación, de modo que las industrias reguladas comenzaron a tener problemas (*regulatory lag*)”<sup>12</sup>.

Como consecuencia de la crisis económica, también a comienzos de los años setenta, en el pensamiento económico surgió la escuela de Chicago, compuesta por economistas de la Universidad de Chicago, entre ellos los esposos FRIEDMAN, quienes consideraban que el Estado no debería intervenir en la economía. Para SAMUELSON y NORDHAUS, “Estos son los apóstoles modernos del *laissez-faire* y el Estado mínimo (...)”<sup>13</sup>.

La primera crítica de la escuela de Chicago a la intervención económica a través de las agencias independientes fue la facilidad para ser capturadas por las industrias reguladas, y de esta forma favorecer sus intereses y no los de la sociedad. Adicionalmente, la imposición de barreras de entrada y la fijación de precios por parte de las agencias del gobierno, impedían que fuera el mismo mercado quien fijara los precios y no garantizaba que los industriales recibieran una utilidad razonable.

---

12 MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ, “La desregulación estadounidense y la última crisis del servicio público en Europa”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXI, n° 94 enero-abril 1999. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/94/art/art3.htm>.

13 SAMUELSON, PAUL Y NORDHAUS, WILLIAM, *Economía*, decimocuarta edición. MCGRAW HILL, 1993, pág. 460.

#### 1.1.4. EL MODELO NEOCONSERVADOR Y LA SUPRESIÓN DE AGENCIAS REGULADORAS

REAGAN llegó a la Presidencia de los Estados Unidos en 1981 y una de las medidas que tomó fue la reducción en la regulación por parte del Estado. Según FROYEN:

“En concordancia con la visión del lado de la oferta de que la regulación estatal de la economía en áreas como la calidad del aire, la seguridad del trabajador y el control de la calidad de los productos de consumo había sido excesivamente costosa y había retardado el crecimiento, la administración de REAGAN dio comienzo a una revisión de las medidas regulatorias. El objetivo era eliminar “la regulación antieconómica y obsoleta y hacer más eficiente y flexible la regulación necesaria”. En la primera administración de REAGAN algunas iniciativas regulatorias específicas estaban relacionadas con un cambio en algunas responsabilidades para el control de la polución del aire de los estados, la supresión de controles en los mercados del petróleo, propuestas para abolir los departamentos de Energía y Educación y un poder ejecutivo que exigiera un análisis de costo-beneficio antes de expedir cualquier nueva regulación federal”<sup>14</sup>.

Para muchos, la posición económica en el gobierno de REAGAN se fundamentaba en las ideas de la economía “del lado de la oferta”, quienes aceptan la visión clásica de que la producción está determinada por las variables reales de crecimiento de la oferta de los factores de producción y cambios tecnológicos. Una de las 4 posiciones de las que habla FROYEN que caracterizan la economía del lado de la oferta es que consideran que la excesiva regulación por parte del Estado ha desestimulado la formación de capital, contribuido a la disminución en el crecimiento de la productividad del trabajo y reducido la tasa de crecimiento de los Estados Unidos<sup>15</sup>.

FROYEN explica la posición de los economistas del lado de la oferta manifestando que para ellos la excesiva regulación en los Estados Unidos contribuyó a la disminución del crecimiento durante los años sesenta, debido a que genera mayores costos en la producción y retrasa la formación de capital:

“Los economistas del lado de la oferta afirman que la proliferación de regulaciones estatales a las empresas contribuyó de manera significativa a la disminución del crecimiento en los Estados Unidos durante los años setenta.

---

14 FROYEN, RICHARD, *Macroeconomía, teorías y políticas*, 4ª edición, McGRAW HILL, 1996, pág. 552.

15 FROYEN, RICHARD, *Macroeconomía, teorías y políticas*, 4ª edición, McGRAW HILL, 1996, pág. 535.

Existía una nueva ola regulatoria del Estado a la actividad, la cual comenzó en los años sesenta. Se establecieron nuevas agencias y aprobaron leyes con objetivos tales como control a la polución, protección y seguridad social del trabajador, control de calidad a los productos de consumo y reforma de pensiones. Los economistas del lado de la oferta argumentan que este incremento de la actividad regulatoria por parte del Estado retrasó el crecimiento económico de dos maneras:

En primer lugar, el cumplimiento de tales regulaciones incrementa el costo de generar una determinada producción (...). En segundo lugar, los economistas del lado de la oferta sostienen que la actividad regulatoria del Estado retrasó la formación de capital, al menos la formación de capital que contribuye al incremento de la productividad en términos de la medición del producto. De acuerdo con una estimación, los gastos en el control de la polución absorbieron aproximadamente el 20% de la inversión neta en 1970<sup>16</sup>.

Después de una etapa de sobreproducción y crecimiento económico posterior al *New Deal*, los gobiernos tuvieron que enfrentarse nuevamente a un crecimiento débil y una alta inflación que generó el fenómeno de desregulación:

“La llamada ‘revolución conservadora’ de los ochenta en los EUA y en el Reino Unido, con las políticas del presidente REAGAN y del primer ministro THATCHER, supuso el triunfo de una nueva visión de la función de las autoridades públicas en la economía, fruto de las primeras críticas de los sesenta y el debate de los setenta. El ideario de estos movimientos políticos se resumió en la expresión ‘retirar el peso del Estado de las espaldas de los ciudadanos’. La reducción de la intervención de las autoridades públicas en la economía fue el resultado de la alianza de intereses de las empresas reguladas que, utilizando la doctrina de la escuela de Chicago, logró el apoyo de fuerzas políticas que buscaban una respuesta política al estancamiento económico<sup>17</sup>.”

Es importante tener en cuenta la visión de los esposos FRIEDMAN, quienes manifestaban que el coste de cumplir la regulación era mucho más alto que los beneficios que realmente trae la misma a los consumidores y el público en general. FRIEDMAN explicaba que el Estado gasta 5.000 millones de dólares anuales como coste directo de la regulación, y que esta cifra es insignificante en relación con los costes que representan

---

16 FROYEN, RICHARD. *Macroeconomía, teorías y políticas*, 4ª edición, McGRAW HILL, 1996, págs. 543 y 544.

17 MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ, “La desregulación estadounidense y la última crisis del servicio público en Europa”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXI, n° 94 enero-abril 1999. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/94/art/art3.htm>.

para la industria y los consumidores el cumplimiento de la regulación, que se aproxima a una suma de 100.000 millones de dólares anuales<sup>18</sup>.

Junto a los argumentos propuestos por los economistas, el profesor SALA ARQUER explica que durante los últimos 25 años aproximadamente, las agencias independientes se encuentran sometidas a una seria revisión doctrinal desde el punto de vista jurídico en todo el mundo, la cual ha contribuido en la mayoría de los casos a fortalecer los argumentos en pro de la desregulación:

“En Estados Unidos, las presidencias republicanas de REAGAN y BUSH se plantearon el objetivo de recortar y neutralizar la independencia de las agencias, dentro de su programa de desregulación, para lo que contaron con el apoyo de cierta jurisprudencia de la *Supreme Court*, preocupada por reordenar la separación de poderes y evitar situaciones híbridas, de doble dependencia del ejecutivo y del legislativo”<sup>19</sup>.

Frente a la posición de los economistas del lado de la oferta, surgió la crítica keynesiana, y muchos economistas consideraron que la relación costo / beneficio de la regulación hacía llegar a la conclusión que no debía dismantelarse todo el engranaje regulatorio creado dentro del Estado, pues el mismo generaba grandes beneficios como las mejoras en el medio ambiente, las condiciones laborales, la calidad de los productos, etc.<sup>20</sup>.

### 1.1.5. CONSIDERACIONES FINALES

Para concluir este capítulo considero importante anotar como la historia económica de los Estados Unidos de América del Norte se ha desplazado durante largos períodos de tiempo entre la adopción de una política donde el Estado permite a los actores del

---

18 FRIEDMAN, MILTON Y ROSE, *Libertad de elegir*. Editorial Grijalbo, 1998, pág. 268.

19 SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, pág. 13, Universidad de Burgos – Cuadernos Civitas, 2000.

20 “En cuanto al costo de la regulación en términos del crecimiento en el mediano plazo, también hay espacio para una divergencia de opinión. EDWARD DENISON, cuyo estudio sobre las fuentes del crecimiento económico de los Estados Unidos citamos anteriormente, estima que los gastos obligatorios para la lucha contra la polución, junto con los gastos requeridos para mejorar la calidad del agua y la salud, redujeron la tasa de crecimiento de los Estados Unidos entre un 0.1 y 0.2 puntos porcentuales durante los años setenta y comienzos de los años ochenta. Esta es una parte modesta, pero significativa, de la disminución del crecimiento. Pero DENISON también cree que gran parte del retraso en el crecimiento debido a factores que no se han evaluado de manera explícita. No podemos descartar el exceso de regulación por parte del Estado en muchas áreas, además del control de la polución y la seguridad del trabajador (las áreas evaluadas por DENISON), como factores responsables de la porción, de otra manera inexplicable, de la disminución en la tasa de crecimiento” FROYEN, RICHARD, *Macroeconomía, teorías y políticas*, 4ª edición, McGRAW HILL. 1996, págs. 548 y 549.

mercado interactuar libremente (*laissez faire*), y un sistema donde es necesaria la intervención del Estado en la economía para nivelar situaciones de desequilibrio que se presentan en los mercados, especialmente en los que en su momento se consideren como mercados prioritarios para el desarrollo y el crecimiento del país (acueducto, energía, comunicaciones, seguridad, industrias como la petrolera, ferroviaria, etc.).

La intervención del Estado en la economía se presenta como una reacción inmediata frente a períodos de recesión económica y de estancamiento de algunas industrias importantes, mientras que en épocas de “bonanza”, la misma se considera cada vez más innecesaria, pues el Estado es visto como un intruso que no permite un desarrollo más acelerado de las industrias y de la economía en general.

Para importantes economistas como ROSE y MILTON FRIEDMAN, el coste de la regulación es demasiado grande, por ejemplo, en la industria farmacéutica, los avances en la producción de nuevos medicamentos se ven limitados frente a una regulación que no permite la introducción rápida de los mismos al mercado y que genera una gran pérdida para la industria y en general a toda la sociedad. Estas posiciones en mi opinión son muy extremistas y no dan cabida a una posición intermedia donde se acepte la intervención del Estado, solamente que de una manera proporcionada.

En conclusión, al analizar la historia económica de los Estados Unidos, y los fenómenos que dieron origen a las agencias independientes, es interesante destacar la relación entre períodos de pobreza y estancamiento, donde aparece una excesiva intervención del Estado a través de la regulación económica, y períodos de crecimiento económico donde empieza a criticarse sin compasión el importante número de industrias y mercados regulados, que finalmente lo que hace es retrasar el crecimiento de los ingresos, sin tener en cuenta que en una buena parte de los casos se generan situaciones de desequilibrio en los mercados, abusos de posición dominante, creación de carteles, situaciones que finalmente distorsionan los mercados en competencia y donde termina perjudicada la parte débil que son los consumidores o usuarios y la competencia entendida como un fenómeno económico favorable.

## 1. 2. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA

### 1.2.1. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA – LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1936, 1945 Y 1968

Una breve aproximación del desarrollo de los servicios públicos en Colombia inicia hacia finales del siglo XIX. Durante esta época la expansión de la economía cafetera permitió al Estado aumentar el gasto público para el desarrollo de la infraestructura, el transporte y la vivienda. Con el desarrollo del comercio y el crecimiento de la industria, los habitantes de Colombia se comenzaron a concentrar en las ciudades, las cuales tuvieron que adecuar su infraestructura para garantizar a todos sus habitantes la prestación de los servicios públicos básicos.

En un estudio realizado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA se afirma que:

“Antes de la crisis de los años treinta no existía la concepción del Estado como un agente regulador de la actividad económica pese a que desde los tiempos de la colonia la intervención estatal se daba en áreas como la de las comunicaciones (caminos, ferrocarriles, navegación a vapor), la asignación de tierras baldías, la explotación de minas, la producción y distribución de ciertos bienes rentísticos (sal, aguardiente, tabaco), la imposición de aranceles a las importaciones, etc. Pero fenómenos como el desarrollo de los servicios públicos modernos (telégrafos, electricidad, acueductos) durante los primeros treinta años de este siglo, y la creación de un sistema bancario moderno, aportaron nuevos elementos para la intervención directa del gobierno bajo la concepción del Estado como regulador de la vida económica y social”<sup>21</sup>.

Como consecuencia de la crisis mundial de 1929, en Colombia se sintió igualmente la crisis económica, a la cual se sumaron grandes tensiones sociales, especialmente relacionadas con luchas sociales y movimientos estudiantiles que abogaban por la protección de los derechos de los trabajadores<sup>22</sup>. Entre 1929 y 1944 se inició en

---

21 Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA. *El estado del arte de la regulación en el sector de agua potable y saneamiento básico*, enero de 2001, págs. 7 y 8.

22 Durante 1918 y 1925 explotó en Colombia el fenómeno de las huelgas. En 1928 en el Urabá antioqueño los trabajadores de la United Fruit Company se declararon en huelga, reclamando mejores salarios y condiciones de vida. El gobierno declaró como comunista este movimiento y se produjo la masacre de las bananeras, que desató un gran movimiento social que tuvo gran repercusión en la década de los treinta y cuarenta.

Colombia un ciclo de estancamiento económico, y la economía se manejó mediante la expedición de medidas proteccionistas y de tinte social.

Este cambio en la concepción del papel del Estado frente a la economía se vio reflejado en Colombia en 1930, con la elección del liberal ENRIQUE OLAYA HERRERA, quien defendía las banderas de la protección de los derechos sociales y cuyo gobierno tuvo una gran inclinación hacia la asistencia pública.

Posteriormente, en 1934 subió al poder ALFONSO LÓPEZ PUMAREJO, quien lideró una época de reformismo, que coincidía con los cambios que se producían en los Estados Unidos a través del *New Deal*. Las principales reformas fueron: la reforma constitucional de 1936 que reivindicaba las ideas socialistas imperantes en Europa, dentro de un medio social que seguía siendo muy obediente de la jerarquía eclesiástica, la reforma universitaria, la reforma judicial, la reforma de la política internacional de Colombia, la organización de la asistencia pública y la protección al sindicalismo<sup>23</sup>.

Así el Acto Legislativo N°. 1 de 1936, consagraba en su artículo 11, que el Estado podía intervenir por medio de leyes

“en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho”.

Sin embargo, declaraba que para esos efectos, la ley requería ser aprobada por una mayoría especial, lo cual demuestra el celo del constituyente por la propiedad privada y la libre empresa.

ALBERTO HERNÁNDEZ MORA manifestó en relación con la reforma Constitucional de 1936:

“Toda esta concepción política del Estado benefactor, del Estado intervencionista para proteger los derechos de las clases débiles, del Estado prestador de servicios públicos para extender a sectores marginados las condiciones decorosas de existencia, iría a plasmarse en la gran reforma de 1936. El ojo avizor de los ex presidentes LÓPEZ PUMAREJO y ECHANDÍA, que advirtió las necesidades de su tiempo y la erosión de nuevas fuerzas sociales en la nación colombiana, dio

---

23 “Organizó el intervencionismo del Estado por medio de las leyes, en la explotación de las industrias, con el objeto de nacionalizar la producción, distribución y consumo de riquezas (...)” OCAMPO LÓPEZ JAVIER, *Historia básica de Colombia*, Plaza y Janés Editores, 8ª edición., pág. 296.

entonces legitimidad a las instituciones con los nuevos principios y los nuevos caminos constitucionales que se abrían al clamor de las clases populares para mejorar sus condiciones de vida”<sup>24</sup>.

Unos años después de la reforma constitucional de 1936, y como antecedente a la nueva visión del Estado con funciones de intervención directa en la economía, se produjo la reforma constitucional de 1945, llevada a cabo por los dos partidos tradicionales y que buscaba readecuar las instituciones existentes, sin hacer modificaciones a los principios doctrinarios del Estado. Mediante esta reforma se aclaró que la intervención en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas no podía ejercerse en virtud de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al Presidente de la República<sup>25</sup>.

Durante el gobierno de LLERAS RESTREPO (1966 - 1970), se modificó nuevamente la Constitución Política<sup>26</sup>, y una de las razones por las cuales se dio esta reforma fue la iniciativa de agilizar la actividad administrativa, aumentando las facultades del gobierno nacional, departamental y municipal en materias económicas y administrativas, atendiendo a la realidad que era más ágil regular los aspectos económicos mediante la expedición de actos administrativos, y no mediante la expedición de leyes, por la lentitud del procedimiento previo a su expedición. Sólo hasta 1968, el presidente intervino directamente en la economía mediante la expedición de decretos que desarrollaban las leyes marco expedidas por el Congreso.

---

24 Intervención del Dr. ALBERTO HERNÁNDEZ MORA en el seminario “El Estado de derecho y el cambio social”, auspiciado por la Comisión de Reforma del Estado y las Naciones Unidas, citado por YOUNES M., DIEGO, *Derecho constitucional colombiano*, 2ª edición, 1995, pág. 37.

25 Acto Legislativo n°1 de 1945, Artículo 4: “El artículo 28 de la Constitución quedará así: Artículo 28. El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 69, ordinal 12, de la Constitución.” (Artículo 32 codificación de 1945).

26 Acto Legislativo n°1 de 1968: “Artículo 6° El artículo 32 de la Constitución Nacional quedará así: Se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado.

Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular”.

### 1.2.2. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Es importante señalar, como antecedente inmediato de las comisiones de regulación, la creación de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos mediante el Decreto 3069 de 1968, cuya función primordial era la de controlar y fiscalizar las tarifas de los servicios de acueducto, alcantarillado y energía eléctrica.

Posteriormente, con la expedición del decreto 149 de 1970, se señaló que el establecimiento de la política de precios, su aplicación, así como la fijación de las tarifas de los servicios públicos de agua, alcantarillado, energía eléctrica, recolección domiciliar de basuras, teléfonos urbanos, larga distancia, telégrafos y correos, estaría a cargo de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos.

De esta manera se ampliaron las funciones inicialmente asignadas a la Junta Nacional de Tarifas, la cual no sólo estaría encargada de controlar tarifas, sino que tendría a su cargo, entre otras, la función de definir y aplicar la política de precios de los sectores a su cargo, elaborar estudios sobre producción, distribución y consumo nacionales, trazar políticas sobre abastecimientos de la demanda nacional y recomendar las medidas pertinentes.

Con la Constitución de 1991 se reafirmaron los principios de intervención del Estado en la economía, y los servicios públicos domiciliarios tuvieron un papel preponderante, estableciéndose disposiciones constitucionales en relación con los mismos (artículos 365 al 370 de la Constitución Política).

En la nueva Constitución se amplió el número de temas de carácter económico, al tiempo que se desarrolla el Estado social de derecho, haciendo especial énfasis en la protección de los derechos fundamentales y los derechos sociales, económicos y culturales.

Como uno de los principios del Estado, se consagra que Colombia es un Estado social de derecho, consecuencia de una preocupación por la problemática social que justifica la intervención del Estado en la economía, con el fin de garantizar, en el caso de los servicios públicos, que los mismos se presten a toda la población, con eficiencia, calidad, etc.<sup>27</sup>.

---

27 “Esta noción surgió como reacción a la desigualdad creada en las relaciones del siglo XIX, favorecidas por el principio del *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar). Para contrarrestarlo el intervencionismo del siglo XX dotó al Estado de instrumentos para orientar la economía hacia el logro de fines sociales y con ello garantizar el bienestar general y la justicia social. La naturaleza social del Estado es un desarrollo

En 1992 se crearon las comisiones de regulación mediante la expedición de los decretos 2122 (Comisión de Regulación de Telecomunicaciones), 2152 (Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico) y 2119 (Comisión de Regulación de Energía y Gas). Con la expedición del Decreto 2167 de 1992 que reestructuró el Departamento Nacional de Planeación, se suprimió la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, cuyas funciones en los respectivos sectores fueron asumidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la Comisión de Agua Potable y Saneamiento Básico y la Comisión de Regulación de Energía y Gas<sup>28</sup>.

En 1994, se expidió la Ley 142 y se crearon las comisiones de regulación como unidades administrativas especiales, adscritas al respectivo ministerio, y a diferencia de los decretos expedidos en 1992, esta vez se les atribuyó en el acto de creación la independencia administrativa, patrimonial y técnica<sup>29</sup>.

La Ley 142 de 1994, en sus artículos 70 y 71, señaló la estructura orgánica y composición de las comisiones, las cuales en forma general son conformadas por el ministro correspondiente (o varios ministros en el caso de las comisiones de agua potable y saneamiento básico y la de energía y gas), los expertos comisionados y el director del Departamento Nacional de Planeación. A las tres comisiones asiste con voz, pero sin voto, el superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

El artículo 68 de la Ley 142 de 1994, dispone que el Presidente de la República es el encargado de señalar las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política. Adicionalmente, puede el Presidente de la República delegar algunas de sus funciones relacionadas con los servicios públicos domiciliarios en las

---

ulterior de dicha orientación...” YOUNES MORENO, DIEGO, *Derecho constitucional colombiano*, 2ª edición, 1995, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pág. 78.

28 Decreto 2167 de 1992, artículo 2: “Suprímense la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos y la División Especial Secretaría Técnica de la Junta Nacional de Tarifas, cuyas funciones en los respectivos sectores serán asumidas por las comisiones reguladoras energética, de telecomunicaciones, y de agua potable y saneamiento básico. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará a partir del momento en que las respectivas comisiones de regulación comiencen a desarrollar sus funciones. El Departamento Nacional de Planeación celebrará convenios con los Ministerios a los cuales pertenecen las respectivas Comisiones con el propósito de coordinar las labores necesarias para que las funciones se puedan comenzar a desarrollar en condiciones adecuadas”.

29 Artículo 69 de la Ley 142 de 1994. “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”.

comisiones de regulación de los servicios públicos, en los términos de la Ley 142 de 1994.

En efecto, las funciones presidenciales fueron delegadas por el Presidente de la República a las Comisiones de Regulación mediante la expedición del decreto 1524 de 1994<sup>30</sup>.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT, es una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Comunicaciones y está compuesta por el ministro de Comunicaciones, el director del Departamento Nacional de Planeación y tres expertos comisionados de dedicación exclusiva. La CRT ejerce las funciones de regulación que le fueron otorgadas por la Ley 142 de 1994 y posteriormente las mismas fueron ampliadas por el decreto 1900 de 1990, el decreto 1130 de 1999 y por la Ley 555 de 2000 en relación con la protección a los usuarios del sistema de telefonía móvil PCS.

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, es una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y está conformada por el ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el ministro de la Protección Social, el director del Departamento Nacional de Planeación y cuatro expertos comisionados de dedicación exclusiva. La CRA cumple con las funciones de regulación que le otorgó la Ley 142 de 1994 en relación con los servicios de acueducto y saneamiento básico.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible – CREG es una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía y está conformada por el ministro de Minas y Energía, el ministro de Hacienda, el director del Departamento Nacional de Planeación y 5 expertos comisionados de dedicación exclusiva. La CREG ejerce las funciones de regulación otorgadas por las leyes 142 y 143 de 1994 en relación con la generación, transporte, comercialización y distribución de energía eléctrica y el servicio de gas combustible.

En el anexo n° 1, se encuentra un cuadro comparativo de las características de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios, en el cual se tuvo en cuenta los estatutos y reglamentos vigentes de cada una de las comisiones.

---

30 Artículo 1 del decreto 1524 de 1994: “Deléganse las funciones del Presidente de la República, a las que se refieren el artículo 68, y las disposiciones concordantes, de la Ley 142 de 1994, “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones” en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que crea esa Ley, para que la ejerzan en la forma allí prevista, en relación con cada uno de los servicios públicos respectivos”.

### 1.2.3. CONSIDERACIONES FINALES

De la misma forma como se evidenció en la historia económica de los Estados Unidos, en el caso colombiano la idea de intervenir en la economía por parte del Estado a través de la regulación surgió en forma paralela con una situación de estancamiento y depresión económica, y el surgimiento de movimientos políticos y sociales que buscaban que el Estado interviniera activamente a través de mecanismos de protección social y regulación.

Me parece importante destacar como a través de un análisis de las reformas de la Constitución Nacional de 1886 y la expedición de la Constitución Política de 1991 se evidencia el gran recelo que existió frente a la intervención directa del poder ejecutivo en la regulación económica. En 1936 se autorizó al Estado a intervenir en la economía a través de leyes de la República y posteriormente en 1945 el presidente pudo intervenir a través de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República; solamente hasta 1968 el presidente pudo expedir decretos de intervención económica, siempre con respeto a lo establecido por el legislador a través de la expedición de una ley marco.

En 1991 con la expedición de la nueva Constitución Política se incorporan varios temas de carácter económico que no se trataban en la Constitución anterior, dándole una gran importancia al desarrollo de un Estado social de derecho y especialmente a los servicios públicos domiciliarios, y la intervención del Estado en los mismos, con el fin de garantizar la competencia y proteger a los consumidores y usuarios.

Es importante resaltar que en el momento histórico en el que se desarrolló la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, el modelo de prestación de los servicios públicos se encontraba en crisis y éste fue un importante motivo para que se incluyera en la Constitución de 1991 artículos especiales relacionados con la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Finalmente podemos concluir, que en el caso colombiano, la creación de las comisiones de regulación está ligada directamente con la necesidad de desarrollar el Estado social de derecho y de intervenir en un sector en crisis donde se debe garantizar la primacía del interés general sobre el interés de algunos pocos que controlan la prestación de los servicios públicos domiciliarios, considerados como servicios esenciales y que hasta la fecha han sido considerados estratégicos por todos los estados alrededor del mundo.

## **2. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN**

### **2.1. EL FENÓMENO DE LA DESLEGALIZACIÓN**

#### **2.1.1. LOS ACTOS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN – EL FENÓMENO DE LA DESLEGALIZACIÓN EN COLOMBIA**

Como consecuencia de la teoría de la división del poder público, por mucho tiempo predominó la idea que era el poder legislativo el encargado de definir por medio de leyes las normas de comportamiento en todos los aspectos de la vida social, incluyendo el comportamiento en la economía, y que el poder ejecutivo era el encargado de hacer cumplir las normas, especialmente a través del poder de policía. El poder legislativo era el único que estaba legitimado para restringir las libertades de los ciudadanos e intervenir en la economía, y esa legitimidad provenía del origen democrático y popular de los órganos legislativos.

Con el paso del tiempo, y especialmente por el crecimiento económico mundial, se comenzó a revisar esta división de funciones entre las ramas del poder público, pues generalmente las medidas de intervención del legislativo en el campo de la intervención en la economía no eran apropiadas, o se expedían cuando ya no eran necesarias por el riguroso y lento procedimiento para la expedición de leyes, y puede decirse que en general, el legislativo no tiene la capacidad e información para tomar medidas de intervención económica de carácter eminentemente técnico.

Colombia no ha sido ajena a la discusión sobre cuáles temas deben ser regulados directamente por el legislador sin la intervención del ejecutivo, y cuáles deben ser entregados directamente al ejecutivo. Solamente hasta 1968 se aceptó que el ejecutivo también podía restringir las libertades de los ciudadanos en el campo económico, y es cuando el Presidente de la República expidió los primeros decretos de intervención económica en desarrollo de una ley marco expedida por el Congreso.

Superada la discusión sobre si el poder ejecutivo podía restringir algunas libertades de los ciudadanos, limitado al tema de la intervención en la economía, surgió una nueva pregunta que consistía en saber si el Presidente de la República como cabeza del poder ejecutivo podía delegar la regulación de algunos temas en otros organismos pertenecientes a la rama ejecutiva, o aun en entes autónomos:

“En tratándose de la Constitución de 1991, la situación de la potestad reglamentaria, esto es, de la capacidad de producir normas administrativas de

carácter general, reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades, en nuestra opinión, resulta clara aunque dispersa entre las diferentes autoridades y organismos administrativos. Desde esta perspectiva podemos formular una regla general que nos traslada de inmediato a las competencias del Presidente de la República por mandato constitucional; y unas reglas de excepción, algunas de ellas formuladas por mandato constitucional y otras por disposición legal que le entregan potestad normativa o reglamentaria a otros sujetos de la función administrativa”<sup>31</sup>.

Es claro que a lo largo de la Constitución Política de 1991, el Constituyente delega directamente en el legislador la regulación directa de algunos temas (artículos 78, 88, 112, 150 y 155, por ejemplo) y en otros casos, delega expresamente las funciones de regulación al Presidente de la República, por ejemplo en el caso del comercio exterior (artículo 189, numeral 25).

La facultad en materia normativa o reglamentaria la tiene el Presidente de la República por dos vías: reglamentar directamente la ley, o cuando la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, que para el profesor SANTOFIMIO es simplemente el reconocimiento de la potestad reglamentaria de la Constitución en cabeza del presidente, no ya a nivel de ley, sino del acto administrativo de carácter general.

Adicionalmente, la Constitución otorga a otros organismos del Estado la potestad para dictar normas de carácter general en asuntos de su competencia, como es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Nacional Electoral, la Junta Directiva del Banco de la República, la Contraloría General de la Nación y contralorías departamentales y municipales.

Para Santofimio, uno de los ejemplos más significativos de la potestad de regulación, otorgada por vía legal y no Constitucional, es la potestad reglamentaria o función normativa de las comisiones de regulación. En relación con este tema manifiesta:

“La potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño, fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración, todo esto como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, la potestad normativa de la administración o de

---

31 SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO, *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, 1996, págs. 449 y 450.

hacer normas rectoras de la actividad estatal en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de legalidad”<sup>32</sup>.

El constituyente, en cuanto a la función de la regulación de los servicios públicos, atribuyó la regla general de competencias al legislador (artículos 365 inciso 2, 367 y 369 CP) y de manera excepcional le entregó al Presidente de la República la función de señalar políticas generales de la administración en materia de servicios públicos domiciliarios (artículo 370 CP). Mediante la expedición de la Ley 142 de 1994, el legislador atribuyó funciones de regulación a las comisiones de regulación en forma directa.

En Colombia se han presentado varias discusiones que han llegado hasta las altas cortes en relación con las comisiones de regulación. Como lo explica la Corte Constitucional, la discusión que se ha dado en todo el mundo sobre las agencias independientes debe mirarse críticamente porque muchos de los argumentos pueden no ser compatibles con el sistema jurídico colombiano:

“(…) la inserción de los órganos de regulación no ha sido pacífica en ningún país. Las controversias versan sobre diversas cuestiones, como por ejemplo la relación de los órganos de regulación con el jefe de gobierno o con el Presidente de la República, su independencia, el origen y ámbito de sus funciones, la naturaleza y la jerarquía de los actos que éstos adoptan, los mecanismos de control parlamentario sobre los órganos de regulación y sobre sus actos y el alcance del control judicial sobre sus decisiones en especial cuando éstas revisten un elevado contenido técnico. La resolución de estas cuestiones en cada país obedeció a las especificidades del sistema en ellos imperante y, por lo tanto, no puede ser trasladada automáticamente al contexto colombiano. En algunos países temas que se creían pacíficos, se tornan polémicos cuando se adoptan decisiones o políticas que permiten analizarlos desde una perspectiva diferente a la anteriormente predominante”<sup>33</sup>.

---

32 SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO, *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 452.

33 Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003. MP Dr. JOSÉ MANUEL CEPEDA E.

### 2.1.2. LA DESLEGALIZACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS

En el derecho anglosajón, como lo explica GARCÍA DE ENTERRÍA, no existe un poder reglamentario del ejecutivo que dimane de la Constitución, el ejecutivo sólo puede dictar normas en virtud de comisiones normativas singulares del Parlamento *delegated legislation*.

El profesor DEMETRIO FERNÁNDEZ manifiesta que el principal problema en el derecho administrativo en los Estados Unidos ha sido explicar la delegación de poderes legislativos, judiciales y ejecutivos en las agencias independientes, en relación con el principio de la separación de poderes. Una interpretación estricta de la Constitución de los Estados Unidos llevaría a la conclusión que la delegación de funciones judiciales o legislativas a las agencias independientes es inconstitucional:

“El artículo I, sección 8 de la Constitución provee que el Congreso posee los poderes legislativos. Por consiguiente, la estricta aplicación de la doctrina de la separación de poderes tiene el efecto de negarle validez constitucional a la agencia, toda vez que ésta ejerce poderes judiciales y legislativos”<sup>34</sup>.

Con posterioridad, y debido a la necesidad que organismos administrativos ejercieran funciones cuasilegislativas y cuasijudiciales, se consideró viable la delegación, que fue aceptada por la jurisprudencia en casos como *The Cargo of the Brig Aurora v. United States*, *Buttfield v. Stranaham* y *J.W. Hampton Jr. & Co. v. United States*<sup>35</sup>.

Debido a la aceptación de la delegación de funciones legislativas y judiciales en las agencias independientes, finalmente se incorporó en la jurisprudencia la doctrina del “principio inteligible”, como lo llama el profesor FERNÁNDEZ, al cual debe ajustarse la agencia, cumpliendo con las intenciones del Congreso al momento de delegar.

### 2.1.3 DESLEGALIZACIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS Y ESPAÑOL

En el derecho francés, durante el siglo XIX, el principal problema se planteó en relación con los *éléments d'administration publique* o reglamentos dictados para la ejecución

---

34 FERNÁNDEZ, DEMETRIO, *Derecho administrativo y ley uniforme de procedimientos administrativos*, Editorial Forum, 1993, pág. 61.

35 Véase FERNÁNDEZ, DEMETRIO, *Derecho administrativo y ley uniforme de procedimientos administrativos*, Editorial Forum, 1993, págs. 62 y 63.

de las leyes en virtud de una cláusula de desarrollo contenida en éstas. La doctrina consideró que se trataba de verdaderas delegaciones legislativas, equiparándolas al rango de leyes.

A finales del siglo XIX, y comienzos del siglo XX, comienza a revisarse estos postulados, proponiéndose la teoría de la invitación: el legislador invita a la administración a ejercer su propio poder reglamentario, produciendo actos de inferior rango en comparación con la ley<sup>36</sup>. Los fundamentos teóricos de esta teoría fueron criticados, y posteriormente HAURIUO propuso la teoría de la delegación de materias, donde el legislativo cede algunos temas a la reglamentación por parte del Gobierno.

Posteriormente, en la IV República, el artículo 13 de la Constitución prohibió las delegaciones por parte del poder legislativo:

“Desde la famosa Ley de 17 de agosto de 1948 se sortea esta prohibición haciendo un uso deliberado y decidido de la técnica de la deslegalización o rebajamiento del rango normativo de la regulación de determinadas materias, que quedan así entregadas al poder reglamentario (*matières relevant de la compétence du pouvoir réglementaire*, dice expresamente esa ley)”<sup>37</sup>.

En la Constitución de 1958 se reservó un ámbito al reglamento, incluso prohibiendo la intromisión de la Ley, dejando a la ley solamente materias específicas y numeradas taxativamente. A través de las ordenanzas, el Parlamento autoriza al gobierno para que en un plazo determinado el gobierno tome medidas que le corresponden a la ley. Son las ordenanzas, lo que actualmente en del derecho colombiano serían los decretos expedidos por el gobierno en virtud de una ley que le otorga facultades.

También en el derecho francés, a lo largo de la historia, importantes doctrinantes han presentado sus opiniones frente a este tema de la reglamentación, sobre el cual no se ha dicho la última palabra, por ejemplo, para autores como MONTESQUIEU o ROUSSEAU, era impensable la reglamentación por parte del gobierno, era la ley la única encargada de regular las situaciones sociales.

Posteriormente se entiende la necesidad de delegar en el ejecutivo la reglamentación de la ley, discutiendo la fundamentación de ese poder, mas no su existencia. DUGUIT

---

36 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Legislación delegada potestad reglamentaria y control judicial”, *Monografías CIVITAS*, 1998, pág. 101, donde explica el caso *Chemin de fer de l’Etat du Midi, du Nord, d’Orleans, de l’Ouest et de Paris-Lyon-Méditerranée*.

37 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Legislación delegada potestad reglamentaria y control judicial”, *Monografías CIVITAS*, 1998, págs. 105 y 106.

consideraba que la ley no puede autorizar la intervención del ejecutivo a través del reglamento en todas las materias; en su concepción hay materias como la tributaria, penal, el derecho de propiedad, etc., donde solamente el legislativo puede entrar a regular. Adicionalmente, en caso de otorgársele competencia al ejecutivo para reglamentar, esta debe ser especial y determinada pues si fuera indeterminada y general sería inconstitucional.

En España, desde la Constitución de Cádiz de 1812 en adelante, se han reservado algunos temas al legislador, como el derecho a la propiedad, la libertad, el tema de impuestos, de la expropiación, etc. En relación con las potestades que se pudieran atribuir al Gobierno, BAÑO LEÓN manifiesta:

“La fórmula desde la Constitución de 1837 se mantiene inalterada prácticamente en todas las constituciones, ‘la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el rey y su autoridad se extiende a todo cuando conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes’, no debe interpretarse como el otorgamiento de una facultad ilimitada al ejecutivo para intervenir, cuando no lo hace el legislador, sobre cualquier materia. La hay –las más importantes– que, salvo en los períodos de interrupción constitucional (el ejemplo del uso del decreto ley en la dictadura de PRIMO DE RIVERA es ilustrador) tienen que ser reguladas por la ley previamente a la intervención de la administración”<sup>38</sup>.

La Constitución de 1978 establece un gran número de materias reservadas a la Ley, donde la administración no puede intervenir sin previa autorización legal. BAÑO LEÓN cita varias sentencias del Tribunal Constitucional en relación con el tema de la reserva legal<sup>39</sup> y concluye, que la reserva de ley no sólo implica necesidad de una ley sino también de que ésta tenga un mínimo contenido material, además se admite la colaboración del poder reglamentario siempre que la habilitación concedida por la ley no se sitúe de hecho en una situación semejante al legislador (la regulación ha de ser dependiente y subordinada a la ley habilitante) y finalmente, no son viables las remisiones que supongan auténticas “deslegalizaciones”.

---

38 BAÑO LEÓN, JOSÉ M., “Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria”, *Monografías CIVITAS*, 1991, pág. 85.

39 Véase BAÑO LEÓN, JOSÉ M., “Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria”, *Monografías CIVITAS*, 1991, págs. 87 y sigs.

## 2.2. FACULTAD DEL LEGISLATIVO PARA CREAR COMISIONES DE REGULACIÓN

En el año 2000 un ciudadano demandó la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, señalando que el Congreso no tenía la facultad para crear comisiones de regulación y que con su creación se estaba violando el artículo 370 de la CP.

Sobre el particular, la Corte Constitucional recordó que la Constitución Política faculta al Congreso para definir la estructura de la administración nacional sin limitar la potestad para formular nuevas modalidades de órganos a los que les puede fijar características especiales y aún puede otorgárseles independencia:

“Al respecto, cabe recordar que según lo dispuesto en el artículo 150, numeral 7, de la Constitución, se reconoce al Congreso la facultad de determinar la estructura de la administración nacional, y en desarrollo de esa misma función también se encuentra habilitado para fijar las características de los órganos creados, esto es, para establecer, como en este caso, la independencia administrativa, técnica y patrimonial de ciertas agencias estatales, con o sin personería jurídica —que en este proceso corresponden a las denominadas unidades administrativas especiales—, para modificar sus características y aun para suprimirlas. Como la Constitución no consagra una enunciación taxativa de los tipos de órganos que pueden ser instituidos en desarrollo de dicha norma, tiene el Congreso la potestad de formular nuevas modalidades de órganos y de renovarlas, con miras a garantizar la eficiencia de la acción estatal y del servicio público”<sup>40</sup>.

Es claro que después de la expedición de los decretos 1050 y 3130 de 1968<sup>41</sup>, con las facultades que la Constitución de 1991 otorgó al Congreso de la República y la expedición de la Ley 489 de 1998, el Congreso se encuentra en la libertad de configurar nuevos organismos dentro de la administración pública, con características que no son propias de los tipos de órganos tradicionales de la rama ejecutiva. Esta libertad de configuración por parte del legislativo fue la que permitió que la función de regulación de la economía fuera ejercida a través de distintos órganos dentro de la estructura del Estado, dándole cabida a las comisiones de regulación, con independencia administrativa, patrimonial y técnica, creadas como unidades administrativas especiales adscritas a un ministerio.

---

40 Corte Constitucional, sentencia 1162 de 2000. MP Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

41 Estos decretos fueron derogados por la Ley 489 de 1998.

En el derecho colombiano existe una discusión entre la diferencia que existe entre la potestad reglamentaria otorgada al Presidente de la República para la cumplida ejecución de las leyes, y la potestad reguladora, que se autoriza a delegar a las comisiones de regulación por parte del Presidente de la República.

La Corte Constitucional en sentencia C-1162 de 2000 expresó que las comisiones de regulación no pueden ejercer una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales y deben someterse a lo establecido en la ley y en las directrices generales dictadas por el gobierno nacional. La misma Constitución Política en su artículo 365 define que las comisiones de regulación tienen funciones reguladoras, mas no funciones reglamentarias, las cuales se encuentran en cabeza del Presidente de la República y que son indelegables.

En la sentencia mencionada anteriormente la Corte Constitucional manifestó:

“Por otra parte, como se ha advertido, la regulación tampoco se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República, y ello por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente (artículo 189, numeral 11, CP). En efecto, esta última disposición constitucional define la potestad reglamentaria como la facultad presidencial para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, mientras que el artículo 370 se refiere a la fijación de políticas generales, con arreglo a ley, en dos materias muy precisas: administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios<sup>42</sup>.

Adicionalmente, la Corte Constitucional se ha referido de la siguiente manera a las funciones de regulación:

“En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten

---

42 Corte Constitucional, sentencia 1162 de 2000. MP DR. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.

Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del gobierno, a través de los respectivos ministros.

La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquélla tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios<sup>43</sup>.

La Corte Constitucional se encarga de aclarar que la regulación no se puede considerar un instrumento normativo para “completar la ley”, llenar los vacíos que la misma haya dejado, o sustituir al legislador. De la misma forma, la Corte Constitucional tampoco ha aceptado algunas interpretaciones de la doctrina que afirman que las resoluciones expedidas por las comisiones de regulación forman una proposición jurídica con la ley y que pueden llenar vacíos legislativos, a diferencia de lo que ocurre con los decretos reglamentarios.

Para la Corte, dichas interpretaciones desnaturalizan el concepto de delegación de funciones administrativas y rompe con el principio de división de los poderes públicos.

Como refuerzo a esta conclusión de la Corte Constitucional es importante resaltar que el Consejo de Estado en sentencia del 25 de septiembre de 1997 (expediente 11857), en la cual se declaró la nulidad de los artículos 9, 25, 26 y 27 de la Resolución CRT 028 de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, aclaró que el Congreso no puede delegar su competencia legislativa en las comisiones de regulación

---

43 Corte Constitucional, sentencia 1162 de 2000. MP Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

pues las mismas son delegatarias solamente de funciones presidenciales. Para el Consejo de Estado, la potestad legislativa es propia del Congreso y en casos excepcionales del presidente, bajo el ejercicio de facultades extraordinarias, las cuales no pueden delegarse a las comisiones de regulación.

En la mencionada sentencia, tal y como lo explica el Consejero de Estado, doctor RICARDO HOYOS, el Consejo de Estado inaplicó por inconstitucional el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 en el cual se le otorgaban poderes legislativos amplios a las comisiones de regulación. Para el Consejo de Estado, las comisiones de regulación no pueden ser delegatarias de la potestad que el constituyente le otorga al presidente en forma exclusiva en el artículo 370 de la CP. La formulación de políticas generales hace parte de la responsabilidad política del presidente, y por lo tanto no se puede delegar en entes de menor jerarquía como las comisiones de regulación.

Contrario a esta posición del Consejo de Estado, tal y como lo explica el doctor RICARDO HOYOS, la Corte Constitucional en sentencia C-272 de 1998 declaró exequible el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 manifestando que la definición de políticas en el tema de servicios públicos corresponde a una función del presidente como suprema autoridad administrativa y no como jefe de gobierno, y que por lo tanto este tipo de funciones se pueden delegar en un ente de menor jerarquía.

Para el doctor HOYOS es contradictorio que la Corte Constitucional autorice la delegación de la definición de las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, y que por otro lado afirme que las comisiones no pueden reglamentar la ley, pues esta es función exclusiva del Presidente de la República:

“Carece de toda lógica jurídica que la Corte Constitucional haya declarado exequible en la sentencia C-272 de 3 de junio de 1998, la autorización conferida por el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 al Presidente de la República para delegar la definición de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que con sujeción a la Ley establece el art. 370 de la Carta y por el contrario, afirme el carácter indelegable de la potestad reglamentaria de la ley por considerar que es exclusiva del Presidente de la República”<sup>44</sup>.

---

44 HOYOS DUQUE, RICARDO, *Sobre las comisiones de regulación de servicios públicos. Análisis de la sentencia C-1162/2000 de la Corte Constitucional*, ACOLGEN 2002, pág. 97.

### 2.3. POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

De conformidad con los artículos 150.8, 150.23, 365,367 y 369 de la Constitución, al legislador le compete definir el régimen general de los servicios públicos. La Corte Constitucional ha explicado que es al legislador a quien le corresponde adoptar las decisiones básicas para definir el régimen de regulación de los servicios públicos, pues de esta manera se garantiza el origen deliberativo, pluralista y participativo:

“En materia de servicios públicos, el Congreso puede optar, según la finalidad que persiga, por una ley ordinaria mediante la cual regule su prestación (art. 150, num. 23 de la CP), o una ley específica de intervención estatal en dichos servicios (art. 150, num. 21 y art. 334 de la CP), así como puede decidir combinar ambos instrumentos puesto que dispone de un margen de configuración suficiente en estos ámbitos y el constituyente no exigió una categoría específica de ley —marco, estatutaria u orgánica— en dichos asuntos. Así, la Ley 142 de 1994, la cual contiene la mayoría de disposiciones demandadas en el presente proceso, ‘establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios’ pero también contiene un mandato de intervención estatal en los servicios públicos y señala los ‘fines’ de dicha intervención (art. 2º de la CP) así como ‘los instrumentos’ para el desarrollo de la misma (art. 3º de la CP)”<sup>45</sup>.

Sin ser excluyente, el presidente puede intervenir en la regulación de los servicios públicos a través de la potestad de reglamentar las leyes que sobre los servicios públicos expida el Congreso para garantizar su ejecución y adicionalmente tiene competencias propias que le atribuye el artículo 370 de la Constitución que se relacionan con la fijación de políticas en servicios públicos, de acuerdo a los parámetros generales que defina el legislador. Así lo ha explicado la Corte Constitucional:

“Respecto a la competencia del Presidente para formular dichas políticas, debe aclararse que, tal y como esta Corte ya lo ha precisado, es el legislador a quien compete fijar los parámetros generales según los cuales el presidente debe señalar esas políticas”<sup>46</sup>.

La potestad reglamentaria adicionalmente no es exclusiva del presidente, pues existen potestades reglamentarias difusas en el caso de la Comisión Nacional de Televisión, el

---

45 Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003. MP DR. JOSÉ MANUEL CEPEDA E.

46 Corte Constitucional, sentencia C-272 de 1998. MP ALEJANDRO MARTÍNEZ.

Consejo Superior de la Judicatura, la Contraloría General de la República, el Banco de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales, y también la Ley ha definido una potestad reglamentaria de menor rango en órganos administrativos sin personería jurídica, como las comisiones de regulación<sup>47</sup>.

La Corte Constitucional ha delimitado la potestad reglamentaria de las comisiones de regulación, consagrada en el artículo 69 de la Ley 142 de 1994 y que establece que cada comisión tiene competencia «para regular el servicio público respectivo». La Corte ha explicado que esta disposición se debe mirar en forma armónica con el artículo 14, numeral 18, de la Ley 142 de 1994 que contiene la definición de regulación de los servicios públicos domiciliarios<sup>48</sup>.

Las funciones de las comisiones de regulación en Colombia pueden provenir directamente del legislador, quien puede atribuirle competencias que no sean del resorte presidencial, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, por lo tanto el legislador puede asignar a las comisiones de regulación funciones de carácter técnico, constituyéndose de esta forma el fenómeno de la deslegalización. La Corte Constitucional se pronunció sobre este aspecto en relación con la función de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones de fijar cargos de acceso e interconexión:

“Frente a la función que se atribuye a la citada comisión para ‘fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta ley’, dicha atribución no implica el ejercicio de derechos, sino el desarrollo de una materia igualmente técnica, operativa, mediante la cual se precisa el valor del acceso y de la interconexión legalmente autorizados a esas redes, lo que es susceptible de delegación en los términos indicados en la misma ley, pero, desde luego, supeditada a la reglamentación que sobre dicha materia ejerza el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad constitucional (CP, art. 370) o reglamentaria (CP, art. 189-11)”<sup>49</sup>.

---

47 Universidad de los Andes, *Diez años de la especialización en gestión pública e instituciones administrativas*, n°1, Ediciones Uniandes, 2000, págs. 22 y 23.

48 “Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...) 14.18.- Regulación de los servicios públicos domiciliarios. La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta Ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”.

49 Corte Constitucional, sentencia C-444 de 1998. MP HERNANDO HERRERA V.

El Consejo de Estado, contrario al criterio de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador no puede delegar el poder reglamentario en las comisiones de regulación, pues solamente y en casos extraordinarios, lo puede delegar en el Presidente de la República:

“(…) si esto fuera así se encontraría la sala frente a la delegación de potestades legislativas en un órgano o agencia de la administración (ni siquiera en el superior jerárquico), no autorizada por la carta política. (...) Para la sala la creación de las Comisiones de Regulación, dotadas de poderes legislativos amplios, no fue más que otra desafortunada copia del sistema anglosajón, hecha sin beneficio de inventario, con olvido no sólo de que el régimen constitucional colombiano vigente desde 1991 es diferente al de los EEUU, como también lo es el principio de la separación de poderes que rige en uno y otro país. En el aludido sistema, con una constitución diferente a la nuestra, la delegación de poderes legislativos encuentra su respaldo en múltiples precedentes, entre los cuales pueden citarse *Mistretta vs. United States*, *Amalgamated Meat Cutters vs. Connally*, *Amalgamated Meat Workers* y *Buttfielders Stranaham*, tomados de la obra *Derecho administrativo y ley uniforme de procedimientos administrativos* del profesor DEMETRIO FERNÁNDEZ Q. (Forum 1993, pág, 599 y sigs.)”<sup>50</sup>.

## 2.4. DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL PRESIDENTE EN LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

En Colombia se ha discutido si otorgar funciones a las comisiones de regulación es inconstitucional, pues las funciones del presidente en materia de servicios públicos provienen de sus funciones como jefe de gobierno, que para algunos no se podrían delegar en un órgano de menor jerarquía como las comisiones de regulación.

Sobre este punto, la Corte Constitucional se encargó de aclarar que la Constitución de 1991 amplió las facultades del presidente para delegar sus funciones, no sólo como suprema autoridad administrativa, sino como jefe de Estado y jefe de gobierno (anteriormente solamente podía delegar sus funciones como suprema autoridad administrativa).

---

50 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. CP CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre 25 de 1997, expediente 11.857, ACTOR: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO.

La Corte Constitucional ha aclarado que solamente es improcedente la delegación de funciones por parte del presidente, cuando se trata de una atribución que compromete a tal punto la integralidad del Estado y la investidura presidencial, que se requiere una actuación directa del presidente como garantía de unidad nacional, y que esto no sucede en el caso de la delegación de funciones de regulación en las comisiones de regulación.

El Consejo de Estado refuerza esta posición al reiterar que hay funciones del presidente que es imposible delegar en otros órganos de la administración:

“Así, no es concebible que dicho funcionario delegue, entre otras funciones inherentes a su carácter de jefe de Estado y director del gobierno, el nombramiento y la remoción de sus ministros, o la dirección de las relaciones internacionales o de la fuerza pública o de las operaciones de guerra; o la conservación y el restablecimiento del orden público, o la permisión del tránsito de tropas extranjeras, o la formulación de políticas generales de administración de los servicios públicos domiciliarios, etc., etc., porque en ello va envuelto el programa de gobierno que juró cumplir”<sup>51</sup>.

Adicionalmente la jurisprudencia ha considerado que existe una competencia compartida en la regulación de los servicios públicos entre el presidente y el legislador, por lo cual la ley no puede convertir esta competencia compartida en una forma de delegación de funciones del presidente en otras entidades estatales. En la demanda presentada ante la Corte Constitucional en la cual se solicitaba declarar inexecutable algunas de las funciones especiales de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el demandante señalaba que la función de regulación era indelegable en organismos diferentes al presidente:

“Como sustento de las pretensiones, la actora señala que la facultad de hacer las leyes corresponde al Congreso de la República (CP, arts. 114 y 150), la cual es indelegable, salvo, por excepción, al Presidente de la República, en forma transitoria y para determinados asuntos (CP, art. 150-10), no pudiendo ser conferida a organismos distintos a ese mandatario, jerárquicamente inferiores (...)”<sup>52</sup>.

---

51 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. CP CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre 25 de 1997, expediente 11.857, ACTOR: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO.

52 Corte Constitucional, sentencia C-444 de 1998. MP HERNANDO HERRERA V.

En relación con este interrogante, la Corte Constitucional estableció que la delegación de las funciones de regulación del Presidente de la República en las comisiones de regulación es una potestad eminentemente gubernamental, de orden administrativo del presidente que no depende en ningún momento del legislador:

“Así, como ya se vio, se trata de una disposición legal que autoriza la delegación de una función que es delegable. De otro lado, la competencia no es ajena al delegante, porque es una función que expresamente se le asignó al presidente como garante y promotor de la gestión administrativa en los servicios públicos domiciliarios. Igualmente existe no sólo el acto presidencial de delegación de funciones sino la potestad legal que le permite al titular de la función, entiéndase el Presidente, delegar o no esa función en cabeza de las comisiones de regulación. En cuarto término, las comisiones de regulación son aptas para operar como delegatarias pues se trata de agencias del estado que la misma ley ha determinado. (...) En quinto término, en lo concerniente a la responsabilidad, resulta también claro que la titularidad de los actos del delegatario, –léase comisiones de regulación– se reputan pertenecientes a dichas unidades administrativas especiales y no se compromete entonces la responsabilidad del delegante”<sup>53</sup>.

El Consejo de Estado, contrario a lo expresado por la Corte Constitucional, considera que la función del Presidente de la República de señalar, con sujeción a la ley, políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, al estar ligadas al programa de gobierno, son funciones indelegables. En este caso, existe una facultad compartida entre el legislador y el presidente y ni el legislador podría delegar en otra entidad las funciones del presidente, ni el Presidente podría excederse en sus facultades que deben desarrollarse con sujeción a la Ley.

Afirma el Consejo de Estado:

“Lo expuesto define o delimita a grandes rasgos el poder normativo del presidente y muestra que en este campo no podía delegar en las comisiones de regulación la potestad de formular las políticas generales de administración de los servicios públicos domiciliarios, así la ley 142 en su art. 68 haya permitido esa delegación. Es obvio que para que cualquier delegación opere, el supuesto *sine qua non* de la misma estará en la competencia que tenga el delegante.

---

53 Corte Constitucional, sentencia C-272 de 1998. MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Reiterado en la sentencia. C-444 de 1998.

En suma, las comisiones de regulación no pueden ser delegatarias de la potestad que el constituyente le otorga, en forma exclusiva, al presidente en el art. 370 de la Constitución. En esa formulación éste compromete su responsabilidad política y no podrá liberarse de ésta a través del fácil mecanismo de la delegación, que desplaza dicha responsabilidad hacia el delegatario (art. 211)<sup>54</sup>.

Finalmente, en relación con el tema de la delegación, la Corte Constitucional realizó un análisis sobre los antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente y concluyó que había sido voluntad del constituyente que las funciones presidenciales en materia de servicios públicos pudieran ser delegadas en organismos como las superintendencias o las comisiones de regulación:

“(…) Que el constituyente preveía una delegación o desconcentración de tales funciones atribuidas al presidente, según el amplio espectro que determinase la ley, sea que recayera esa función (...) en los organismos ‘especializados’ que describen los informes ponencias de la Asamblea Constituyente, porque esa posición es la que se desprende de las diferentes exposiciones y porque ni expresamente en la Constitución ni en los debates o proyectos de la Asamblea, se tuvo en cuenta la voluntad contraria (...)”<sup>55</sup>.

## 2.5. LA ATRIBUCIÓN DE PODERES CUASILEGISLATIVOS Y CUASIJUDICIALES A LAS AGENCIAS INDEPENDIENTES

Como se vio, la primera agencia independiente de los Estados Unidos fue la Interstate Commerce Commission (ICC), creada en 1887 por la Interstate Commerce Act. El profesor ANDRÉS BETANCOR explica que muchos congresistas se opusieron a la instalación de este *Ibrid body*, que desarrolla funciones ejecutivas, cuasilegislativas y cuasijudiciales y cita las siguientes palabras pronunciadas en el transcurso del debate parlamentario de la ley que creaba esta agencia:

*“I believe that it absolutely unconstitutional and void, because to my mind it is a blending of the legislative, the judicial, and perhaps, the executive powers of the Government in the same law”*<sup>56</sup>.

54 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. CP: CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre 25 de 1997, expediente 11.857 ACTOR: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO.

55 Corte Constitucional, sentencia C-272 de 1998. MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

56 SCHWARTZ, BERNARD, *“The New Right and the Constitution. Turning back the Legal Clock”*, Northeastern University Press, Boston, 1990. pág. 194, en BETANCOR, ANDRÉS. *Las administraciones independientes*, pág. 32.

En oposición a la idea que es imposible atribuir a un solo ente funciones correspondientes a las tres ramas del poder público, BERNARD SCHWARTZ, autor estadounidense, conocedor del derecho administrativo europeo, acepta la creación de estos entes con funciones ejecutivas, legislativas y judiciales:

“El derecho administrativo ha crecido por la necesidad de que en nuestra moderna sociedad haya agencias administrativas dotadas de funciones legislativas y judiciales (...). La tradicional separación de poderes ha tenido que ceder a la vista de la necesidad de una regulación económica efectiva (...). El resultado es que las agencias administrativas tienen característicamente poderes legislativos y judiciales concentrados en ellas”<sup>57</sup>.

Así lo confirma JORGE VÉLEZ GARCÍA al analizar el tema de la convergencia hacia la unidad de los tres poderes en el derecho administrativo de los Estados Unidos, explicando cómo el Estado necesita instituciones que no se adaptan del todo a la tridivisión de los poderes:

“Que el Estado actual no cabe dentro de la estrecha camisa de la triple separación montesquiana, lo está demostrando la administración de los Estados Unidos y el correspondiente régimen doctrinario y legal del derecho administrativo de dicha nación”<sup>58</sup>.

Sin embargo, esta moderna concepción de la administración estatal no ha sido pacíficamente aceptada por todos. En efecto, algunos jueces de los Estados Unidos, han negado la atribución de facultades legislativas y judiciales en las agencias independientes. El profesor portorriqueño DEMETRIO FERNÁNDEZ, cita como ejemplo los fallos de Panama Refining Oil v. Ryan y A.L.A. Chechter Poultry Corporation v. United States.

Específicamente, en el caso A.L.A. Chechter Poultry Corporation v. United States, el Tribunal Supremo determinó que la delegación de funciones legislativas a la agencia que regulaba la industria de las aves era inválida, pues el poder otorgado incluía todos los aspectos del negocio, incluyendo horas de trabajo, número de empleados, relaciones obrero-patronales y prácticas mercantiles.

---

57 SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, págs. 9 y 10, respectivamente, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “*Democracia, jueces y control de la administración*”, págs. 180 y 181 CIVITAS, 5ª edición, 2000.

58 VÉLEZ GARCÍA, JORGE, *Los dos sistemas del derecho Administrativo*, pág. 197. Institución Universitaria Sergio Arboleda, Serie Mayor, 2ª edición, 1996.

El Tribunal Supremo consideró que la delegación en la agencia, que debía centrarse en evitar las prácticas desleales de competencia, se ampliaba a aspectos que son propios de la competencia del legislador a través de la reglamentación de temas laborales y de la seguridad social, entre otros. Sin embargo, para FERNÁNDEZ es posible que estas decisiones estuvieran influenciadas por consideraciones de índole políticas:

“Las decisiones mayoritarias, en Schechter como en Panamá, probablemente estuvieron matizadas por consideraciones políticas. Una mayoría de los jueces asociados del Tribunal Supremo, dirigida por el entonces juez presidente, CHARLES EVAN HUGHES, era marcadamente hostil y estaba en desacuerdo con los programas económicos del presidente FRANKLIN DELANO ROOSEVELT. Después de la decisión de Carter v. Carter Coal Co. y del intento fallido del presidente ROOSEVELT de controlar la composición del Tribunal se evidenciaron cambios en actitud y en la composición del Tribunal. Estos dos cambios, combinados con mucho cuidado por parte del Congreso en la redacción de los estatutos, detuvieron al Tribunal en la trayectoria de invalidar la legislación congresional descansando en la cláusula de comercio y la doctrina de la delegación”<sup>59</sup>.

En relación con las agencias, es necesario precisar que la actuación de las mismas en los Estados Unidos se desarrolla a través de dos tipos de “normas”: las decisiones singulares, que definen una situación particular o concreta (*adjudication*), y las decisiones de carácter general (*rulemaking*). Para MORENO MOLINA, sólo existen dos agencias con función de *adjudication*, es decir, con potestades cuasijudiciales: la “Occupational Safety and Health Review Commission” y la “Federal Mine Safety and Health Review Commission”. Estas agencias no definen regulación económica, sino que resuelven conflictos relacionados con temas de seguridad social, salud laboral, protección al consumidor, protección ambiental, etc.<sup>60</sup>.

En cambio, la clasificación de agencias con funciones cuasilegislativas está relacionada con el procedimiento de reglamentación, que proviene de las facultades que la ley de creación otorga a una agencia. Estos reglamentos tienen la misma fuerza vinculante que la ley dentro del *common law*, pues determinan derechos, deberes y obligaciones a los individuos sujetos a la jurisdicción de la misma<sup>61</sup>.

---

59 FERNÁNDEZ, DEMETRIO, *Derecho administrativo y ley uniforme de procedimientos administrativos*, Editorial Forum, 1993, págs. 65 a 68.

60 MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III de Madrid – *Boletín Oficial del Estado*, 1995, pág. 70 en adelante.

61 FERNÁNDEZ, DEMETRIO, *Derecho administrativo y ley uniforme de procedimientos administrativos*, Editorial Forum, 1993, pág. 53.

## 2.6. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de la discusión sobre la legitimidad de los actos expedidos por las comisiones de regulación en Colombia, considero que se ha usado indistintamente los términos “reglamentación” y “regulación” y que esta confusión proviene de la adopción de modelos foráneos donde es aceptada la creación de reglamentos por parte de las agencias independientes, otorgándoles la misma fuerza vinculante que la ley.

Con posterioridad a 1991, se ha discutido sobre los límites de las potestades de las comisiones de regulación y se ha criticado que las resoluciones de carácter general que expiden las mismas, usurpan competencias que son propias del legislador. En mi opinión el tema se ha decantado suficientemente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional y es claro que las actuaciones de las comisiones de regulación deben respetar los lineamientos que previamente define el legislador a través de la expedición de leyes.

De todas formas, considero que paralelo al análisis de la legalidad de los actos expedidos por las comisiones de regulación, las características de la regulación que la hacen muy similar a una ley, obedecen a la necesidad del Estado de intervenir en mercados muy técnicos y especializados que no permiten ni al legislador ni al presidente directamente tomar medidas para precisamente ejercer legítimamente el derecho del Estado de intervenir en la economía.

La configuración que le dio el legislador a las comisiones de regulación como entes con independencia administrativa, patrimonial y técnica, con unos expertos comisionados nombrados directamente por el presidente, demuestran una especie de voto de confianza para la intervención en sectores como el de energía, el de telecomunicaciones y el de agua potable y saneamiento básico, que requieren de un importante grado de especialización para conocerlos a fondo y poder tomar medidas de intervención cuando sea necesario.

Lo anterior no significa que las comisiones de regulación sean una rueda suelta dentro del engranaje del Estado y que no deban respetar lo establecido por el legislador, quien tiene la potestad constitucional de regular la prestación de los servicios públicos domiciliarios y que en cualquier momento podría aun suprimir las comisiones de regulación cuando considerase que su existencia no es necesaria y genera solamente un gasto innecesario.

Asimismo, tal y como lo ha establecido la Corte Constitucional, las comisiones deben respetar las políticas generales dictadas por el Presidente de la República, y esta relación

de dependencia se ve claramente reflejada en la configuración de las comisiones de regulación que son presididas por los ministros del ramo correspondiente al sector regulado y en su naturaleza de entidades adscritas, no independientes como sería el caso de la Comisión Nacional de Televisión.

Finalmente considero que las altas cortes han sabido limitar las potestades de las comisiones de regulación, garantizando en cierta forma el principio de separación de los poderes públicos, y que actualmente está decantada la discusión sobre las potestades de regulación que pueden ser delegadas por el presidente en las comisiones de regulación.

Teniendo en cuenta que la Constitución Política diferencia las funciones de reglamentación de la ley y la función de regular, sería importante unificar el criterio que las comisiones de regulación “regulan” y el Presidente de la República puede “reglamentar” las leyes expedidas por el legislativo.

### 3. LA INDEPENDENCIA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

La creación de las agencias independientes siempre ha estado cobijada por un manto de inseguridad y confusión desde el punto de vista jurídico y político. Desde su misma ubicación dentro de la estructura del Estado, hasta consideraciones de orden político y económico, han generado numerosas críticas a la figura de las comisiones de regulación en todo el mundo. Asimismo, fenómenos como la desregulación hacen que estos entes pierdan legitimidad frente al sector que regulan y el público en general. Como si fuera poco, son constante las acusaciones que se hacen sobre los reales intereses que protegen estos organismos.

Sin embargo, también la creación de este tipo de entidades, en especial en los países en vías de desarrollo donde el riesgo de la inestabilidad jurídica es mayor, ha llevado a que los organismos multilaterales de ayuda recomienden la adopción de esta figura para darles mayores garantías a los inversionistas que entran en mercados recién liberalizados.

Para PETER STRAUSS<sup>62</sup>, en la actualidad el modelo de las diferentes agencias gubernamentales en los Estados Unidos de América del Norte se basa en cuatro principios:

---

62 STRAUSS, PETER, “*The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*”, *Columbia Law Review*, vol. 84, april 1984, n° 3, p. 581, citado por BETANCOR, ANDRÉS, *Las administraciones independientes*, pág. 34.

1. Las funciones de las agencias pueden ser ejecutivas, legislativas o jurisdiccionales. Tradicionalmente la estructura del Estado se ha ajustado a la concepción clásica de la división del poder, esto significa que cada organismo está dedicado exclusivamente a ejercer funciones de una sola rama del poder. Con la creación de las agencias independientes se rompió con este paradigma, y se reconoció que era necesario que existieran organismos dentro de la rama ejecutiva del poder público, que se diferenciaban de los demás por no estar subordinados al jefe de gobierno y que además intervinieran en algunos sectores claves de la economía expidiendo normas de carácter general, y resolviendo situaciones de carácter particular.
2. Todas las agencias tienen una relación con el presidente, pero en algún momento tienen la potestad de contrarrestar el poder del presidente en la toma de sus decisiones. En los Estados Unidos las agencias han sido creadas con características especiales que les dan el poder de tomar decisiones que en algún momento pueden ir en contra de las políticas generales señaladas por el presidente.

Al ser organismos pertenecientes a la rama ejecutiva están supeditadas al control que se ejerce por el gobierno central como el aspecto presupuestal y la sujeción a normas para toda la administración pública, que hacen que estos organismos no sean una rueda suelta dentro de la estructura del Estado.

3. Todas las agencias, en un mayor o menor grado, están supervisadas por el Congreso y los Jueces. El control por parte de las demás ramas del poder, es parte de la concepción de la división del poder y sobre el cual debe crearse una serie de frenos y contrapesos para garantizar que no exista un ejercicio abusivo del mismo.
4. Las funciones de supervisión del presidente y el Congreso sobre las agencias independientes, no provienen directamente de la ley, sino de la política. El control político sobre las agencias es ejercido por parte del Congreso quien recibe informes sobre la gestión de las agencias y puede llamar a sus funcionarios a rendir cuentas, finalmente, está en cabeza del Congreso la potestad de suprimirlas cuando no encuentra resultados favorables en su gestión. Adicionalmente, los jueces ejercen el control sobre los actos expedidos por las agencias independientes.

En la Constitución de 1991 se creó dos tipos de órganos de regulación, unos de origen constitucional que son la Junta Directiva del Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, totalmente autónomos del ejecutivo, y otros, de creación legal cuya característica principal es la independencia.

La diferenciación estos dos tipos de órganos hace que el modelo de regulación en Colombia sea diferente a los modelos de agencias independientes en el mundo. La

Corte Constitucional explica que la creación de las comisiones de regulación en Colombia no es una simple copia de los modelos anglosajones o de la tradición romanogermánica, sino que obedece a una adaptación de esta figura a la realidad del país<sup>63</sup>.

La diferencia básica entre los órganos creados directamente por la Constitución Política de 1991 y las comisiones de regulación creadas por el legislador es que las primeras, tienen completa autonomía frente al ejecutivo y el legislativo, tanto así que para suprimirlas o modificarlas se requiere de una reforma constitucional, en cambio, en el caso de las comisiones de regulación, su perfil institucional y su grado de independencia dependen directamente del legislador.

A pesar de la independencia otorgada a las comisiones de regulación, es claro que no son órganos autónomos, pues al configurarse como unidades administrativas especiales, entran a formar parte de la rama ejecutiva y por lo tanto están adscritas a un ministerio donde las políticas del sector son fijadas directamente por el ministro respectivo.

Esta independencia es configurada básicamente por el legislador para que sus actuaciones respondan a las necesidades del sector regulado, de acuerdo con la Constitución y la ley, y no sean consecuencia de la presión política, las coyunturas, la captura del regulador y otras circunstancias que impiden que el regulador tome decisiones en aras del interés general.

De esta forma, el poder de regulación se independiza de los órganos del Estado encargados de la dirección política y la gestión administrativa, asegurando la imparcialidad y neutralidad para el cumplimiento de actividades a cuya gestión directa pueden acceder los particulares, en concurrencia, generalmente con el Estado como prestador de servicios. Para la Corte Constitucional el esquema de la división de poderes se integra y complementa con el principio de que quien concede el ejercicio de una actividad no debe ser el que la controle<sup>64</sup>.

La Corte Constitucional ha definido que la independencia es un factor clave aun al interior de cada organismo de regulación, y en el caso particular de las superintendencias, que tienen funciones jurisdiccionales, pues sólo de esta manera se acepta que el ejecutivo, a través de diferentes órganos ejerza funciones normativas y jurisdiccionales:

---

63 La Corte Constitucional en sentencia C-150 de 2003 hace una comparación del modelo de regulación adoptado en países como Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania, Francia y España, para justificar que el modelo adoptado por el constituyente de 1991 no adoptó ningún modelo extranjero sino que creó un modelo propio.

64 Corte Constitucional, sentencia C-827 de 2001. MP Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

“Dentro de las diversas alternativas de esquemas de regulación económica, puede ocurrir que la función de regulación, en determinados asuntos señalados por el constituyente, se concrete en un esquema regulatorio en el cual el ejecutivo, a través de diferentes órganos, no sólo administra sino que también cumple funciones normativas y ejerce, excepcionalmente, funciones judiciales como sucede en materia de regulación del sector financiero (...). Cuando concurren en la rama ejecutiva funciones normativas, administrativas y jurisdiccionales y algunas de éstas son ejercidas en determinados asuntos por un mismo órgano, como por ejemplo, las administrativas y jurisdiccionales por una superintendencia, esta Corte ha condicionado la exequibilidad de este esquema regulatorio a que no coincida en un mismo funcionario u órganos estas dos funciones y a que en la estructura de la entidad se asegure la independencia del juzgador”<sup>65</sup>.

A continuación se presentan algunas de las principales discusiones que se han dado sobre las agencias independientes, en relación con estos temas.

### 3.1. GARANTÍAS PERSONALES O SUBJETIVAS

La independencia de las agencias reguladoras surge por la tensión entre el poder ejecutivo y el poder legislativo; al otorgar independencia a estas agencias, el legislativo limita el campo de acción del poder ejecutivo en cabeza del presidente, especialmente en relación con los poderes de remoción. La independencia se fundamenta en la limitación a la libertad de remoción del presidente,

“(...) tradicionalmente vinculados a la responsabilidad del presidente en el gobierno de la rama ejecutiva”<sup>66</sup>.

En España, la remoción de los miembros de las agencias independientes es reglada, es decir que no existe la facultad discrecional por parte del Gobierno para retirar del poder a los directivos de estos entes. En el caso colombiano, la permanencia en el cargo de los miembros de las comisiones de regulación depende completamente de la discrecionalidad del Presidente de la República, sus cargos son de libre nombramiento y remoción, disminuyendo el grado de autonomía con relación al caso español o norteamericano.

---

65 Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003. MP Dr. JOSÉ MANUEL CEPEDA E.

66 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la administración*, pág. 177 CIVITAS, 5ª edición, 2000.

Tanto en España como en Colombia, se exige una cualificación personal y profesional del personal directivo de las comisiones, generalmente son personas con una amplia trayectoria en los sectores regulados, con suficiente experiencia y reconocimiento por parte del sector en el cual se desempeñan. Adicionalmente, se ha previsto una incompatibilidad por parte de los funcionarios de las comisiones de regulación para trabajar en el sector la cual en Colombia es de un año (art. 44.2 de la Ley 142 de 1994) y en España de dos años.

Finalmente, se ha previsto en la mayoría de las comisiones de regulación en el mundo que el período de los expertos comisionados sea relativamente largo, en Colombia es de cuatro años y en España es de seis años. La existencia de un período garantiza en cierta forma la estabilidad de los expertos comisionados y limita las facultades de remoción del Presidente de la República, generando mayor independencia a la hora de tomar decisiones que en algunos casos pueden no convenir al gobierno que en muchos casos opera como prestador de servicios público, es decir como un regulado en iguales condiciones a los inversionistas privados.

En el caso latinoamericano, el Banco Mundial presenta el siguiente panorama de la dirección regulatoria<sup>67</sup>:

	Liderazgo	Duración	Nombrado por	Criterio de remoción
Argentina*	6 directores	6 años (dos veces reelegibles)	El ejecutivo	Sólo con justa causa
Bolivia	Superintendente	5 años (reelegible una vez)	Presidente por vía del Senado)	Conflicto de intereses o sanción penal
Chile	Superintendente	No especificado	Presidente/ Ministerio	No especificado
Colombia	Comisiones (4 expertos + 4 ministros)	4 años	Presidente	No especificado
Panamá	3 directores	5 años	Ejecutivo (por sanción penal vía legislativa)	Conflicto de intereses, o bancarrota
Perú	Superintendente	No especificado	Ministerio	No especificado

(\* ) Referido sólo a Buenos Aries

67 FOSTER, VIVIEN, artículo "Diez años de reforma del servicio de agua potable en Latinoamérica: hacia un modelo anglofrancés", revista *Regulación de agua potable y saneamiento básico*, CRA, n° 8, pág. 182, febrero de 2002.

Podemos observar que en la mitad de los países están regladas las razones por las cuales el presidente puede remover a los directivos de las comisiones de regulación, y en los demás casos, incluido Colombia, la remoción es libre. En relación con la influencia de la política en las decisiones de las agencias reguladoras VIVIEN FOSTER, investigador del Banco Mundial manifiesta:

“En particular, no es posible legislar contra las “renuncias voluntarias” de los reguladores y, en una cultura del sector público donde el padrinazgo político es decisivo, los reguladores reciben instrucciones de renunciar (más o menos) “voluntariamente” como consecuencia de unas recientes elecciones o al surgimiento de coyunturas políticas. La experiencia indica que la duración de vida laboral típica de los reguladores del sector del agua en Latinoamérica es de 2-4 años, cuando lo legalmente establecido es de 5-6 años”<sup>68</sup>.

### 3.1.1. CASO MYERS V. UNITED STATES (1926)

Myers era el *Postmaster General* del servicio de correos de los Estados Unidos. La Ley de correos disponía que el *Postmaster* solamente podía ser separado por el presidente, de acuerdo con el Senado y su período era de cuatro años. Antes del vencimiento del período del señor MYERS, el presidente lo cesó de su cargo sin previo acuerdo con el Senado. Frente a esta situación, MYERS procedió a demandar la decisión del presidente.

El caso llegó hasta el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, quien decidió que las funciones que desempeñaba MYERS como *Postmaster* era propias de la rama ejecutiva y conferidas al Presidente de los Estados Unidos, de manera que el *Postmaster* era simplemente un “asistente” del presidente. Por lo tanto, el presidente podía cesar de sus cargos a cualquiera de sus asistentes y exigir que para ello fuera necesario un consenso con el Senado configuraba una injerencia inconstitucional del legislativo en el ejercicio de funciones ejecutivas<sup>69</sup>.

---

68 FOSTER, VIVIEN, artículo “Diez años de reforma del servicio de agua potable en Latinoamérica: hacia un modelo anglofrancés”, Revista *Regulación de agua potable y saneamiento básico*, CRA, n° 8, pág. 183, febrero de 2002.

69 MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL, “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica, Universidad Carlos III de Madrid – *Boletín Oficial del Estado*, 1995, págs. 156 a 160.

### 3.1.2. CASO HUMPREY'S V. UNITED STATES (1935)

En 1933 el presidente ROOSEVELT cesó de su cargo a WILLIAM F. HUMPHREY, quien se desempeñaba como presidente de la Federal Trade Commission - FTC, antes que finalizara el período establecido para el ejercicio de su cargo. Los herederos de HUMPHREY demandaron al Estado alegando que el presidente había violado el precepto legal que definía las causales expresas por las cuales podía cesar de su cargo al presidente de FTC, pues la decisión había sido discrecional. Adicionalmente, como elemento nuevo de la discusión en relación con el caso Myers, se afirmó que las funciones desempeñadas por HUMPHREY no solamente eran de tipo ejecutivas, sino también cuasilegislativas y cuasijudiciales.

Los miembros del Tribunal Supremo fallaron a favor de los demandantes, con base en el siguiente análisis: 1) se revisó la naturaleza de las funciones, definiendo que las mismas no eran solamente de tipo ejecutivas, como ocurría en el caso Myers; 2) posteriormente se hizo un examen de los antecedentes legislativos y se concluyó que era clara la intención del Parlamento que existiera autonomía entre los expertos de la FTC con el ejecutivo, salvo en su elección; y 3) que darle poderes al presidente para remover discrecionalmente a los expertos, estaría en contra del fin buscado por el legislativo al momento de crear la agencia independiente<sup>70</sup>.

## 3.2. GARANTÍAS INSTITUCIONALES

En España, las comisiones de regulación tienen personería jurídica propia y su independencia está sujeta a la condición de sujeto de derecho. Al crearse las comisiones de regulación en Colombia, se estableció que las mismas tienen autonomía patrimonial, administrativa y técnica, pero el grado de autonomía es inferior pues tienen limitaciones con relación a su representación (no tienen personería jurídica) y en el manejo de sus recursos.

---

70 MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL, "La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica", Universidad Carlos III de Madrid – *Boletín Oficial del Estado*, 1995, págs. 160 a 167.

### **3.3. GARANTÍAS DE TIPO FUNCIONAL Y ORGANIZACIONAL**

La organización de las comisiones de regulación, tanto en España como en Colombia como entes colegiados garantiza la transparencia de las decisiones adoptadas por estos entes. A diferencia del caso colombiano, el gobierno español tiene prohibido impartir instrucciones y no existe ninguna consecuencia frente al desconocimiento de una directiva impartida por el gobierno.

En relación con la estructura funcional, las comisiones en ambos países pueden definir y reglamentar su estructura, pero finalmente esta facultad, que es sinónimo de independencia, es muy limitada pues debe ceñirse a factores de carácter presupuestal, directivas del gobierno en relación con la contratación de funcionarios y en el caso Colombiano, los estatutos y reglamentos de las comisiones de regulación deben ser adoptados mediante decreto.

### **3.4. GARANTÍAS ECONÓMICAS Y FINANCIERAS**

En el caso español, las comisiones tienen total autonomía financiera. En Colombia, los recursos de las comisiones provienen principalmente de las contribuciones, las cuales de deben trasladar al presupuesto nacional y existen innumerables limitaciones de orden presupuestal que limitan la autonomía para el manejo de los recursos.

### **3.5. LA CAPTURA DEL REGULADOR**

#### **—CASO DE LA INTERSTATE COMMERCE COMMISSION— ICC**

Una de las principales críticas a las agencias independientes es que existe una gran facilidad para que los miembros de las industrias reguladas ejerzan una determinante influencia al interior de las agencias, en defensa de los intereses de la industria y no del interés general.

Un ejemplo de esto, sucedió desde la constitución de la primera agencia independiente en los Estados Unidos de América del Norte. Hacia 1890 se había consolidado el desarrollo de la industria del transporte ferroviario. En este mercado la competencia entre las diferentes empresas prestadoras del servicio se veía afectada por la formación de carteles, la fijación de precios y subsidios cruzados, principalmente para los grandes

trayectos que se financiaban con las altas tarifas de los trayectos cortos, generando inconformidad para un gran número de usuarios.

Frente a esta situación, entre 1870 y 1880, los agricultores, quienes utilizaban este sistema de transporte para movilizar sus productos y eran los más perjudicados por la competencia desleal y el alto costo de los trayectos cortos, utilizaron sus influencias y promovieron ante el medio político, la nacionalización de los ferrocarriles y la regulación de las tarifas. Gracias a la presión ejercida por los agricultores, en 1887 se creó la Comisión Interestatal de Comercio – ICC.

Sin embargo, casi de manera inmediata a la creación de esta Comisión se presentó el fenómeno conocido como la “captura del regulador” por parte de los dueños de los ferrocarriles, quienes utilizaron sus influencias y participaron del gobierno al interior de la Comisión. Como consecuencia de dicha captura se subieron las tarifas para los viajes largos, equiparándolas al valor de los viajes cortos, medida que a los únicos que no benefició fue a los usuarios de ambos trayectos.

Curiosamente, el fenómeno de la “captura del regulador” se repitió nuevamente en la ICC cuando se desarrolló la industria del transporte de carga a través de camiones en 1920. FRIEDMAN explica este nuevo sistema era muy favorable en relación con los altos costos del transporte de carga a través de trenes y el transporte de carga mediante camiones creaba una situación de mercado muy cercana a la “competencia perfecta” y, por lo tanto, no había argumentos para intervenir en este mercado a través de la regulación<sup>71</sup>.

Mediante la expedición de la *Motor Carrier Act* (Ley de Transportistas de Motor) de 1935, los camioneros entraron a ser parte de la jurisdicción de la ICC y con el tiempo se constituyeron como la principal fuerza dominante al interior de la comisión. En este caso, la captura por parte de la industria de los camioneros se reflejó en la creación de medidas como la concesión de permisos para operar como transportista de carga, mediante la cual se limitó el número de competidores y de esta forma se evitó el crecimiento de la industria<sup>72</sup>.

En el caso de los trenes, las medidas adoptadas por la ICC generaron que la industria de los ferrocarriles no se adaptara a la competencia generada por los aviones, autobuses y automóviles, que entraron a remplazar los viajes a través de trenes.

---

71 FRIEDMAN, MILTON Y ROSE, *Libertad de elegir*, Editorial Grijalbo, 1998, pág. 276 .

72 FRIEDMAN, MILTON Y ROSE, *Libertad de elegir*, Editorial Grijalbo, 1998, pág. 277 .

En resumen, para FRIEDMAN, si no se hubiera creado la ICC, los Estados Unidos tendrían un sistema ferroviario y un sistema de transporte de carga mediante camiones mucho más eficiente, sin despilfarros y ajustado a las necesidades de sus usuarios<sup>73</sup>.

### 3.6. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LAS AGENCIAS REGULADORAS

En relación con el control judicial sobre los actos administrativos expedidos por las agencias independientes, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA manifiesta que de acuerdo a las nuevas circunstancias en el derecho administrativo de los Estados Unidos, surgió la doctrina de la “deferencia”, robustecida en el Tribunal reaganiano de 1985, con la sentencia “Chevron”, donde los tribunales deben

“(…) otorgar una especial ‘deferencia’ a las estimaciones jurídicas hechas por la administración en los actos que aquéllos enjuician, lo que disminuye notablemente el alcance del control”<sup>74</sup>.

La doctrina de la deferencia se identifica en los Estados Unidos con la sentencia *Chevron V. Natural Resources Council* de 1984. En este caso se buscaba enjuiciar la regulación expedida por la Environmental Protection Agency, que consideró que las distintas instalaciones que emiten contaminantes de un mismo grupo industrial debían mirarse como si estuvieran incluidos en una misma *bubble* (burbuja, bloque, grupo). Sin embargo, según el Tribunal de instancia el concepto de *bubble* era contrario a la ley (*Clean Air Act*), la cual no lo había previsto. Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA explica:

“El Tribunal Supremo anuló la sentencia. Según la sentencia anulatoria, cuando un Tribunal establece que el Congreso al hacer la ley no ha precisado directamente la cuestión que se está enjuiciando, el Tribunal no puede imponer simplemente su propia interpretación de la ley. ‘Más bien –y esta es la almendra de la sentencia– si la ley guarda silencio o es ambigua con respecto a la materia específica de que se trata, la cuestión para el Tribunal es si la determinación de la agencia administrativa está basada en un interpretación permisible de la ley’. Así, una vez que el Tribunal inferior había establecido que el Congreso no había tenido ninguna intención en relación con el concepto de *bubble*, la cuestión que tiene

---

73 FRIEDMAN, MILTON y ROSE, *Libertad de elegir*, Editorial Grijalbo, 1998, pág. 282 .

74 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la administración*, CIVITAS, 5ª edición 2000, págs. 182 y 183.

que resolverse no es si este concepto es o no ‘inapropiado’, sino si para aplicar la ley es o no razonable”<sup>75</sup>.

Ante esta interpretación judicial también han existido opositores que consideran que una cosa son las ambigüedades de la ley (conceptos jurídicos indeterminados) y otra las delegaciones otorgadas por el poder legislativo. SUNSTEIN manifiesta que la regla Chevron es inconciliable con el sistema constitucional:

“Un principio cardinal del constitucionalismo americano es que aquellos que están limitados por el derecho no tienen el poder de decidir sobre el sentido de tal limitación: las zorras no pueden guardar las casas de las gallinas. La regla de Chevron rompe este principio al permitir a las agencias interpretar el derecho que limita y controla su autoridad. La necesidad de un árbitro judicial independiente es aquí especialmente urgente”<sup>76</sup>.

El juez solamente tiene como elementos de juicio para un posible juzgamiento a los actos expedidos por las comisiones independientes los mismos expedientes elaborados por la administración, limitando su capacidad de decisión sobre estos actos. Es una especie de “captura del juzgador”, de carácter informático, pues los jueces ven limitada su acción a los elementos de juicio que le proporciona la administración.

### 3.7. CONSIDERACIONES FINALES

En el caso Colombiano considero que al crearse las comisiones de regulación se modificó algunas características que son propias de las agencias independientes en el modelo anglosajón, con el fin de ajustarlas al modelo de Estado fijado por el constituyente de 1991, por ejemplo, las garantías personales o subjetivas son muy limitadas pues no está desarrollado un mecanismo de remoción por parte del Presidente de la República sobre los expertos comisionados. Esta es una limitación muy grande a la independencia pues en el modelo colombiano es claro que los expertos comisionados son agentes del presidente que en cualquier momento pueden ser removidos sin ninguna explicación por estar en cargos de libre nombramiento y remoción.

---

75 *Vid.*, págs. 189 y 190.

76 SUNSTEIN, CASS. “*After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*”, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1990, pág. 224. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la administración*, págs. 193 y 194.

Esta característica nos diferencia del modelo anglosajón donde los expertos de las agencias independientes están protegidos frente a las facultades discrecionales del presidente, generando una mayor confianza para la toma de decisiones que en algún momento no pueda considerar convenientes el Presidente de la República, especialmente cuando el Estado es prestador de servicios dentro del sector regulado por la agencia independiente.

En relación con las garantías económicas y financieras, es claro que en Colombia, aunque los ingresos de las comisiones de regulación provienen de las contribuciones que debe pagar el sector regulado, hay una dependencia muy grande en relación con el manejo presupuestal y las decisiones tomadas por el Ministerio de Hacienda. Cada vez más se limita las facultades de los organismos del gobierno para manejar su presupuesto, y esta realidad será cada día mas evidente, mientras la disminución del gasto público sea una de las prioridades del gobierno nacional.

Frente al tema de la captura del regulador, en mi opinión el problema mas importante es la captura informática. Las comisiones de regulación en Colombia y en todo el mundo trabajan con la información que les suministra directamente el sector regulado. Esta situación de “debilidad” hace que la industria regulada en algún momento pueda manipular la información con el fin de evitar la intervención económica en manos de las comisiones de regulación.

Como reacción a esta captura, el Estado colombiano se encuentra trabajando en un sistema unificado de información en el cual las industrias reguladas deban reportar la información solicitada por las comisiones de regulación, las superintendencias, los ministerios y demás organismos, y de esta forma garantizar que la información entregada es fidedigna y no está adaptada a la generación de situaciones convenientes para las industrias reguladas.

Finalmente, creo que en Colombia, como en los demás países donde existen entes de regulación económica, hay una gran dificultad en el control judicial de las decisiones de las comisiones de regulación por el carácter técnico de sus decisiones. La mayoría de las resoluciones de carácter general expedidas por las comisiones de regulación son muy complejas y se basan en profundos estudios de mercados, estudios técnicos especializados, etc. que son muy difíciles de analizar por un juez de la República.

En mi criterio, las comisiones de regulación deben fortalecer el proceso previo a la expedición de los actos administrativos, con el fin de garantizar que en caso de una posterior revisión judicial, existen antecedentes administrativos muy claros y sustentados que permiten al juez no adentrarse en asuntos técnicos y muy especializados, sino en la verificación de la existencia de un estudio previo realizado por las comisiones,

que previamente fue discutido con el sector regulado y que le da legitimidad a las decisiones adoptadas por las comisiones de regulación.

#### 4. CONCLUSIONES

Independencia es un término que puede tener diferentes interpretaciones; algunos la usan como sinónimo de autonomía, otros perciben diferencias entre los dos términos. Para WARRICK SMITH, la independencia consiste en 3 elementos:

*“An arm’s-length relationship with regulated firms, consumers, and other private interest, An arm’s-length relationship with political authorities. The Attributes of organizacional autonomy- such as earmaked fundin and exemption from restrictive civil service salary rules – necessary to foster the requisite expertise and to underpin those arm’s length relationships”<sup>77</sup>.*

La proporción o grado de discrecionalidad que puede tener un sistema regulatorio varía de acuerdo a los diferentes países e industrias. En un extremo, las leyes de los Estados Unidos de América del Norte delegan en forma extensa el poder discrecional de las agencias reguladoras, muchas veces definen vagamente precios estándar como “justos y razonables” y limitan otros poderes al criterio del interés público. En el otro extremo encontramos que muchos países implementan regulación reducida a leyes o contratos que eliminan cualquier tipo de discrecionalidad, denominado generalmente como *regulation by contract*, preferida por los inversionistas quienes prefieren la menor discrecionalidad posible por parte del gobierno o el regulador.

Una regulación flexible con un amplio margen de discrecionalidad es muy usada en industrias donde el avance tecnológico es muy rápido, como en el caso de las telecomunicaciones, en donde la competencia requiere adaptarse a las reglas de unas condiciones de mercado variables. Otro aspecto importante de la regulación es el nivel de estabilidad y respeto al derecho a la propiedad privada en un país, pues países que tienen o adquieren fama de vulnerar continuamente este derecho, desestimulan la inversión privada.

Para SMITH, la participación de los ministros, especialmente cuando el Estado continua participando en un sector como empresario (por ejemplo, TELECOM, hoy Colombia

---

77 SMITH, WARRICK, “Utility Regualtors – The Independence Debate”, *The World Bank Group – The International forum for Utility Regulation “The Private Sector in Infrastructure. Strategy, Regulation, and Risk”*, pág. 21, 1997.

Telecomunicaciones, en el caso colombiano), puede generar decisiones a favor del Estado, en perjuicio de los competidores del sector privado:

*“Entrusting discretion to ministers will not meet these tests, particularly when the state continues to own utility enterprises. In this case, there will be no arm’s length relationship between the regulator and the firm, and there may be concerns that, in exercising discretion, ministers will favor the state enterprise over rival private firms”<sup>78</sup>.*

En el caso colombiano, donde el Estado es dueño de la principal empresa de telecomunicaciones (Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.), empresa que en muchos municipios del territorio nacional es la única prestadora de los servicios de telefonía, la participación del Ministro de Comunicaciones como cabeza de los órganos directivos de Colombia Telecomunicaciones y de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT, genera gran inconformidad, especialmente para sus competidores que consideran que en estos casos, el ministro del ramo actúa como juez y parte en la toma de una decisión, pudiendo generar situaciones de desigualdad en los mercados y afectando la libre competencia.

De todas maneras, en mi opinión, es claro que la participación del ministro de Comunicaciones en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones es legal y está ajustada a lo establecido en la Constitución y en la ley. En el momento en que el Estado deje de prestar directamente los servicios públicos, esta crítica será superada.

Algunas de las características que requieren las agencias reguladoras para garantizar su independencia podrían resumirse así:

- Proveer al regulador con un mandato legal diferente, libre del control ministerial. Esta sería la situación ideal, pues garantizaría que el ente regulador pudiera tomar decisiones que afectaran con mayor fuerza a los prestadores de servicios públicos de naturaleza pública y se evitaría en cierta forma la captura del regulador.
- Utilizar el criterio profesional para la elección de sus miembros. Es importante tener en cuenta que el carácter de experto comisionado no lo debe dar un decreto, sino que realmente el Presidente de la República está en la obligación de designar personas con una importante experiencia en el sector en que entrarían a regular. La designación de personas idóneas legitima las decisiones tomadas por las comisiones de regulación,

---

78 SMITH, WARRICK, “Utility Regulators – The Independence Debate”, *The World Bank Group – The International forum for Utility Regulation “The Private Sector in Infrastructure. Strategy, Regulation, and Risk”*, pág. 22, 1997.

y le dan gran credibilidad frente al sector regulado que siempre tiene un personal con las mas altas calificaciones profesionales.

- Participación de la rama ejecutiva y la rama legislativa en el proceso de elección. Aunque es importante tener en cuenta que en Colombia, la participación de la rama legislativa se convertiría en un nuevo foco para conceder favores políticos, nombrando supuestos expertos, y podría perderse todo el sentido de la función reguladora a través de un manejo irresponsable por parte del legislativo. Podría existir mejor una opción de veto por parte del legislativo, cuando el presidente esté nombrando en un cargo de experto comisionado a una persona que no es idónea para la realización de este encargo.
- Elegir los reguladores por términos fijos y protegerlos de la remoción arbitraria. Esta opción garantizaría en buena forma la independencia de los expertos comisionados en la toma de decisiones, en mi criterio, en Colombia debería existir unas razones claras para remover de sus cargos a los expertos comisionados. Actualmente la Ley 142 de 1994 definió un período fijo para los expertos comisionados de 4 años, pero no existen reglas sobre las razones para removerlos pues se trata de cargos de libre nombramiento y remoción.
- Los períodos en el cargo de los reguladores no deben coincidir con los ciclos electorales. De esta forma se garantiza la no intromisión de intereses de carácter político en la designación de los expertos comisionados, generando mayor transparencia frente al sector regulado.
- Extraer a las agencias del régimen salarial para los servidores del Estado, ya que desestimula la contratación de personal altamente calificado. (Generalmente en Colombia se ha intentado mejorar las condiciones salariales de las personas altamente calificadas a través de primas técnicas y otros incentivos, pero dentro del régimen general). En el caso boliviano, se establece que los salarios mantengan una tendencia similar a la de las empresas privatizadas sujetas a regulación, pero esta es la gran excepción pues en la mayoría de países latinoamericanos, es salario de los servidores públicos es remunerado de acuerdo a las escalas salariales para los demás miembros de la rama ejecutiva (Colombia) o en términos generales del servicio civil.
- Proveer a la agencia con una fuente formal de ingresos, usualmente recaudados de las firmas reguladas o consumidores. Actualmente, las agencias reguladoras en Colombia funcionan con los ingresos provenientes de las contribuciones a cargo de las empresas reguladas pero como mencioné anteriormente, frente a la situación permanente de déficit presupuestal del gobierno nacional, existen fuertes restricciones

para el manejo del presupuesto, estas restricciones limitan la realización de estudios técnicos importantes para el desarrollo regulatorio del país.

También debe tenerse en cuenta que la independencia necesita un control para evitar prácticas de corrupción, ineficiencia, etc. Estas son algunas medidas que han tomado varios países:

- Mandatos rigurosos sobre transparencia, incluyendo la publicidad y motivación en sus decisiones. Actualmente, las comisiones de regulación garantizan la participación ciudadana y la publicidad de sus actos a través de la publicación de los proyectos de resolución en sus páginas *Web* oficiales, la realización de foros, comunicados de prensa, etc. En mi opinión, estos mecanismos deben ser reforzados a través de publicaciones en los periódicos, u otros medios de comunicación diferentes a la Internet, donde el acceso de los ciudadanos todavía es muy limitado.
- Prohibición de conflictos de interés. Actualmente, la Ley 142 de 1994 prohíbe a quienes han trabajado en las comisiones de regulación, entrar al sector regulado por el término de 1 año (esta situación también ocurre en caso que un trabajador del sector regulado quiera trabajar en una comisión de regulación).
- Provisión de disposiciones para apelar las decisiones de las agencias. En relación con este tema, FOSTER, presenta el siguiente cuadro sobre el panorama de los procesos de apelación en Latinoamérica <sup>79</sup>:

	Administrativo	Judicial
Argentina	Rama ejecutiva	Apelación judicial directa
Bolivia	Superintendencia general	Apelación judicial directa Corte Suprema
Chile	Arbitramento independiente	Apelación judicial directa
Colombia	Comisión de regulación y SSPD	Apelación judicial directa
Panamá	Agencia regulatoria	Corte Suprema
Perú	Ninguno	Apelación judicial directa

- Control por parte del Congreso.

<sup>79</sup> FOSTER, VIVIEN, artículo “Diez años de reforma del servicio de agua potable en Latinoamérica: hacia un modelo anglofrancés”, revista *Regulación de agua potable y saneamiento básico*, CRA, n°8, pág. 185, febrero de 2002.

- Auditorias externas u otro tipo de control para verificar la eficiencia y conducta de las agencias.

Para SMITH, la resistencia a la existencia de agencias independientes está disminuyendo, teniendo en cuenta que los ministros ven beneficiosa la creación de agencias, pues podría incluir mejores ofertas de inversión, ayuda para mantener reformas y de trasladar la responsabilidad frente a una decisión impopular a alguien más<sup>80</sup>.

Finalmente, en comparación con el sistema colombiano, donde uno o varios ministros toman parte en las decisiones de las agencias, existen otras opciones, como la creación de agencias sin intervención del gobierno, dirigidas al desarrollo de habilidades técnicas y normas profesionales. También existen agencias, como el caso de Hungría, donde su poder se limita a hacer recomendaciones al ministro, o el caso argentino, donde las decisiones de las agencias pueden ser apeladas ante el ministro. Lo importante, y estoy de acuerdo con la conclusión de SMITH, es que las agencias no están nunca absolutamente separadas de la influencia política y lo necesario es construir una reputación de profesionalismo, justicia, y realzar su autoridad, reduciendo así la posibilidad de ser suprimidas.

Un ejemplo de la influencia política y del gran impacto que tienen las decisiones de las comisiones de regulación en la vida nacional es la discusión que se dio en marzo del 2002 en un artículo publicado por el periódico *El Tiempo*, donde vemos reflejados algunos de los aspectos que han generado polémica en relación con las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios.

Las principales críticas se centraron en ese momento en las calidades de los expertos comisionados, presentados por el periodista como tecnócratas superpoderosos, producto de favores políticos, con salarios muy altos, y como una especie de “superministros” cuyas decisiones, por más técnicas que sean, afectan directamente los bolsillos de todos los colombianos, así como los balances de las empresas de servicios públicos. Adicionalmente, se critica la actuación de las comisiones de agua potable y energía, manifestando que los sectores que regulan están al punto del colapso, reflejado para los usuarios en un aumento significativo de las tarifas y que por esta razón deberían suprimirse<sup>81</sup>.

---

80 “Resistance to independent agencies is breaking down. Ministres once adamant about maintaining political control over tariffs and other regulatory matters increasingly see the benefits of creating such agencies, which include improving offers from investors, helping to sustain reforms, and shifting responsibility for unpopular decisions to someone else.” SMITH, WARRICK, “Utility Regulators – The Independence Debate”, *The World Bank Group – The International forum for Utility Regulation “The Private Sector in Infrastructure. Strategy, Regulation, and Risk”*, pág. 24, 1997.

81 Periódico *El Tiempo*, edición digital del 3 de marzo de 2002, [www.eltiempo.com.co](http://www.eltiempo.com.co).

En el caso de servicios públicos como el suministro de agua potable, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico tuvo que tomar medidas absolutamente impopulares como el necesario aumento de tarifas para garantizar el suministro de agua y el desarrollo y expansión de las redes de acueducto, medidas que en su momento debieron ser adoptadas por los municipios que en la gran mayoría de los casos controlan el sistema de acueducto pero que por su carácter impopular fueron aplazadas, generando un gran riesgo para el suministro del servicio a mediano y largo plazo.

Estas decisiones, impopulares en muchos casos ocasionan fuertes críticas, y entonces se introducen nuevos argumentos como el alto salario de los expertos comisionados, su carácter de tecnócratas, etc., y finalmente se termina cuestionando la existencia misma de las comisiones.

Al analizar todos estos aspectos, he llegado a la conclusión, la cual acepto puede no ser absolutamente objetiva, y es que las Comisiones de Regulación han sido “víctimas” de circunstancias políticas y económicas que vienen desde mucho tiempo atrás antes de su creación, especialmente relacionadas con el aumento de las tarifas que siempre serán decisiones totalmente impopulares y que generan rechazo.

Es posible que si los miembros de la Junta Nacional de Tarifas hubieran tenido que tomar estas decisiones impopulares que han tenido que tomar las comisiones de regulación, también se habría generado la polémica en relación con sus funciones y con su propia existencia. El problema se ha centrado en temas políticos, y entonces se busca arreglar todo presentando proyectos de ley para eliminar las comisiones de regulación, olvidando que lo que debe hacer el país es analizar los problemas económicos y sociales que están generando la crisis de los servicios públicos domiciliarios y que son desconocidos por las asociaciones de consumidores, congresistas, periodistas, usuarios, vocales de control, etc.

Parece ser que el problema más grave no es si las comisiones deben ser independientes o no, si debe participar el ministro o no, pues como vimos anteriormente existen varias alternativas en relación con su organización dentro del propio Estado y en sus relaciones con el gobierno; sino analizar la legitimidad, la credibilidad de estos entes frente a los sectores en los cuales ejerce influencia: usuarios, operadores, el gobierno, el Congreso, los inversionistas, etc.

La legitimidad se crea tomando decisiones con una motivación muy fuerte, garantizando la participación de los ciudadanos y del sector a través de mecanismos de publicidad y concertación. También se garantiza la legitimidad de las comisiones a través del

nombramiento de expertos comisionados idóneos, con amplia experiencia por parte del Presidente de la República.

Finalmente, en mi opinión las comisiones deben tener en cuenta siempre al momento de tomar una decisión, que la intervención del Estado en la economía a través de la regulación debe darse solamente en el caso en que se requiera, y que la mejor forma de intervenir en el mercado es generando información relevante para la toma de decisiones por parte de los agentes del sector y no a través de expedición de resoluciones de carácter general innecesarias.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA, “Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria”, *Monografías CIVITAS*, 1991.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS, *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.
- CASTRO, JAIME, *Constitución Política de Colombia*, 3ª edición, Editorial La Oveja Negra, 1987.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo. Sección tercera, CP CARLOS BETANCUR JARAMILLO, expediente 11.857 actor ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Santa Fede Bogotá, D.C., 25 de septiembre de 1997.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. CP MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, radicación 11.744, actor Empresas Públicas de Medellín, Bogotá D.C., 13 de julio de 2000.
- Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico, *El Estado del arte de la regulación en el sector de agua potable y saneamiento básico*, Bogotá, D.C., 2001.
- Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico, *Regulación de agua potable y saneamiento básico* n°8, Bogotá, D.C., 2002.
- Corte Constitucional, sentencia C-272 de 1998. MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Corte Constitucional, sentencia 1162 de 2000. MP Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.
- Corte Constitucional, sentencia C-827 de 2001. MP Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003. MP Dr. JOSÉ MANUEL CEPEDA.
- Periódico *El Tiempo*, [www.eltiempo.com.co](http://www.eltiempo.com.co), edición digital del 3 de marzo de 2002.
- FERNÁNDEZ QUIÑÓNEZ, DEMETRIO, *Derecho administrativo y ley uniforme de procedimientos administrativos*, Editorial Forum, 1993.

- FRIEDMAN, MILTON y ROSE, *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, Grijalbo Mondadori, 1ª edición 1998.
- FROYEN, RICHARD, *Macro economía, teorías y políticas*, MCGRAW HILL, 4ª edición, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la administración*, CIVITAS, 5ª edición ampliada, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Legislación delegada potestad reglamentaria y control judicial*, Monografías CIVITAS, 3ª edición, 1998.
- GIDDENS, ANTHONY, *La tercera vía*, Editorial Taurus, 1999.
- HERNÁNDEZ, JOSÉ GREGORIO; NARANJO MESA, VLADIMIRO y HOYOS DUQUE, RICARDO, *Sobre las comisiones de regulación de servicios públicos. Análisis de la sentencia C-1162/2000 de la Corte Constitucional*, ACOGEN, 2002.
- LLERAS DE LA FUENTE, CARLOS; ARENAS CAMPOS, CARLOS ADOLFO; CHARRY URUEÑA, JUAN MANUEL y HERNÁNDEZ BECERRA, AUGUSTO, *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*, Bogotá, 1992.
- MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*,. Universidad Carlos III de Madrid – *Boletín Oficial del Estado*, 1995.
- OCAMPO LÓPEZ, JAVIER, *Historia básica de Colombia*, Plaza y Janés Editores. 8ª edición, 2000.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO, *La economía en el derecho constitucional colombiano*, Editorial Derecho Vigente, 1999.
- PÉREZ ESCOBAR, JACOBO, *Derecho constitucional colombiano*, 5ª edición, Editorial TEMIS, 1997.
- RODRÍGUEZ, LIBARDO, *Derecho administrativo, general y colombiano*, TEMIS, duodécima edición, 2000.
- SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Universidad de Burgos, Cuadernos Civitas, 2000.
- SAMUELSON, PAUL y NORDHAUS, WILLIAM, *Economía*, décimocuarta edición. Ed. MCGRAW- HILL, 1993.
- SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO, *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- STIGLITZ, JOSEPH E, *El malestar de la globalización*, Editorial Taurus 2002.
- The world bank group – The international forum for utility regulation. *The Private Sector in Infrastructure. Strategy, Regulation, and Risk*, 1997.

- 
- Unión internacional de telecomunicaciones – UIT. Primer Coloquio de la UIT sobre reglamentación. La nueva función del Estado en una era de liberación, documento informativo: *Procesos y procedimientos de reglamentación de las telecomunicaciones*, Ginebra, Suiza 17 al 19 de febrero de 1993.
- Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, *Revista de derecho público*, “Diez años de la especialización en gestión pública e instituciones administrativas”, n° 11, junio de 2000.
- YOUNES MORENO, DIEGO, *Derecho constitucional colombiano*, 2ª edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

