

Las comisiones de regulación en Colombia. Anatomía de una institución

Regulation commissions in Colombian law. Anatomy of a government agency

JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI*

Resumen: La regulación en el derecho colombiano es un tema de capital importancia que ha venido ganándose un lugar primordial en el moderno derecho administrativo. Sin embargo, a pesar de que en ese sistema jurídico parece haberse acogido un concepto restringido, orgánico, de regulación económica, no muchos académicos se han ocupado de analizar las estructuras que se han encargado tradicionalmente de ejecutar esas actividades. Sin tomar partido por un concepto restrictivo de regulación, este estudio pretende demostrar las incoherencias y dificultades de la función de *regular* en el derecho colombiano, por su vinculación artificial a determinadas estructuras administrativas: las comisiones de regulación.

Palabras clave: regulación – comisiones de regulación – función administrativa – independencia y autonomía – entes reguladores – estructura del Estado

Abstract: Economic regulation as an administrative activity has become one of the quintessential subjects in modern Colombian administrative law. Despite the fact that Colombian law uses a fairly restrictive, organic, approach to economic regulation, few studies have analysed that connection between economic regulation and Government agencies. Without taking sides with that restrictive approach, this article tries to show the inconsistencies and difficulties to regulate properly in Colombian law, because of that connection between that administrative activity and those special agencies: the regulation commissions.

Key words: regulation – regulation commissions – administrative function – independence – autonomy – regulation agencies – public agencies

CONTENIDO: I. HACIA UN CONCEPTO ORGÁNICO DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA.– I.1. CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DE REGULACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO.– I.1.1. BREVE APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN ECONÓMICA COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COLOMBIANO Y SU RELACIÓN CON LA ESTRUCTURA DEL ESTADO.– I.1.2. CONCEPTO DE REGULACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.– I.2. REGULACIÓN COMO UNA ACTIVIDAD PROPIA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.–

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Titular de un Diplôme Supérieur d'Université (DSU) en Derecho Administrativo y Magister en Derecho Público Interno de la Universidad Paris II, Panthéon-Assas. Doctor en Derecho público por la Universidad Paris II, Panthéon-Assas. Docente Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Abogado consultor. El autor desea agradecer a Camilo Perdomo por sus valiosos aportes a partir de la lectura del borrador de este artículo. Correo electrónico: pimiento.julian@gmail.com

I.2.1. COMISIONES DE REGULACIÓN COMO EXPRESIÓN DE UN DETERMINADO MODELO DE ESTADO. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN COMO ÓRGANOS CREADOS PARA «REGULAR».- I.2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMPETENCIAS ATRIBUIDAS A LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.- II. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO.- II.1. ANATOMÍA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.- II.1.1. EN COLOMBIA NO SON UNA NUEVA CATEGORÍA DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALMENTE CREADOS PARA REGULAR.- II.1.2. INDEPENDENCIA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN COLOMBIANAS.- II.2. DEVENIR DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.- III. CONCLUSIONES.- IV. BIBLIOGRAFÍA.

La estructura del Estado colombiano no es un asunto que haya ocupado de manera constante e intensa la atención de los juristas colombianos, con notables excepciones en los escritos de algunos administrativistas (para una visión de conjunto del fenómeno, véase Rodríguez, 2014). Lo cierto, sin embargo, es que tal situación ha venido cambiando, pues el tema se encuentra en una auténtica ebullición: la aparición de los entes autónomos, la consolidación de las intervenciones en la economía a través de entes instrumentales por cuenta de las privatizaciones y la utilización indiscriminada de las *agencias* como una supuesta manera de modernizar el Estado.

Las comisiones de regulación, como categoría, ocupan un lugar primordial en el desarrollo de este fenómeno; no solo porque constituyen una expresión evidente de la transformación del Estado moderno, denominado por algunos Estado Regulador (Ariño, 2003, p. 330), sino porque son prueba de que la organización estructural del Estado, al menos del colombiano, obedece a su transformación y a la asunción de distintas actividades y funciones ligadas a la evolución de la sociedad. Es decir que, de manera general, cada actividad que deba ser ejecutada por el Estado y que sea distinta de las que se han venido ejecutando requiere de la creación de nuevas estructuras administrativas.

Ahora bien, aun cuando la regulación económica, en el derecho colombiano, ha sido objeto de abundantes estudios, principalmente desde el punto de vista propio a la actividad, resulta necesario, a nuestro parecer, analizar dicha actividad en conjunto con los órganos que se han creado para realizarla. Por ello, el objetivo de este artículo es desarrollar las relaciones que existen entre la actividad regulatoria y las comisiones de regulación, para lo cual se hará un acercamiento, en una primera parte, al concepto orgánico de actividad regulatoria, tal y como lo ha diseñado el sistema colombiano (sección I), para luego realizar un balance de las comisiones de regulación¹ (sección II).

¹ Se hará un análisis global de las comisiones de regulación que existen —o han existido— en Colombia, aun de las que no están funcionando actualmente. El estudio se pretende exhaustivo de

I. HACIA UN CONCEPTO ORGÁNICO DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA

Se ha explicado por la doctrina colombiana que el concepto de regulación es de difícil concreción y delimitación. Por nuestra parte, hemos afirmado que:

[...] no es fácil delimitar el concepto de regulación, esta afirmación no solo es válida para el derecho colombiano, sino que puede predicarse de la misma manera en el derecho comparado. La postura tradicional ha sido la de considerar que la regulación constituye una tipología nueva que se enmarca dentro de las modalidades de actuación del Estado. Así como hay una actividad de policía, una actividad de fomento o un servicio público, así habría una actividad regulatoria (Pimiento, 2013, p. 16).

En este escenario², se ha decantado en el derecho colombiano un concepto propio de la regulación (I.1.), fuertemente caracterizado por su vinculación con las comisiones de regulación (I.2.).

I.1. Construcción de un concepto de regulación en el derecho colombiano

La actividad regulatoria se puede analizar desde dos puntos de vista: por una parte, se debe estudiar —brevemente pues ha sido objeto de un buen número de estudios específicos— su originalidad en el marco de la evolución de las actividades que presta el Estado y, en particular, su intervención en la economía; por otra parte, se la puede analizar a partir de la evolución de las estructuras administrativas que soportan dicha actividad. Con el fin de entender el concepto de regulación en el derecho colombiano, se debe analizar, en primer lugar, la regulación económica como una actividad propia del Estado en la actualidad (I.1.1.), para luego decantar el concepto de regulación propio al derecho colombiano (I.1.2.).

esa categoría de entidades públicas, pero el análisis de cada una de ellas se remitirá a los aspectos relevantes para este estudio.

2 En este escrito se toma partido por el carácter autónomo de la función de regular. En palabras de Ramón Huapaya, «suele identificarse a la regulación, en un sentido amplísimo, con el poder de policía administrativo, o la actividad de ordenación y limitación de conductas de los agentes económicos, mientras que también, tradicionalmente, se identifica regulación con reglamentación de derechos. Sin embargo, estas visiones son algo limitadas, puesto que el poder de policía se enmarca en una perspectiva unilateral, de imposición, reglamentarista; mientras que, en cambio, la regulación va más allá de un sistema jerárquico de imposición de conductas, ya que también tiene otra faceta, enmarcada dentro de una lógica consensuada [...]» (2013, p. 573). Véase, también, Miranda & Márquez (2004). Resulta interesante, además, el acercamiento bifronte que adopta Camilo Perdomo, en el sentido de considerar que la regulación, en un sentido amplio, involucra no solo la garantía del buen funcionamiento del mercado con la efectividad de los derechos y, en un sentido estricto, la identifica con un conjunto de actividades tendientes a concretar sectorialmente dicha finalidad amplia (2014a); véase además Villegas (2010, pp. 511ss.).

1.1.1. Breve aproximación a la regulación económica como actividad administrativa en el derecho colombiano y su relación con la estructura del Estado

Las técnicas de intervención pública en la economía han cambiado a la par con el desarrollado del Estado. En el Estado liberal, el modelo económico impuso el abstencionismo como regla general (Santamaría Pastor, 1991, pp. 136ss.), bajo el entendido de la perfección del mercado económico para solucionar los problemas de la sociedad. Así, la administración debía limitar su actuación, por una parte, a la protección de los derechos de las personas cuando existieran distorsiones en las relaciones entre particulares (Rincón, 2004, capítulo 1) y, por otra parte, le correspondía limitar las libertades de los individuos en aras de garantizar el mantenimiento del orden público en sus modalidades de seguridad, tranquilidad y salubridad públicas, es decir, como expresión del poder de policía (Garrido Falla, 1953, p. 17).

En el transcurso del siglo XIX y bajo la presión de las revoluciones sociales, el Estado debió intervenir de manera activa en la economía, apareció, entre otros, el concepto de servicio público (Montaña, 2005, capítulo 2). La ausencia de iniciativa privada en determinados sectores económicos impulsó una intervención directa en el mercado mediante la creación de agentes económicos —empresas industriales y comerciales (aunque no necesariamente, pues se mantuvo el principio de la prestación privada de servicios mediante concesionario de la Administración, véase Santamaría Pastor, 1991, p. 170)—, cuya finalidad era suplir las necesidades de los ciudadanos que los particulares ya no podían cumplir o, más ampliamente, garantizar de manera general el bienestar mediante el funcionamiento económico del Estado (Celier, 1949, pp. 134-135; Pimiento, 2013, p. 17).

Sin embargo, con la consolidación de una economía de mercado en la mayoría de países, esa modalidad de intervención no solo dejó de ser necesaria, sino que se consideró una intrusión. Las pesadas estructuras estatales y el régimen jurídico de derecho público se percibieron como una ventaja indebida frente a las empresas privadas (a la par de la notoria expansión del *new public management*, que entronaba a la empresa privada como el modelo de gestión por excelencia, véase Perdomo, 2014b, pp. 31-32). Esto generó el retiro del operador estatal de grandes sectores (liberalización), en particular se empezó a considerar los servicios públicos como actividades económicas y se comenzó el proceso de privatización de las empresas públicas³. De esta manera, al

³ El reconocimiento de la regulación como modalidad de la actividad administrativa genera muchos debates en torno al fundamento de dichas competencias, puesto que ello implica el «replanteamiento del sustento democrático de algunas decisiones de no poca importancia, cuyo fundamento, antes que encontrarse en la representatividad popular de los hacedores de normas, hallaba origen en la capacidad técnica de los cuadros de estos entes, que la mayor parte de las veces no solo eran poco

liberalizar servicios, el Estado debió asumir un nuevo papel frente a las actividades en las cuales anteriormente tenía un puesto principal: el de regulador —en una interesante sentencia, la Corte Constitucional de Colombia (2003) desarrolló las diferentes modalidades que puede asumir la intervención del Estado en la economía—. El Estado, como lo afirma Chevallier, «se mantiene presente en la economía, pero como un “estratega”, y ya no como un “piloto”» (2004, p. 53; la traducción es mía)⁴.

Esta breve presentación de la evolución de la actividad administrativa frente a la actividad económica y de su reflejo en la estructura del Estado permite entender mejor las potestades públicas en la intervención de la economía que se derivan directamente desde los postulados constitucionales. Ahora bien, desde un punto de vista orgánico, se puede concluir que las transformaciones del Estado —políticas, pero principalmente económicas— motivaron la aparición de nuevas actividades estatales —la regulación— y de estructuras administrativas específicamente diseñadas para cumplir esas finalidades⁵.

1.1.2. Concepto de regulación en la jurisprudencia colombiana

La regulación es una de las expresiones que adopta, en la actualidad, la intervención del Estado en la economía. En particular, se puede afirmar que la Constitución Política de Colombia (1991) estableció un modelo económico específico: la economía social de mercado (Corte Constitucional de Colombia, 2010). En este contexto resulta claro, además, que se consagró un concepto concreto de servicios públicos reconocido por dicho cuerpo normativo. Así, según el artículo 365 de la Constitución Política, en primer lugar, «los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado»; en segundo lugar, le corresponde al *Estado* «asegurar su prestación eficiente» a los habitantes; en tercer lugar, le corresponde al legislador determinar el régimen de su prestación; en cuarto lugar, «podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares», pero, finalmente, «el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios». Sucede que, como lo afirmamos en algún momento, el reconocimiento de los servicios públicos como actividades económicas, «no solo no excluye sino que fundamenta la intervención

numerosos sino que se encontraban distanciados en términos jerárquicos del personal de apoyo al servicio de la entidad» (Gil Botero, 2009, p. 18).

4 En efecto, «la actividad prestacional ha sido sustituida en gran medida por una intervención administrativa que se limita a imponer obligaciones jurídicas a los actores presentes en el mercado» (Montero, 2014, p. 24).

5 No necesariamente las comisiones de regulación, a pesar de que dichos entes fueron creados exclusivamente con esa finalidad. Por ello, se puede afirmar, desde ya, que, orgánicamente, si todo lo que hacen las comisiones de regulación se puede calificar como el ejercicio de la actividad de regular, no solo ellas cumplen dicha función, pues, como se verá más adelante, tal alcance depende del concepto de regulación que se adopte. Por otra parte, aunque en la misma línea, tampoco se puede llegar a afirmar que solo exista regulación en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios.

del Estado para garantizar la eficiencia de la prestación del servicio y los derechos de los usuarios, mediante la limitación de la libertad económica de los operadores» (Pimiento, 2013, p. 23). Queda claro, entonces, que la propia Constitución remitió al legislador la determinación del régimen jurídico de los servicios públicos, pero limitó su libertad al establecer que al Estado le corresponde garantizar su prestación y que, en todo caso, la *regulación* constituye una actividad estatal circunscrita, por esa ley, al ámbito de los servicios públicos domiciliarios. Se puede pensar, sin embargo, en un concepto más amplio.

Definir la regulación es un ejercicio, por decir lo menos, difícil (a este respecto resulta interesante el ejercicio realizado por Suárez Tamayo, 2013; así como Campanelli, 2014; para una evolución del concepto, véase la interesante obra de Perdomo, 2014b). Existen factores diferenciales para su definición en la jurisprudencia de las Altas Cortes y en la doctrina. Desde la jurisprudencia, se ha visto la regulación como «una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales de nuestro Estado» (Corte Constitucional de Colombia, 2000), por ello la regulación debe abarcar asuntos que «no se pueden abandonar al libre juego del mercado» cuya finalidad es «promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado» (Corte Constitucional de Colombia, 2000)⁶. Es decir que, para la Corte Constitucional, «[l]a función de regulación de las actividades económicas por parte de las autoridades del Estado es una modalidad de la potestad de intervención del mismo en ellas, cuyo propósito general es lograr la efectividad de los fines sociales de aquel y corregir los defectos o imperfecciones del mercado» (Corte Constitucional de Colombia, 2005). A partir de estas definiciones jurisprudenciales se puede identificar tres elementos⁷ propios a la regulación económica, al menos en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios: *primero*, es una técnica de intervención estatal en la economía⁸; *segundo*, es una

6 Véase también, Corte Constitucional de Colombia (2003). En el mismo sentido, se puede afirmar que «[h]ablar de función reguladora del Estado supone que el sistema económico no puede llegar por sí mismo al equilibrio, que necesita de la mediación del Estado para lograrlo» (Chevallier, 2004, p. 57).

7 En dirección similar, «[l]a puesta en marcha de esta función supone la reunión de varias condiciones: una posición de exterioridad con respecto al juego económico; la capacidad de arbitrar los intereses presentes; una acción continua con el fin de establecer los ajustes necesarios» (Chevallier, 2004, p. 58).

8 En este sentido, son interesantes las reflexiones realizadas por la Corte Constitucional de Colombia: «El marco constitucional analizado evidencia que el alcance de la intervención del Estado, que es muy amplio, se extiende a todos los sectores de la economía y abarca fines que van desde la distribución equitativa de las oportunidades y la búsqueda de que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, hasta la promoción de la productividad y de la competitividad. La amplitud del ámbito sobre el que se extiende la

actividad técnicamente compleja; y, en consonancia con lo anterior, *tercero*, el carácter técnico de la actividad permite concebir a las comisiones de regulación como un ente instrumental creado con el único fin de ejecutarla (Gil Botero, 2009, p. 18)⁹.

En cuanto técnica de intervención del Estado en la economía, existe un consenso acerca de que su finalidad consiste en promover la libre concurrencia en un determinado sector de la actividad económica —en Colombia, principalmente en la prestación de los servicios públicos domiciliarios— con el fin de corregir los posibles defectos del mercado para garantizar así la protección de los usuarios de los servicios públicos. Por otra parte, no existe duda de que el fundamento mismo de las competencias que se le han encomendado a las comisiones de regulación es la existencia de «órdenes técnicos y operativos» (Consejo de Estado, 2000) en determinados ámbitos económicos¹⁰. Se ha llegado a afirmar, entonces, que «[s]in dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar» (Corte Constitucional de Colombia, 2003). Esto quiere decir, entonces, que además de ser una de las modalidades a través de las cuales el Estado interviene en la economía, la regulación es ante todo la expresión de una actividad de carácter técnico, cuya preparación y ejecución requiere de unos conocimientos especiales de la actividad que se está regulando (Pimiento, 2013, pp. 20ss.).

La doctrina es fuente de definiciones diferentes según el contenido de la actividad regulatoria o de la tipología de normas que se utilizan para ejecutarla¹¹. Para Jacques Chevallier, por ejemplo, «la regulación implica una nueva concepción del rol del Estado en la economía [...] la regulación recubre el conjunto de procesos mediante los cuales los sistemas complejos logran mantener su estado estacionario, preservando sus equilibrios esenciales, a pesar de las perturbaciones exteriores» (2004, p. 57). En Colombia, los autores que se han ocupado de la materia optaron por distintos acercamientos al mismo problema, Dussan

intervención del Estado en la economía, y la variedad de fines que persigue, hace necesario que este disponga de múltiples instrumentos, aplicables de diferentes maneras en los diversos sectores de la actividad económica» (2003).

9 En efecto, tal y como lo afirma la Corte Constitucional de Colombia, mediante la regulación «se normativiza una actividad o un servicio cuyo cumplimiento o prestación involucra la efectividad de derechos fundamentales, como sucede en el ámbito de la prestación de los servicios públicos. Por ello, en este último campo el legislador ha diseñado diversos órganos de regulación, a los que usualmente ha llamado “comisiones de regulación”» (2007).

10 Así, «el ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia, lo cual no significa que las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación carezcan de una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República» (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

11 En efecto, «una de las fuentes de la ambigüedad del término “regulación” viene de su origen, la noción que aparece inicialmente en Estados Unidos, incluye a la vez un instrumento —que se llamaría reglamento— y una política pública particular. En esta acepción final significa, en derecho público americano, el control de algunos operadores del mercado por parte del poder público» (du Marais, 2004, p. 482).

ha afirmado, por ejemplo, que dicho concepto representa «la acción del Estado en la economía mediante la fijación de reglas en sectores considerados indispensables para el bienestar general de la sociedad». Sánchez y Villegas, por su parte, han dicho que conforma «las normas generales y específicas impuestas por las agencias de regulación del Estado que interfieren directamente en el mecanismo de asignación del mercado, o indirectamente alterando las decisiones de oferta y demanda de los usuarios y de las empresas prestadoras de servicios» (todos ellos citados en Villegas, 2010, p. 513; véase también Villegas, 2007). Por su parte, Gil Botero ha llegado a señalar que se trata de una «técnica de intervención del Estado en un sector económico, orientada a evitar distorsiones en los mercados y de manera específica a garantizar la libre competencia» (2009, p. 10). En el caso colombiano resulta también interesante el análisis de Perdomo, para quien, ante la imposibilidad de una definición sustantiva, satisfactoria y comprensiva del sistema, se debe preferir la caracterización del concepto de regulación del siguiente modo:

[...] debe ser entendida como una actividad administrativa que corresponde a la función de intervención sobre la economía en cabeza del Estado contemporáneo, pero no con la finalidad de las tradicionales actividades de intervención (orden público e interés general), sino procurando, en un contexto de economía de mercado, la armonización de objetivos económicos con no económicos, en últimas, persiguiendo la realización y concreción de las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos mediante actividades con connotación económica (2014b, p. 79).

En sistemas jurídicos cercanos al colombiano, por ejemplo en Perú, la doctrina hace referencia a la búsqueda de una armonización entre el interés general, los propios de los productores y demandantes, y la legalidad (Huapaya, 2013, p. 575; véase también Perdomo, 2014a).

En nuestro criterio, ya lo hemos dicho, la regulación debe ser distinguida de las demás actividades del Estado. No consiste en la prestación de un servicio público, no es una actividad de fomento y tampoco debe identificarse con la actividad de la policía (Pimiento, 2013)¹². La regulación difiere de todas ellas tanto por sus mecanismos como por

¹² Tal y como, equivocadamente, se concluyó en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (2000). Se debe recordar, siguiendo a Gaspar Ariño, que «cuando se habla de "regulación" se hace referencia con frecuencia a dos ámbitos distintos, que conviene aclarar. Una es la regulación externa, que en España se ha solido llamar "policía administrativa", que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de esta ni predeterminar las decisiones empresariales. Otro tipo de regulación es la llamada regulación económica: esta afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla» (2003, p. 588).

sus finalidades. En este orden de ideas, la *regulación es una actividad administrativa que busca mantener o generar las condiciones para que un mercado determinado opere de la manera más adecuada, mediante la garantía de la libre competencia, la prestación eficiente de los servicios públicos, etcétera.*

131

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓNREGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

1.2. Regulación como una actividad propia de las comisiones de regulación

De lo dicho hasta este momento, se puede afirmar que la regulación económica, en tanto actividad administrativa, busca generar el beneficio social a través de la garantía de un adecuado funcionamiento del mercado. Es nuestra opinión, sin embargo, que a ese concepto funcional se le debe agregar un aspecto orgánico propio del derecho colombiano. En efecto, las comisiones de regulación son la expresión de un modelo de Estado, cuya finalidad es la de *regular* (I.2.1.), cuyas funciones, requieren en todo caso, de un análisis más específico (I.2.2.). Empero, debe quedar claro que, si bien la actividad de las comisiones de regulación se circunscribe a la regulación, no solo ellas lo pueden hacer, puesto que ello depende, en gran medida, del alcance que se le dé al concepto de regulación, como ya se ha dicho.

1.2.1. Comisiones de regulación como expresión de un determinado modelo de Estado. Las comisiones de regulación como órganos creados para «regular»

Se ha dicho que la evolución del Estado tiene una notable incidencia en las estructuras administrativas. En el caso colombiano, en un primer momento, en el Estado liberal, los órganos administrativos se reducían a Ministerios y Secretarías, en el entendido de que la función principal era la de ejecutar la ley mediante la expedición de reglamentos. En el Estado intervencionista, por otra parte, con la asunción de la función de prestar servicios públicos, fue necesario añadir estructuras técnicas, con personería jurídica, para la gestión de los distintos servicios públicos: los establecimientos públicos. Pero, ante la multiforme realidad de los servicios públicos, resultó imperativa la creación de otros órganos administrativos más adaptados a las necesidades económicas de la época: las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta¹³.

Ya en la última década del siglo pasado, en el marco de la tendencia mundial (García Llovet, 1993, p. 61), se identificó una nueva necesidad

13 La arquitectura del Estado colombiano se ha alejado por momentos de esa evolución, ello ocurrió, en particular, con la creación del Banco de la República y de la Superintendencia Bancaria. En realidad, se podría llegar a afirmar que la existencia de las superintendencias, como entes encargados de ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control de las actividades de los particularidades, es prueba de la originalidad del Estado colombiano con respecto a otros modelos estatales, en particular con respecto al francés (Montaña, 2015; véase también Rodríguez, 2014).

surgida a partir de la liberalización de los servicios públicos¹⁴, se ordenó la creación de las comisiones de regulación (para el origen de las comisiones de regulación, véase Polo, 2004, pp. 75ss.). En el caso colombiano, se trató de órganos encargados de regular el mercado de los servicios públicos en agua y saneamiento básico, energía eléctrica y gas y comunicaciones. El artículo 73 de la ley 142 de 1994 las definió a partir de sus funciones: «Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad».

De esta manera, ante la necesidad de intervenir en mercados liberalizados, otrora reservados a la actividad estatal para ser prestados por órganos del Estado como la prestación de los servicios públicos, se debió crear un ente que garantizara calidad, expansión, cobertura y acceso mediante el libre juego del mercado (Huapaya, 2013, p. 576). Si bien al Estado no se le prohibió participar en la prestación de los servicios públicos, sí se le sometió a las reglas del mercado y a regímenes de igualdad con respecto a los particulares.

1.2.2. Naturaleza jurídica de las competencias atribuidas a las comisiones de regulación

El debate que se produjo en torno a la naturaleza de las funciones de las comisiones de regulación en el derecho colombiano culminó con una respuesta general que, en nuestro criterio, no resulta satisfactoria. En su primera jurisprudencia, la Corte Constitucional afirmó que las funciones de dichos entes provenían de las asignadas directamente al presidente de la República en el artículo 370 constitucional, es decir que se trató de una delegación presidencial. En efecto, «la simple lectura del artículo 370 de la Carta, que es literalmente reproducido por la norma impugnada, muestra que esas atribuciones son eminentemente presidenciales, teniendo en cuenta que han sido colocadas en cabeza del primer mandatario» (1998a; 1998b; véanse también Corte constitucional de Colombia, 2009; Castaño, 2009). A la misma conclusión llegó el Consejo de Estado (1997), al considerar que la regulación es una clara expresión más del poder reglamentario —sustentada en el artículo 189 constitucional— que el constituyente primario radicó en cabeza del presidente. De manera subsiguiente, la Corte Constitucional y el Consejo

¹⁴ En Colombia la cronología es clara: la Constitución Política de 1991 le otorgó al legislador la competencia de determinar el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios; en 1994, el legislador hizo uso de esa facultad mediante la ley 142 en la que se crearon las comisiones de regulación.

de Estado variaron su postura y llegaron a permitir que dicha potestad pudiera ser atribuida por autorización legal (Corte Constitucional de Colombia, 2001)¹⁵.

Ahora bien, en cuanto a las modalidades que adquiere la regulación en el derecho colombiano, resulta claro que dicha actividad no se restringe a la producción de reglamentos, puesto que «admite muchas formas que responden a las particulares y especificidades del sector económico llamado a ser regulado, que determinan diversas manifestaciones de esta actividad estatal» (Corte Constitucional de Colombia, 2007)¹⁶. Entre ellas se encuentra la posibilidad de adoptar normas, ciertamente, pero también las de recopilar información, resolver conflictos, emitir conceptos o recomendaciones, definir las tarifas, proteger los derechos y, en algunos casos muy precisos, sancionar. Se puede, entonces, concluir que la regulación se caracteriza por poseer una autonomía especial derivada de las especificidades de la actividad regulada¹⁷.

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓN
REGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

II. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

Como se ha venido afirmando, en el derecho colombiano el concepto de regulación parece encontrarse íntimamente ligado al de los entes

15 En el mismo sentido, se puede encontrar la siguiente sentencia de la Corte Constitucional: «No obstante, la sujeción de la intervención estatal en la economía a la ley no implica que el legislador tenga una competencia exclusiva en este campo. Por el contrario, la Constitución dispone que otros órganos podrán, de acuerdo con el mandato de la ley y dentro de los parámetros que esta señale, intervenir en determinadas actividades» (2003). Véase también Consejo de Estado (2008).

16 De la misma manera, se ha afirmado que «[d]adas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia» (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

17 Sobre la naturaleza de dichos actos administrativos de carácter general, parece razonable la postura de Gil Botero, según la cual, se trataría de «unos reglamentos distintos de los decretos reglamentarios, que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se encuentran ubicados por debajo de las leyes y los decretos reglamentarios que expida el presidente de la República y cuyo sustento normativo puede provenir de mandatos legales o de la delegación que el presidente de la República haga de las funciones que le fueron atribuidas en el artículo 370» (2009, p. 17).

u órganos administrativos que han sido creados para ejecutar dicha regulación (este concepto orgánico de regulación se puede encontrar, también, en Araque, 2010; aunque es vivamente criticada, entre otros, por Aníbal Zárate Pérez y por Camilo Perdomo, en particular, este último en 2014b). Vale la pena, entonces, interrogarse acerca de las comisiones de regulación como estructuras administrativas con el fin de determinar si cumplen, orgánicamente, con los requisitos necesarios para llevar a cabo adecuadamente la función de regular (II.1.), para luego analizar los vectores de reforma que se presentan en la actualidad en el derecho colombiano (II.2.).

II.1. Anatomía de las comisiones de regulación

Las comisiones de regulación en el derecho colombiano se construyeron a partir de estructuras administrativas preexistentes (II.1.1.), de las cuales no puede predicarse fácilmente que sean autónomas e independientes respecto del poder central (II.1.2.).

II.1.1. En Colombia no son una nueva categoría de órganos administrativos especialmente creados para *regular*

Si bien es cierto que la denominación de las comisiones de regulación es nueva en el ordenamiento jurídico colombiano, propia de la ley 142 de 1994, no es menos cierto que la categoría de estructura administrativa que adoptaron ya era conocida en el sistema nacional. En efecto, la misma ley 142 de 1994, en su artículo 69, determinó la naturaleza jurídica de las comisiones de regulación que creó, pues las identificó como Unidades Administrativas Especiales y las dotó de independencia administrativa, técnica y financiera.

La historia de las Unidades Administrativas Especiales es particularmente interesante (Sarria, 2015). Su nacimiento se remonta a la reforma administrativa de 1968, en la que el Gobierno nacional se vio abocado a crear un órgano administrativo «para la más adecuada atención de ciertos programas propios ordinarios de un ministerio o departamento administrativo, pero que por su naturaleza, o por el origen de los recursos que utilicen, no deban estar sometidos al régimen administrativo ordinario» (Presidencia de la República, 1968, artículo 1). Se optó, entonces, por crear una categoría de órganos a la que el Gobierno nacional pudiese acudir según las necesidades del momento y para cuestiones muy concretas. Se trata de una categoría que sirve para crear entidades públicas a la medida o, como lo denominó la doctrina, una categoría *cascarón*. Es muy revelador el hecho de que entidades tan disímiles como la Aeronáutica Civil y la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales se hayan creado como expresión de esta categoría.

El hecho de que las comisiones de regulación hayan sido catalogadas como Unidades Administrativas Especiales tiene considerables consecuencias: *primero*, forman parte de la estructura del Estado; no solo eso, sino que, *segundo*, pertenecen a la rama ejecutiva del poder público; *tercero*, en el caso de las comisiones de regulación, al carecer de personalidad jurídica, forman parte del sector central; por lo tanto, *cuarto*, están, en teoría, sometidas a control jerárquico por parte del Gobierno nacional; sin embargo, *quinto*, la determinación de su régimen jurídico se encuentra en el acto de su creación, en el que se le puede otorgar mayor autonomía e independencia frente al Gobierno.

II.1.2. Independencia de las comisiones de regulación colombianas

La especificidad de la actividad encomendada obligó a dotar dichos órganos de una ingeniería distinta a la utilizada tradicionalmente¹⁸. Debía tratarse de entidades administrativas altamente especializadas, conformadas por funcionarios con perfil técnico, ajenos a los ambages de la coyuntura política. Es decir, debían ser autónomas e independientes (Laverde, 2014). Al ser autoridades administrativas, se encuentran inmersas en la estructura administrativa del Estado, su independencia es garantizada por el período de permanencia de sus miembros en el cargo y por el carácter técnico de quienes la componen (Pimiento, 2013, p. 29).

Para efectos pedagógicos y con la finalidad de analizar la independencia de las comisiones de regulación, se incluye, a continuación en una serie de cuadros, la información relevante de cada una de ellas —las que existen en la actualidad, las que desaparecieron y las creadas pero que no han entrado en funcionamiento—.

135

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓNREGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

18 Para Jacques Chevallier, «[l]a regulación se distingue de los modos clásicos de intervención del Estado en la economía: consiste en la supervisión del juego económico, estableciendo ciertas reglas e interviniendo de manera permanente para amortizar las tensiones, resolver los conflictos, asegurar el mantenimiento de un equilibrio general; mediante la regulación, el Estado no es un actor sino un árbitro del juego económico, limitándose a establecer las reglas de los operadores y esforzándose por armonizar sus acciones» (2004, p. 58).

Tabla 1

a. Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)

Composición	Organización interna	Requisitos de elección	Análisis funcional	Análisis financiero
<p>2 miembros del Gobierno nacional:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (no se puede sesionar sin su presencia). – Director de Planeación Nacional. <p>3 miembros expertos:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Nombrados por el presidente. – no sometidos al régimen de carrera. <p>1 miembro con voz sin voto:</p> <p>Superintendente de Servicios Públicos.</p>	<p>4 años reelegibles (periodos personales). Retiro solo por renuncia aceptada o muerte. Sometidos a control disciplinario. Reglamento interno aprobado por el Gobierno.</p>	<p>Miembros nombrados por el presidente de la República. Deben acreditar una experiencia mínima de 8 años en el sector.</p>	<p>Unidad Administrativa Especial (<i>sin personería jurídica</i>, pero autonomía administrativa, financiera y técnica) adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La norma de creación habla de independencia. Funciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Promover la competencia. – Evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones. – Regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo – Puede regular precios si no hay suficiente competencia. <p>La ley 1753 (Congreso de la República de Colombia, 2015) modificó el veto del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Puede sesionar sin el ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. – La Presidencia puede ser ejercida por cualquier miembro. – Se sesiona con mayoría simple. 	<p>La financiación proviene de los proveedores bajo la forma de una contribución anual hasta del uno por mil (0,1%), de sus ingresos brutos por la provisión de sus redes y servicios de telecomunicaciones, excluyendo terminales.</p>

Tabla 2

b. Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible (CREG)

Composición	Organización interna	Requisitos de elección	Análisis funcional	Análisis financiero
<p>3 miembros del Gobierno nacional:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Ministro de Minas y Energía. – Ministerio de Hacienda. – Director de Planeación Nacional. <p>5 miembros expertos:</p> <ul style="list-style-type: none"> – nombrados por el presidente. – no sometidos al régimen de carrera. <p>1 miembro con voz sin voto: Superintendente de Servicios Públicos.</p>	<p>4 años reelegibles (períodos personales).</p> <p>Retiro solo por renuncia aceptada o muerte.</p> <p>Sometidos a control disciplinario.</p> <p>Reglamento interno aprobado por el Gobierno nacional.</p>	<p>Los miembros son nombrados por el presidente de la República.</p> <p>Experiencia mínima de 6 años en el sector.</p> <p>Calidad y remuneración fijada por el Gobierno nacional.</p>	<p>Unidad Administrativa Especial (sin personería jurídica, pero autonomía administrativa, financiera y técnica) adscrita al Ministerio de Minas y Energía.</p> <p>Funciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Regular monopolios cuando no pueda haber competencia. – Promover la competencia en los demás casos. – Regulación económica de la cadena de combustibles líquidos. 	<p>La financiación proviene de una contribución no superior al 1% de los gastos de funcionamiento sin gastos operativos, compras de electricidad, compras de combustibles y peajes, entre otros.</p>

137

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓN

REGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

Tabla 3
c. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA)

Composición	Organización interna	Requisitos de elección	Análisis funcional	Análisis financiero
<p>4 miembros del Gobierno nacional:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio (Presidente/desempate). – Ministro de Salud y Protección Social. – Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible – Director de Planeación Nacional. <p>4 miembros expertos:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Nombrados por el Presidente. – No sometidos al régimen de carrera. <p>1 miembro con voz sin voto: Superintendente de Servicios Públicos.</p>	<p>4 años reelegibles (períodos personales). Retiro solo por renuncia aceptada o muerte. Sometidos a control disciplinario. Reglamento interno aprobado por el Gobierno nacional.</p>	<p>Los miembros son nombrados por el Presidente de la República. Deben acreditar una experiencia mínima de 10 años en el sector.</p>	<p>Unidad Administrativa Especial (sin personería jurídica, pero autonomía administrativa, financiera y técnica) adscrita al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. Diseño y definición del marco de regulación de los servicios de transporte y de infraestructura para</p> <ul style="list-style-type: none"> – Fomentar eficiencia. – Promover la competencia. – Controlar monopolios. – Evitar abuso de posición dominante. <p>No fija todas las tarifas.</p>	<p>Las contribuciones especiales que hagan las entidades reguladas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 85 de la ley 142 de 1994. Los ingresos provenientes de sus publicaciones, cuando hubiere lugar a ello. Los rendimientos financieros.</p>

Tabla 4

d. Comisión de Regulación de Seguridad Social en Salud (CRES) (suprimida en 2012)

Composición	Organización interna	Requisitos de elección	Análisis funcional	Análisis financiero
<p>2 miembros del Gobierno nacional:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Ministro de Hacienda. – Ministro de Hacienda. <p>5 miembros expertos:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Nombrados por el Presidente (pero de temas enviadas por los agentes del sector). – No sometidos al régimen de carrera. <p>1 miembro con voz sin voto: Superintendente de Salud.</p>	<p>3 años reelegibles (períodos personales). Régimen de inhabilidades propio. Sometidos a control disciplinario. Reglamento interno aprobado por el Gobierno nacional.</p>	<p>Los miembros eran nombrados por el Presidente de la República. Experiencia mínima de 10 años en el sector. Concurso público</p>	<p>Unidad Administrativa Especial (con personalidad jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial) adscrita al Ministerio de Salud.</p> <p>Funciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Definir y modificar el Plan Obligatorio de Salud. – Definir y revisar el listado de medicamentos esenciales y genéricos. – Definir el valor de la Unidad de pago por capitación (UPC). – Definir los criterios para establecer los pagos moderadores. – Reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad. <p>Las decisiones deben consultar el equilibrio financiero del sistema.</p>	<p>Recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA)</p>

139

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓN

REGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

Tabla 5

e. Comisión de Regulación de la Infraestructura y Transporte (CRIT) (no se ha puesto en marcha)

Composición	Organización interna	Requisitos de elección	Análisis funcional	Análisis financiero
<p>2 miembros del Gobierno nacional:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Ministro de Transporte. – Director de Planeación Nacional. <p>3 miembros expertos:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Nombrados por el Presidente. – Periodos fijos de 4 años. – No sometidos al régimen de carrera. <p>2 miembros con voz sin voto:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Director de la Unidad de Planeación de Infraestructura de Transporte. – Superintendente de Puertos y Transporte. 	<p>4 años reelegibles. Inhabilidad de 2 años con posterioridad al ejercicio.</p>	<p>Los miembros son nombrados por el Presidente de la República. Experiencia mínima de 10 años en el sector.</p>	<p>Unidad Administrativa Especial (con personería jurídica, pero autonomía administrativa, financiera y técnica) adscrita al Ministerio de Transporte.</p> <p>Diseño y definición del marco de regulación de los servicios de transporte y de infraestructura, para.</p> <ul style="list-style-type: none"> – Fomentar la eficiencia. – Promover la competencia. – Controlar los monopolios. – Evitar abuso de posición dominante. <p>No fija todas las tarifas.</p> <p>Más enfocada en regular transporte que infraestructura.</p> <p>Fijación de tarifas de acceso a la infraestructura.</p> <p>Solución de conflictos.</p>	<p>Presupuesto General de la Nación.</p> <p>Recursos propios.</p>

141

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓNREGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

Se puede extraer algunas conclusiones acerca de la independencia de las comisiones de regulación en el derecho colombiano. En primer lugar, se evidencia la importante presencia de miembros del Gobierno nacional tanto directamente en la composición, como en el proceso de selección de los expertos. Desde el punto de vista de la representación del Gobierno nacional, resulta interesante, aunque no por ello deseable, que la regla general sea que dos de los miembros sean ministros de Estado y/o directores de Departamento Administrativo. Por otra parte, se le permite a otro representante del Gobierno participar con voz, pero sin voto (el Superintendente encargado de ejercer las funciones de policía administrativa de la actividad en cuestión). Desde el punto de vista de la intervención en el proceso de selección de los expertos comisionados, también es interesante notar que son nombrados directamente por el presidente de la República y solo en el caso de la extinta CRES los candidatos provenían de las sociedades científicas y de los organismos representantes del sector regulado, es decir, eran representantes suyos. Por ello, es posible dudar de la independencia personal de las comisiones de regulación en el sistema colombiano.

En segundo lugar, su organización o funcionamiento interno no genera mucha discusión, excepto por el hecho de que se trata de períodos relativamente cortos (tres o cuatro años), con la posibilidad de reelección, lo que, a nuestro juicio, puede generar algún sometimiento a las directivas del Gobierno nacional. Otro aspecto relevante es que, en la mayoría de las comisiones de regulación —excepto en la CRC—, al ministro titular de la cartera a la cual se encuentra adscrita la entidad se le ha encomendado la presidencia de la comisión, otorgándosele la posibilidad de vetar las decisiones o, en algunos casos, de servir de voto de desempate. Además, le corresponde al Gobierno nacional aprobar el reglamento propio a la corporación. Por otra parte, el presidente de la República no puede destituir a los comisionados, pero no forman parte del régimen general de la carrera administrativa (son interesantes, a este respecto, las conclusiones acerca de las reformas estructurales que requieren las comisiones de regulación para lograr una regulación más técnica a las que arriba Suárez Tamayo, 2013). En este aspecto de la independencia funcional, las comisiones de regulación en Colombia solo cumplen parcialmente los estándares correspondientes.

En tercer lugar, en lo atinente al análisis funcional de las distintas comisiones de regulación, es posible afirmar que el hecho de que, para la primera jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, el origen de las funciones de las comisiones de regulación lo constituyera exclusivamente una delegación presidencial podría considerarse como contrario a la independencia¹⁹. Sin embargo y a pesar de que, tal y como

19 En efecto, esta circunstancia permite concluir que la autonomía de las comisiones de regulación «no [su] independencia se encuentra por definición legal claramente limitada» (Laverde, 2014, p. 627).

lo demostramos en su momento, las Altas Cortes cambiaron de opinión al respecto para permitir la posibilidad de atribuciones funcionales provenientes directamente del legislador, no es menos cierto que las principales tareas que se les han encomendado son aquellas que supuestamente vienen del presidente de la República y que él podría asumir en cualquier momento y despojar a las comisiones de regulación. En nuestro criterio, aun cuando es cierto que la función de regular puede ser propia de autoridades de la rama ejecutiva, no son funciones atribuidas al presidente, en la medida en que, justamente, su aparición tiene que ver con la tecnificación de la regulación como garantía de la separación entre la política y la intervención estatal en determinados sectores económicos. Dicha tecnificación pretende asegurar el buen funcionamiento del mercado, razón por la cual es necesario cambiar de enfoque y darle autonomía a la función regulatoria como una actividad propia de las comisiones de regulación y distinta de las del sector central de la rama ejecutiva²⁰.

Por otra parte, parece relevante destacar el hecho de que, en Colombia, existe una división entre las facultades de regulación propiamente dichas —producción de normas— y las de sanción en caso de incumplimiento, reservándose las estas últimas a las superintendencias. Este desdoblamiento de funciones resulta interesante, pues permite preguntarse por el carácter regulatorio, en el derecho colombiano, de la potestad sancionadora a los agentes del mercado. Así, se podría concluir, por una parte, que el conjunto de esas funciones —regulatorias y sancionatorias— constituye la regulación en sentido funcional, pero, si se defiende, como entendemos que hace el ordenamiento colombiano, un concepto orgánico de regulación, sería necesario excluir las sanciones de esa función, en la medida en que no fueron atribuidas a las comisiones de regulación. En cualquier caso, la duplicidad de órganos no parece ser adecuada para la finalidad de una intervención técnica e independiente en el mercado, alejada de los avatares de la política. Por ello, sería deseable que se le atribuyera, a los órganos regulatorios, las competencias que en los sectores regulados tienen las superintendencias. Esto permitiría unificar las técnicas de intervención del Estado en la economía en una sola entidad pública, la cual debería gozar de una mayor autonomía e independencia que aquella que ostentan las superintendencias frente al poder político. A similar conclusión se puede llegar con respecto a la gestión de las infraestructuras que le sirven de soporte a los mercados regulados. No parece tener mucho sentido que exista una Agencia Nacional del Espectro —encargada de otorgar las concesiones de espectro radioeléctrico—, una agencia (la Autoridad Nacional de

²⁰ La visión aligerada de las funciones de las comisiones de regulación impulsada por la Corte Constitucional ha impedido que se generen «las controversias constitucionales que han tenido lugar en otros sistemas jurídicos, como en los Estados Unidos y Francia» (Vidal Perdomo, 2000). Véase también Barrera Carbonell, 2000.

Televisión), una superintendencia (la Superintendencia de Industria y Comercio), y una comisión de regulación (la Comisión de Regulación de Comunicaciones) actuando simultáneamente, aunque cada una con funciones propias, en el mismo sector.

A la luz de lo dicho hasta ahora, resulta pertinente cuestionar en qué medida las Comisiones de regulación poseen un carácter *independiente* en el derecho colombiano. El profesor Aníbal Zárate Pérez considera que la independencia, como requisito de los entes reguladores, se refiere a un conjunto de condiciones que, según diversos grados, son indicativas de la existencia de esa característica en los órganos administrativos (a pesar de enfocarse en los entes reguladores de la competencia, las reflexiones son plenamente aplicables a las comisiones de regulación, véase Zárate Pérez, 2011). En este sentido existirían cuatro grados de independencia según su mayor o menor relación y al respecto se concluye que «en su acepción amplia, la independencia es una noción abstracta susceptible de calificar diversos grados de libertad en el ejercicio de una función y de garantías estatutarias acordadas a las autoridades administrativas. Si se admite que esos dos elementos son indisolubles, es posible esperar que a un mayor grado de libertad en el ejercicio de la función, corresponda mayores garantías estatutarias» (Zárate Pérez, 2011, p. 43). Desde esta perspectiva, que consideramos adecuada para analizar el grado de independencia de los entes reguladores, queda claro que, en su mayoría, las comisiones de regulación se ubican en los grados más bajos de independencia, a pesar de la importancia de dicha característica para el ejercicio de la función de *regular* los mercados económicos.

II.2. Devenir de las comisiones de regulación

El modelo regulatorio colombiano, por comisiones de regulación, parece entrar en una etapa de transformación que obedece a razones diversas y disímiles. Unas obedecen a la transformación de la estructura del Estado impulsada recientemente por el Gobierno nacional; otras, a la intención de apertura del modelo regulatorio a mercados distintos de los tradicionales servicios públicos domiciliarios. Frente a la transformación de la estructura del Estado colombiano, desde 2011, el Gobierno nacional se embarcó en una reforma que pretendía, como todas las anteriores, modernizar el Estado colombiano y cambiar profundamente las costumbres. Sin embargo, lo que se logró fue una reestructuración apenas cosmética con el cambio en la denominación de algunas entidades (Laverde, 2014, p. 618)²¹. Lo cierto, sin embargo, es que el Gobierno nacional escogió un cambio de denominación, desde

21 Resultan contundentes las conclusiones de Consuelo Sarria al respecto: «en el derecho colombiano [las agencias] no responden a unas características genéricas que las identifiquen y diferencien, ni tienen establecidas unas normas generales en relación con su naturaleza, su estructura, el régimen jurídico aplicable y su funcionamiento» (2015, p. 246).

ese momento se trataría de *agencias* sin modificar realmente el régimen jurídico de las estructuras administrativas que sirven para tal efecto²².

Así, aun cuando las *agencias* no están llamadas a reemplazar a las comisiones de regulación, sí parece que, en algunos casos, como se anotó, se superponen. En el sistema colombiano existen diversas entidades que intervienen simultáneamente en diferentes mercados con la excusa de que se trata de competencias distintas. Lo que se evidencia es un coro de voces discordantes que no permiten garantizar una adecuada regulación de la actividad económica. Ello no quiere decir que las *agencias* hayan sido un fracaso, por el contrario, en muchos casos —principalmente los relativos al otorgamiento de diferentes tipos de licencias—. Sin embargo, sí es relevante resaltar la presencia de múltiples autoridades administrativas que tienden a *regular* en conjunto amplios sectores de la economía.

En cuanto a la apertura del modelo regulatorio por comisiones de regulación a sectores económicos distintos de los servicios públicos domiciliarios, resulta pertinente anotar, por una parte, el fracaso de la CRES. Esta comisión estaba encargada de regular, entre muchos otros aspectos, los relativos a la UPC a pagársele a las entidades prestadoras del servicio de salud, así como de determinar los medicamentos y procedimientos que se incluyen en el Plan Obligatorio de Salud. A pesar de que se la dotó de una importante autonomía respecto del poder central, al menos desde el punto de vista funcional y financiero, no cumplió los objetivos para los cuales fue creada, en buena medida debido a la pobre selección de la mayoría de sus miembros y a la falta de conocimiento —solo se nombró un profesional de la salud— que, en general, tenían del sistema de salud. Esto llevó a su liquidación en el año 2012.

Por otra parte, parece interesante la creación de la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte —CRIT (Ministerio de Transporte, 2014)—, encargada, entre otros, de definir los mercados de infraestructura y de transporte, pero, además, de regularlos con el fin de «[p]romover la competencia para evitar los monopolios y los abusos de la posición dominante en el acceso y uso de la infraestructura de transporte y en la prestación de los servicios de transporte». Aunque el fin es loable, se pueden formular los siguientes reparos: *primero*, la creación de la CRIT es de dudosa constitucionalidad, pues fue creada

²² Vale la pena señalar, a este respecto, como lo hace Alberto Montaña, que no todas las *agencias* creadas en ese momento adoptaron la forma de Unidades Administrativas Especiales. Las que no lo hicieron, «no se identifican con ninguna estructura administrativa precisa tradicional, y por ende deberían entenderse como una nueva» (2015, p. 29). Se puede concluir, igualmente siguiendo al profesor Montaña, que «es difícil entender qué pretendieron el legislador, primero, y luego principalmente el gobierno nacional, con la incorporación de *agencias* a la organización colombiana de la administración pública del orden nacional» (p. 41).

por decreto presidencial y no por ley como debería ocurrir en estos casos²³; *segundo*, a pesar de haber sido creada hace casi 2 años, no se ha puesto en funcionamiento; *tercero*, aun cuando se la haya dotado de personalidad jurídica, su financiación proviene estrictamente de recursos públicos, principalmente del Presupuesto General de la Nación, lo que le quita independencia frente al Gobierno central; *cuarto*, se excluyó el transporte aéreo del alcance de la regulación de la CRIT; *quinto*, tiene más competencias para regular el contrato de transporte —que entra dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad propia a los agentes del mercado— que el acceso a la infraestructura, como debería haberse diseñado. En esta línea de pensamiento, se puede resaltar la dificultad inherente al derecho colombiano para utilizar las comisiones de regulación como órganos regulatorios por fuera del esquema de la ley 142 de 1994, es decir, para servicios públicos no domiciliarios o para sectores económicos ajenos a esa lógica.

145

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓNREGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

III. CONCLUSIONES

Queda claro que la idea fundamental que se esconde detrás de la función de regular es la evidente insuficiencia de los instrumentos tradicionales de intervención del Estado en la economía —entre ellos, los órganos administrativos tradicionalmente dedicados a ello—, esto expresa la voluntad estatal de garantizar el buen funcionamiento de los mercados. En Colombia, al parecer, se acogió un concepto orgánico de regulación de los servicios públicos que, sin embargo, resulta incompleto en la medida en que se excluyó de dicha noción la función de sancionar el incumplimiento de las normas proferidas para tal fin. En este sentido, queda expuesta la dificultad de restringir el concepto de regulación a la simple producción normativa, dejando de lado otras funciones que resultan necesarias para garantizar, técnicamente, el buen funcionamiento de la libre concurrencia en los mercados regulados —observaciones, advertencias, funciones cuasijudiciales, etcétera—. Por ello, se propone un acercamiento más amplio al concepto en cuestión, tal y como se analizó en la primera parte de este documento, para que se incluyan, dentro del abanico de funciones que le han sido atribuidas a las comisiones de regulación, funciones omnicomprendivas en el ámbito de la actividad económica en la cual actúan. Así, se podría pensar en calificar la resolución de conflictos como una actividad jurisdiccional —con las implicaciones que ello tiene cuando es ejercida

23 En efecto, «cuando el Gobierno necesite crear una entidad administrativa, requerirá de ley o, al menos, de una "autorización de esta". Obviamente, se trata de una autorización que tiene origen en el órgano Legislativo, que la expide, y que está dirigida al órgano Ejecutivo del poder público, quien la recibe. Sería enteramente contrario al orden constitucional suponer que la ley puede otorgar dicha autorización, para crear entes públicos constitutivos de la Rama Ejecutiva, a una autoridad ajena al Ejecutivo nacional o, peor, aun, a personas privadas» (Consejo de Estado, 2011). Véase Laverde, 2014.

por una autoridad administrativa—, pero también ampliar y tecnificar las funciones sancionatorias, como medidas para corregir los defectos del mercado. De la misma manera, se debe abandonar definitivamente el concepto de una función regulatoria derivada o delegada del Gobierno nacional.

Por otra parte, en el sistema colombiano, a pesar de las buenas intenciones, no es fácil tomar partido por una verdadera autonomía de los entes reguladores²⁴. Al contrario, la importante intervención del Gobierno nacional en la estructura interna de las comisiones de regulación es prueba de la ausencia de mecanismos de intervención en los mercados que sean realmente autónomos, a lo que se agrega la innecesaria calificación del grueso de sus funciones como derivadas de una delegación presidencial y de la posibilidad que tienen en algunas de ellas de vetar las decisiones de la comisión. Todos estos son indicadores de la necesaria reingeniería a la que deben someterse dichas comisiones para cumplir los postulados teóricos de una adecuada regulación económica. Es decir, es importante apartarse de lo que, en la doctrina, se ha denominado las agencias independientes *a la colombiana* (Uprimny, 2006, p. 239). No todo es negativo, sin embargo. Se puede afirmar que algunas comisiones de regulación, como la CRC²⁵, no solo han operado adecuadamente, sino que son respetadas en los sectores que regulan como órganos que cumplen a cabalidad la función que les ha sido encomendada. En todo caso, se debe dotar las comisiones de mayor independencia y autonomía, lo cual solo se podrá lograr si se desvinculan del sector central de manera real y completa.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Araque, Lucas (2010). La constitucionalidad de la regulación y las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios. *Diálogos de Derecho y Política*, 4.

Ariño, Gaspar (2003). *Principios de derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Barrera Carbonell, Antonio (2000). Regulación en servicios públicos. *Revista de Derecho Público*, 11, 19-26.

Campanelli, María José (2014). La construcción de un concepto llamado regulación. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, 257-268.

²⁴ Vale la pena resaltar, en todo caso, que no es suficiente tener un ente regulador autónomo o independiente y unas funciones definidas, puesto que ello no necesariamente garantiza una adecuada calidad regulatoria, como lo muestra Bernardo Carvajal (2013).

²⁵ Aun cuando la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) presentó a la CRC un conjunto de reformas estructurales aconsejadas, entre las que se cuenta la unificación de las competencias normativas y sancionatorias en el mismo órgano (Espitia, 2014).

Carvajal, Bernardo (2013). ¿Cómo asegurar calidad regulatoria?. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 9, 41-62.

Castaño Daniel (2009). La función de regulación como mecanismo de intervención del Estado en la economía en materia de servicios públicos. Comentarios a la sentencia T-058 de 2009. *Revista Derecho del Estado*, 23, 221-230.

Celier, Charles (1949). *Droit public et vie économique*. París: Presses universitaires de France.

Chevallier, Jacques (2004). *L'État post-moderne*. Segunda edición. París: LGDJ. Existe una traducción al español realizada por Oswaldo Pérez, *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011.

Congreso de la República de Colombia (1994). Ley 142 de 1994. *Diario Oficial*, 41433 (11 de julio).

Congreso de la República de Colombia (2015). Ley 1753 de 2015 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 «Todos por un nuevo país». *Diario Oficial*, 49538 (9 de junio).

Consejo de Estado de la República de Colombia (1997). Sentencia. Sección tercera, número de proceso 11857. 25 de setiembre.

Consejo de Estado de la República de Colombia (2000). Sentencia. Sección tercera, número de proceso 11744. 13 de julio.

Consejo de Estado de la República de Colombia (2008). Sentencia. Sección tercera, número de proceso 20409. 5 de marzo

Consejo de Estado de la República de Colombia (2011). Concepto. Sala de Consulta y Servicio Civil, número de proceso 2025. 8 de setiembre.

Constitución Política de Colombia (1991).

Corte Constitucional de Colombia (1998a). Sentencia C-272/98. Expediente D-1880. 3 de junio.

Corte Constitucional de Colombia (1998b). Sentencia C-444/98. Expediente D-1947. 26 de agosto.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia C-1162/00. Expediente D-2863. 6 de setiembre.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-170/01. Expediente D-3084. 14 de febrero.

Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia C-150/03. Expediente D-4194. 25 de febrero.

Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-1120/05. Expediente 5754. 1 de noviembre.

Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-955/07. Expedientes D-6842 y otro. 14 de noviembre.

Corte Constitucional de Colombia (2009). ,Sentencia T-059/09. Expediente 2081295. 2 de febrero.

Corte Constitucional de Colombia (2010). Sentencia C-830/10. Expediente D-8096. 20 de octubre.

Du Marais, Bertrand (2004). *Droit public de la régulation économique*. París: Dalloz.

Espitia, María Carolina (2014). El servicio público de las telecomunicaciones: un reto para la regulación económica OECD (2014), Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia, OECD, Publishing, 184 pp. 243. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, 243-255.

García Llovet, Enrique (1993). Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho. *Revista de Administración Pública*, 131, 61-118.

Garrido Falla, Fernando (1953). Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa. *Revista de Administración Pública*, 11, 11-31.

Gil Botero, Enrique (2009). La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 3, 3-26.

González López, Edgar (2010). *Comentarios a la ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Huapaya, Ramón (2013). *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación. Estudios y cuestiones*. Segunda edición. Lima: Ara Editores.

Laverde, Juan Manuel (2014). Las agencias estatales: ¿crisis de identidad?. En Germán Bula Escobar y otros (eds.), *Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio* (pp. 616-646). Bogotá: Ibáñez.

Ministerio de Transporte de Colombia (2014). Decreto 947 de 2014 por el cual se crea la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte y se establece su estructura. 21 de mayo.

Miranda, Alfonso & Carlos Márquez (2004). Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación. *Revista Universitas*, 108, 71-117.

Montaña, Alberto (2005). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Montaña, Alberto (2015). La incorporación de agencias en la estructura administrativa colombiana del orden nacional. Una confrontación axiológica de dos modelos organizacionales de la administración pública. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 13, 27-43. <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n13.04>

Montero, Juan José (2014). La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, 23-44.

Perdomo, Camilo (2014a). Control judicial de la regulación económica en clave de los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, 63-104.

Perdomo, Camilo (2014b). *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pimiento, Julián (2013). La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 9, 15-40.

Polo, Miguel Efraín (2004). De la comisión de regulación de telecomunicaciones (un acercamiento a su naturaleza jurídica, a sus principales funciones y a la problemática en cuanto a su ubicación en la estructura del Estado). *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, 2(2), 57-112.

Presidencia de la República de Colombia (1968). Decreto 1050 de 1968 por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional.

Rincón, Jorge Iván (2004). *Las generaciones de los derechos fundamentales y la actividad de la administración pública*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, Libardo (2014). Visión analítica de las reformas administrativas en Colombia. En autores varios, *100 años de administración pública. Retos y perspectivas. Memorias Congreso Internacional Conmemorativo de la Ley 4 de 1913*. Bogotá: Consejo de Estado-Presidencia de la República-Escuela Superior de la Administración Pública.

Santamaría Pastor, Juan (1991). *Fundamentos de derecho administrativo (T. I)*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Sarria, Consuelo (2015). ¿Las agencias son unidades administrativas especiales?. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 13, 237-252. <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n13.12>

Suárez Tamayo, David (2013). El concepto de regulación en servicios públicos domiciliarios en la doctrina y jurisprudencia colombiana, 1991-2010. *Letras Jurídicas*, 18(1), 22-69.

Uprimny, Catalina (2006). Las comisiones de regulación: el punto medio de las agencias independientes en Colombia. *Revista Universitas Estudiantes*, 3, 225-245.

Vidal Perdomo, Jaime (2000). Las comisiones de regulación de servicios públicos en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 4, 427-440.

Villegas, Lorenzo (2007). Reflexiones sobre la consolidación del Estado Regulador. En Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, *15 años de regulación de las telecomunicaciones en Colombia* (pp. 143-163). Bogotá: CRT.

Villegas, Lorenzo (2010). La ley de TIC y la regulación de las telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones. En Edgar González López (dir.), *Comentarios a la ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Zárate Pérez, Aníbal (2011). *L'indépendance des autorités de concurrence. Analyse comparative Colombie, France, États-Unis*. Tesis para obtener el grado de Doctor en derecho público por la Université Panthéon-Assas, París. Disponible en <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/f6e96e4c-86a8-46c9-aac5-0e163d590431>, consultado el 10 de marzo de 2016.

Recibido: 15/03/16
Aprobado: 10/04/16