UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

"RIESGO DE OPORTUNISMO DEL GOBIERNO EN EL SECTOR ELÉCTRICO COLOMBIANO"

APROXIMACIÓN AL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN ELÉCTRICA EN COLOMBIA

TESIS DE MAESTRÍA

Elaborada por
JUAN JOSÉ ANGULO MARTÍNEZ

Dirigida por el Prof. Dr.
CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA

Página Intencionalmente en Blanco

DEDICATORIA

A mi Padre Julio César y a mi Madre Wadeth:

A él, quién sembró mi profundo interés por los asuntos energéticos y cuyas lecciones de vida a través del afecto, la perseverancia y la firmeza, son ejemplo digno de admiración.

A ella, quién con el amor y el apoyo incondicional que sólo una Madre puede dar, aun me guía por el camino de la vida.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco muy especialmente a mi profesor Fabricio Mantilla Espinoza y a mi colega y amigo Alberto Arango Montes, por sus valiosos aportes, recomendaciones y consejos.

A mi tutor, el profesor doctor Carlos Guillermo Castro Cuenca, por su ayuda constante en la elaboración de esta tesis.

A Marcela Castro Pineda, por su excelente coaching.

Igualmente a Julieta Elena Barboza Méndez, por su apoyo incondicional.

ESTRUCTURA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 7

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL 12

A. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL 13
1. El Interés General 13
2. El Servicio Público 15

B. FORMAS DE INTERVENCIÓN ESTATAL 18
1. Intervención del Estado hasta la primera mitad del Siglo XX 18
2. Intervención en la post-guerra y siglo XXI 20

II. ASPECTOS GENERALES DE LA REGULACIÓN 23

A. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE REGULACIÓN 28
1. El contexto Europeo 32
2. El contexto Americano 34

B. APROXIMACIÓN AL EJERCICIO DE LA REGULACIÓN 37
1. El nuevo papel del *Estado – Regulador*, como actor 37
2. Principio democrático y correcto funcionamiento de la Administración Pública 43

III. ASPECTOS PARTICULARES DE LA REGULACIÓN ELÉCTRICA: EL REGULADOR COLOMBIANO 50

A. REGULACIÓN: CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGISLACIÓN APLICABLE 53
1. Desarrollo judicial de las comisiones de regulación 57
2. Comisión de Regulación de Energía y Gas ("CREG") 62

B. RIESGO DE OPORTUNISMO DEL GOBIERNO EN LA REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO 67
1. ¿Hacia una regulación concertada? 75
2. Breves consideraciones finales 82

CONCLUSIONES 88

BIBLIOGRAFÍA 90

No miente, quién aventándose en caída libre desde el Empire State y apenas en el piso 85 dice: *"hasta aquí todo va bien, hasta aquí todo va bien…"*

"…lo importante no es la caída, es el aterrizaje".[1]

[1]Adaptación del Film "La Haine" del director Mathieu Kassovitz. "Jusqu'ici tout va bien, Jusqu'ici tout va bien; mais l'important ce n'est pas la chute, c'est l'atterrissage". Traducción libre del autor.

INTRODUCCIÓN

La energía es el principal bien de consumo de la sociedad moderna en el siglo XXI. En 2010, el consumo mundial de energía fue de 511 cuatrillones de unidades térmicas inglesas ("BTU"por sus siglas en inglés); en 2007, el consumo mundial de energía por persona fue de 73 millones de BTU. Sólo en Estados Unidos, la comercialización de energía eléctrica reportó utilidades por más de 9,3 billones de dólares en 2008 (más del 15% del PIB mundial calculado en 60,5 billones de dólares para ese año).

Pero la importancia de la energía eléctrica es aún mayor, puesto que es el medio gracias al cual se realizan todas las acciones que el ser humano requiere. A partir de ésta, la humanidad ha podido realizar desde la edificación de la infraestructura necesaria para el progreso económico, como las vías y las redes de telecomunicación, hasta los utensilios básicos de los hogares, como el microondas o el secador, sin los cuales sería imposible el desarrollo de la vida moderna.

Adicionalmente, la energía consumida proviene de diversas fuentes según incluyan el uso reversible o irreversible de ciertas materias primas. Se han clasificado dos grupos de fuentes de energía explotables tecnológicamente: (i) fuentes de energía no renovables y (ii) fuentes de energía renovables. Las fuentes de energía no renovables se encuentran de forma limitada en el planeta Tierra e implican el uso de combustibles fósiles como el gas natural, el petróleo, el carbón, o nucleares, a partir del uranio o el plutonio. Estas fuentes se extinguen con su uso y se agotan definitivamente o demoran millones de años en regenerarse. Por el contrario, las fuentes de energía renovables son aquellas que pueden ser usadas sin agotarse o cuya velocidad de regeneración natural supera la de su consumo. El viento, la biomasa, la luz solar y el agua, entre otras, son fuentes de energía renovables.

Habida cuenta del impacto que generan en el ambiente natural, las fuentes a partir de las cuales se obtiene energía trascienden el aspecto económico e involucran intereses superiores. En este aspecto se destacan las fuentes renovables, que al permitir una generación de energía más respetuosa del ambiente, sin comprometer la continuidad del suministro ni la competitividad, ofrecen mejores garantías para un desarrollo sostenible en el marco la tendencia vigente marcada por la búsqueda de sistemas de energía sostenibles a largo plazo.

Actualmente, el uso de este tipo de fuentes ha adquirido una connotación relevante:

Para 2008, el empleo de fuentes de energía renovables representó el 10% del total del consumo mundial y se tiene proyectado que para 2035 llegue al 14%, mediante un crecimiento liderado por el aumento en la capacidad de generación hidroeléctrica, cuyas ventajas más ostensibles son la limpieza, los bajos costos de generación y el ciento por ciento de renovabilidad.

Sin duda alguna, ya sea por medio de estas fuentes, o de otras, el uso de la energía eléctrica ha sido uno de los valores agregados más importantes e interesantes que el hombre ha desarrollado a partir de los recursos naturales; una indiscutible contribución al desarrollo de la vida moderna y al conjunto de la economía.

Consecuentemente, la energía ha sido objeto de decisiones económicas públicas y clasificada dentro del conjunto de los llamados sectores estratégicos, una tipificación de uso frecuente para justificar la presencia estatal, por ejemplo, a través de la regulación.

Bajo un sistema de libre competencia, la regulación puede entenderse (*lato sensu)* como un mecanismo de prevención de situaciones económicas perjudiciales para el mercado y de armonización de intereses opuestos, que procura, de una parte, la satisfacción de un muy desarrollado interés general, y de otra, la competitividad del sistema de mercado.

Especialmente, la regulación del sector eléctrico debe afrontar el hecho de que la ejecución de proyectos en este campo lleva implícita la existencia de condiciones propicias de competencia imperfecta, e inclusive, que algunas de sus actividades suponen la existencia de monopolios naturales. Los altos costos de inversión y los largos plazos de retorno, generan distorsiones de mercado evidenciados en la restricción a la libertad de entrada de nuevos competidores; la imposibilidad económica para soportar de manera eficiente más de un prestador en actividades como la transmisión, hacen preferible implementar economías de escala. Entre otras, por estas razones es frecuente acudir al Estado como plataforma para la ejecución de proyectos en el sector eléctrico, e.g., para la construcción de grandes centrales hidroeléctricas o la operación del Sistema de Transmisión Nacional ("STN")

Sin embargo, esta presencia estatal en el sector real, específicamente en el ámbito Colombiano, es una práctica que deriva en otro escenario, el del control. Sólo para citar algunos casos de la composición accionaria de agentes del sector eléctrico nacional entre generadores, comercializadores, transmisores y distribuidores, la Nación tiene el 51,41% de Interconexión Eléctrica S.A.; el 57.66% de ISAGEN S.A.; el 99.386% de URRÁ S.A.; el 99.99% de CORELCA S.A. y GECELCA S.A.; y de GENSA S.A., el 93%. Estos porcentajes se encuentran repartidos, principalmente, entre el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, garantizándoles el control de aquellas.

Paralelamente, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 143 de 1994 y el artículo 2 del Decreto 2474 de 1999, la máxima autoridad regulatoria del sector eléctrico, la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), está integrada por el Ministro de Minas y Energía, quien la preside, y por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, entre otros.

Conforme a la actual organización normativa, los ministerios-accionistas de empresas que compiten en el mercado eléctrico, son los mismos ministerios-reguladores facultados para crear las reglas de juego en materia eléctrica y encargados de dirigir este sector. Cierto vaho de intereses en conflicto, choca de bulto.

El anterior diseño institucional, que será expuesto con detalle en el desarrollo de esta tesis, presenta un escenario que permite al Gobierno Nacional tener la posibilidad de jugar con los dados cargados y representa una increíble oportunidad para la ejecución de una apretada agenda. De una parte, para que el Gobierno acomode a su mejor conveniencia política las directrices del sector eléctrico, facilitando que empresas bajo su control sean convertidas en fortines electorales o cuotas del oficio altamente ineficientes. De otra parte, es una inmejorable oportunidad para conformar alianzas estratégicas dirigidas a la manipulación de las normas del sector eléctrico para satisfacción de necesidades específicas, en detrimento o en riesgo al menos, de la libre competencia y el sistema de mercado.

Si el Gobierno tiene la facultad de ajustar a su conveniencia inmediata o a la de sus empresas la regulación del sector, éste no es más que un joint venture en el que las amplias facultades políticas pueden garantizar la adecuación de las reglas de juego a los intereses del mejor oferente, al tiempo que sus miembros aseguran su permanencia en el sector por cuenta del empleo de la puerta giratoria.

La presencia del Estado Colombiano en el sector eléctrico nacional en calidad de regulador y en calidad de agente, o lo que es lo mismo, en calidad de juez y en calidad de parte, comporta entonces un elevado riesgo para el orden constitucional, el sistema de mercado y la libre competencia del sector eléctrico: el riesgo de oportunismo del Gobierno. Dicha presencia estatal, se anticipa, garantiza al Gobierno la posibilidad de actuar de manera oportunista en desmedro de los objetivos regulatorios insinuados. Lamentablemente, es una situación que no ha sido objeto de suficiente análisis, pues, la caída libre va apenas en el piso 85. Lo peor estará, seguramente, al llegar al primero.

Desde el punto de vista jurídico, las imprecisiones respecto de la naturaleza de la CREG, las particulares características de su régimen de composición, quórum y mecanismo decisorio, así como algunos aspectos presupuestales, ocultan el riesgo de oportunismo, ocultan la falta de representación de los sectores involucrados y la subordinación a la que se encuentran atados quienes toman decisiones al interior de esta comisión. Teniendo en cuenta que el grueso de los asuntos regulatorios está directamente relacionado con el ejercicio de la facultad administrativa del Estado, los temas objeto de esta tesis involucran un especial énfasis en el Derecho Administrativo.

Desde el punto de vista económico, la presencia de un competidor mejor informado, con poder de decisión, en una ostensible posición dominante y cuyas decisiones se ven afectadas por un riesgo de oportunismo no atemperado, desequilibran el sistema de mercado incrementando costos de transacción y generando situaciones de ineficiencia del sector eléctrico. Teniendo en cuenta que el análisis económico del Derecho enriquece las decisiones jurídicas desde el punto de vista de la asignación eficiente de los recursos, su observación, sin tratarse de un análisis exhaustivo, servirá como un complemento adecuado.

También es importante precisar que el alcance de esta tesis se restringe de modo específico al análisis del denominado riesgo de oportunismo del Gobierno Colombiano, planteado por el diseño institucional y normativo de la regulación eléctrica vigente, y favorecido por una notoria concentración de calidades en cabeza del Estado Colombiano. Un riesgo que, a la par del acelerado avance del uso de los recursos energéticos, amenaza los presupuestos básicos del sistema de mercado, compromete las garantías constitucionales nacionales propias de un régimen de competencia, y agudiza el grado de complejidad del análisis del papel del regulador eléctrico colombiano.

En razón de lo expuesto, este ejercicio no pretende desarrollar una teoría de lo que se ha venido a llamar regulación en un sentido contemporáneo (concepto por demás altamente indeterminado), tampoco abordarla de manera detallada o al menos no con el grado de profundidad que una propuesta en ese sentido, naturalmente, debería contener.

Con un carácter mucho más modesto, los objetivos principales de esta tesis serán (i) describir cómo la organización normativa e institucional del regulador alimenta dicho riesgo en el sector eléctrico para el caso Colombiano, y (ii) plantear, a partir de una posible forma de mitigación, espacios de discusión en escenarios académicos y reales, en cuanto al papel del regulador Colombiano en materia de energía eléctrica.

Así las cosas, esta reflexión se hará a través de una descripción de la evolución histórica de la intervención estatal hasta la institución denominada regulación (I), seguida de una breve aproximación, desde un punto de vista eminente o principalmente jurídico, y desde un análisis de los fundamentos del poder público en los sistemas de derecho romano-germánico, del concepto y elementos rectores de la regulación, como algunos de sus aspectos generales (II). Por último, se abordará un análisis de los aspectos particulares en materia de regulación eléctrica en Colombia, especialmente su diseño institucional y su relación con el riesgo de oportunismo; para finalizar con el planteamiento desprevenido de algunas ideas, las cuales se insinúan en la búsqueda de espacios de discusión y debate que conduzcan a la elaboración de una forma concreta de mitigación del riesgo de oportunismo del Gobierno en el sector eléctrico Colombiano (III).

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

La regulación puede ser entendida como una forma particular de intervención del poder público[2]. Por esta razón, la regulación es un concepto que está íntimamente ligado al de Estado. Bajo este entendido, una aproximación histórica a la regulación debería comprender un análisis paralelo al del Estado; pese a esto, desde el año 843 con la firma del Tratado de Verdún puede hablarse de Estado en sentido moderno[3] y pretender abarcar más de 1100 años de historia en unas cuantas líneas podría ser algo ambicioso e inagotable. En todo caso, ello excedería los objetivos propuestos en esta tesis.

Dicho lo anterior, y para lo que a los fines de esta tesis concierne, es suficiente precisar que el Estado ha intervenido en todos y cada uno de los aspectos de la vida del hombre, aunque no siempre con igual magnitud[4]. Reiterando que la regulación es entendida como una forma particular de intervención del Estado y que las principales justificaciones para ésta, al menos en los sistemas jurídicos de

[2] Independientemente de las fuentes a las que se haga referencia, parece haber un elemento común en las aproximaciones a la regulación como institución. En su gran mayoría, las teorías sobre la regulación llevan implícita y a veces también de manera explícita, referencias a términos como control, límites, prohibiciones, incentivos, tarifas, autoridad pública, gobierno, sector estratégico, bien común e interés general. A partir de lo anterior, es razonable concluir que la regulación es una forma de expresión de la actividad estatal, y en este sentido, es una forma de intervención estatal. ARIÑO Ortíz, Gaspar. *"Principios de Derecho Público Económico"*. Universidad Externado de Colombia. Pág. 157; SELZNIK, Philip. *"Regulatory policy and the social sciences"*. University of California Press, 1985. Pág 363; BLACK, Julia. *"Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-regulation in a "Post-Regulatory" World"*. En *"Current Legal Problems"* 2011 V.54 Oxford University Press, 2002. Pág. 103-47; DUSSÁN Hitscherich, Jorge. *"Las Agencias de Regulación en Colombia"*. Http://www.Dussan.Net/Adminarticulos/Agencias.Pdf. Pág.3; STIGLITZ J. E, *"The role of the state in financial markets"*. World Bank Research Observer, Annual Conference on Development Economics Supplement (1993); RIVERO ORTEGA, Ricardo. *"El Derecho Administrativo Económico"*. Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 19.

[3] La precisión territorial que la división del Imperio Carolingio otorgó a Francia, Italia y Alemania, mediante el Tratado de Verdún, es uno de los elementos más importantes y próximos al concepto de Estado en sentido moderno. Como lo sugiere Herman Heller, "las poliarquías que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial y cuya coherencia era débil e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y recientemente organizadas, con un solo ejército que era además permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general. A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando militares, burocráticos y económicos, en una unidad de acción política – fenómeno que se produce primeramente en el norte de Italia debido al más temprano desarrollo que alcanza allí la economía monetaria – surge aquel monismo de poder, relativamente estático, que diferencia de manera característica al Estado de la Edad Moderna del territorio medieval." Ver. HELLER HERMAN, *"Teoría del Estado"*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pág. 25. Debe tenerse en cuenta que, si bien lo señalado por HELLER no ocurre de manera inmediata con el Tratado de Verdún, éste es, probablemente, el referente histórico más aproximado al monismo de poder al cual hace referencia el autor.

[4] RIVERO ORTEGA, Ricardo. *"El Derecho Administrativo Económico"*. Cuarta Edición, Marcial Pons. 2007, pág., 19

derecho romano-germánico, han sido el interés general y la noción de servicio público, este capítulo incluye un análisis de los fundamentos de la intervención estatal (A), seguido de una descripción de las principales formas de intervención del Estado (B).

A. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

1. El Interés General

Un primer concepto ampliamente reconocido por diferentes autores de teoría política, jurídica, económica y social, ha sido el interés general. Usualmente, la mayoría de los académicos que recurren a esta expresión[5] coinciden en utilizarla como un criterio justificador de la necesidad del Estado y en contra posición del interés particular o privado.

Los clásicos autores griegos apelaban al interés común, como el fundamento del buen gobierno y finalidad del Estado. PLATÓN, sin nominarlo propiamente, se refería a este como una de las finalidades que debe guiar a los gobernantes identificándolo como aquello que le conviene al Estado[6]. Según ARISTÓTELES, el gobierno verdaderamente recto y puro es, necesariamente, aquél que se atiene sólo al interés común[7].

En Roma sería uno de los fundamentos de la frase de CICERÓN *"Ollis salus populi suprema lex esto"*[8] para designar la limitación del ejercicio del poder público a la ley y *"como máxima de la acción política referida a actividades públicas, dejando a un*

[5] O a cualquiera de sus variaciones, bien común, interés común, entre otras.

[6] PLATÓN. *Diálogos, T. IV, La República* (Trad. Conrado Eggers Lan), Gredos, Madrid. 1986, pág. 193: *"En tal caso, hay que seleccionar entre los guardianes hombres de índole tal que, cuando los examinemos nos parezcan los más indicados a hacer toda la vida lo que hayan considerado que le conviene al Estado, y que de ningún modo estarían dispuestos a obrar en sentido opuesto".*

[7] ARISTÓTELES. La Política, Libro III, (Trad. de Manuela García Valdés), Gredos, Madrid. 1988, pág. 171: *"Puesto que régimen y gobierno significan lo mismo, y gobierno es elemento soberano de las ciudades, necesariamente será soberano o uno solo, o pocos, o la mayoría; cuando el uno o a minoría o la mayoría gobiernan atendiendo al interés común, esos regímenes serán necesariamente recto: pero los que ejercen el mando atendiendo al interés particular del uno o de la minoría o de la masa son desviaciones; porque, o no se debe llamar ciudadanos a los que participan en el gobierno, o deben participar en las ventajas de la comunidad".*

[8] CICERÓN, M. T.: *Las leyes*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid. 1953, pág. 210.

lado las implicaciones de la vida privada"[9], reflexión indudablemente del interés general.

MORO lo identificaría como el presupuesto para la existencia de una verdadera república, su conocida Utopía[10]; para LOCKE, sería uno de los fines de la sociedad y de los gobiernos políticos[11]. Por último, durante el período ilustrado y en un sentido similar al de CICERÓN, ROUSSEAU apelaría expresamente al interés general como uno de los límites del poder soberano[12].

De acuerdo con DUCROCQ, GASCÓN y MARÍN, y GARCÍA OVIEDO, el interés general sería fundamental en la construcción del concepto material del Derecho Administrativo[13] como vehículo para instrumentalizar la intervención estatal y abordar las relaciones entre los ciudadanos y la administración pública. Asimismo, el interés general sería el criterio cardinal para identificar la necesidad de intervención estatal[14], su finalidad[15] e igualmente sus límites[16].

---

[9] SÁNCHEZ de la Torre, Ángel. El objeto de la legalidad en la expresión salus popuili suprema lex esto. Universidad Complutense de Madrid.

[10] MORO, T. "*Utopía"*, Orbis, Barcelona. 1984, pág. 195: *"Con eso os he expuesto y descrito tan exactamente como he podido la forma y organización de aquella república que realmente, en mi opinión, es no sólo la mejor sino la única que con justo derecho puede reclamar y atribuirse el nombre de república o comunidad de bienes. Pues en otros lugares también hablan del bien común pero todo el mundo procura su propia ganancia privada"*.

[11]LOCKE, J. "*Ensayo sobre el gobierno civil"* (trad. de Amando Lázaro Ros), Aguilar, Madrid, 1983, pág. 138: *"Sin embargo, aunque a entrar en sociedad renuncian los hombres a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo de que disponían en el estado de Naturaleza y hacen entrega de los mismos a la sociedad para que el poder legislativo disponga de ellos según lo requiera el bien de esa sociedad, y habida cuenta de que el propósito de todos los que la componen es sólo salvaguadarse mejor en sus personas, libertades y propiedades".*

[12] ROUSSEAU, J. J. "*El Contrato social"* (Trad. Fernando de los Ríos), Espasa Calpe, Madrid. 1990, pág. 51.

[13] DUCROCQ, T. *"Cours de Droit Administratif et de Législation francaise des finances et les principes du Droit Public, T. I, Fontemoing"*, París. 1897, pág. 3: *"Le droit administratif est l'ensemble des principes et des règles qui résultent des lois d'intérêt général et de celles qui président au fonctionement de tous les organes, non judiciaires, du pouvoir exécutif, chargés de leur application"*. (El Derecho Administrativo es un conjunto de principios y de reglas resultante entre las leyes de interés general y de aquellas que establecen el funcionamiento de todos los órganos de la rama ejecutiva del poder encargadas de su aplicación. Traducción libre) GASCÓN Y MARÍN, J.: Tratado de Derecho administrativo, Imprenta clásica española, Madrid, 1929, pág. 61: "El Derecho administrativo estudia el conjunto de normas o relgas relativas a la actividad encaminada a la realización de los fines de interés general"; GARCÍA OVIEDO, C.: Derecho Administrativo, EPESA, 1948, Madrid, pág. 15 "En consecuencia, preferimos conceptuarlo como el derecho que considera al Estado en su unidad, rigiendo la actividad que desarrolla para la satisfacción de las necesidades públicas, base de su existencia". Tomado de CASTRO CUENCA, Carlos. Tesis Doctoral *"Aproximación a la Corrupción en la Contratación Pública. Especial Referencia a las Fórmulas de Tipificación de la Corrupción en la Contratación Pública"*. Universidad de Salamanca. España.

[14] DUEZ, P.; DEBEYRE, G.: Traité de Droit Administratif, Dalloz, París, 1952, pág. 6: "L'action administrative a pour objet la satisfaction de l'intétêt général, de l'intérêt collectif du public".

Actualmente se puede definir el interés general como el interés de una comunidad organizada políticamente[17], sin desconocer que se trata de un concepto abierto e indeterminado[18], que además, suele involucrar intereses semejantes, como el interés nacional, comunal, social o económico[19].

2. El Servicio Público

Otro concepto ampliamente utilizado como fundamento de la intervención estatal y para la elaboración de la noción material de la administración pública (y del contenido del Derecho Administrativo) es el de servicio público.

A través de la noción de servicio público se ha distinguido entre la naturaleza administrativa y la de carácter meramente particular de diferentes actuaciones del Estado; diferenciando la aplicación de un régimen jurídico para cada actuación.

La noción de servicio público encuentra su origen en la jurisprudencia francesa el siglo XIX, como respuesta a la necesidad de ponderar una administración francesa sólidamente construida y dotada de poderes extensos, frente a la cual, los particulares más parecían súbditos que ciudadanos; sugiriendo la aplicación de un régimen jurídico especializado para la actividad de la administración según aquella envolviera la prestación de un servicio público[20].

Para DUGUIT, el servicio público debía ser considerado un elemento del Estado en remplazo de la soberanía y así lo sostuvo en su Tratado de Derecho Constitucional.[21]

---

[15] MERKL, A. "Teoría general del derecho administrativo", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1935, pág. 108; RIVERO, J. / WALLINE, J.: Droit Administratif, Dalloz, París. 2004, pág. 2.

[16]HAURIOU, M.: "*Précis de droit administratif*", Sirey, París. 1907, pág. 54 cita por ejemplo la expropiación sin fines de interés general.

[17]SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Interés general", en: MONTOYA MELGAR, A.: EJB, T. III, Civitas, Madrid. 1994, pág. 3658.

[18]NIETO, A.: *"La Administración sirve con objetividad a los intereses generales*, en: MARTÍN - RETORTILLO, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución española, LH al profesor Eduardo García de Enterría, T. III*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2249 a 2252; ULE, K. H.: *"Allgemeines Wohl in der Rechsprechung",* en: *Wohl der Allgemeinheit*, Duncker & Humblot, Berlín, 1968, pág. 140; RUPP, H.H.: "Wohl der Allgemeinheit und offentliche Interessen Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht", en: *Wohl der Allgemeinheit*, Duncker & Humblot, Berlín. 1968, pág. 116.

[19]TRUCHET, D.: *"Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'etat, Libraire generale de Droit et de jurisprudence"*, París. 1977, págs. 277 a 295.

[20]Arrêt Blanco de 8 de febrero de 1873 Tribunal de Conflictos y arrêt Cadot de 13 de diciembre de 1889 T.C.

[21]DUGUIT, L.: *"Traité de Droit Constitutionel"*, T.II, Ancienne Librarie Fonte moing & Cie, París. 1923, pág. 54.

Cabe destacar que la noción de servicio público se ha desarrollado a partir de tres criterios[22]: (i) orgánico, (ii) material y (iii) funcional.

Acorde con el primero, el servicio público se identifica con un organismo de derecho público cuya finalidad y razón de ser es la prestación de un servicio público que encarna una competencia técnica[23].

De acuerdo con el criterio material, para considerar una actividad como servicio público, se debe observar, esencialmente, la ejecución de una actividad para la satisfacción de un interés general por un organismo público[24], el cual, además, puede recurrir a reglas que están fuera de la órbita del Derecho privado[25] para satisfacer determinada necesidad de interés general.

---

[22]Criterios Orgánico y Material en: CASTRO CUENCA, Carlos. Tesis Doctoral *"Aproximación a la Corrupción en la Contratación Pública. Especial Referencia a las Fórmulas de Tipificación de la Corrupción en la Contratación Pública"*. Universidad de Salamanca. España. Pág.131

[23]FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, R.: *Resumen de derecho administrativo y ciencia de la Administración*, T. I., Bosch, Barcelona, 1930, pág. 174. También CAMBIER, C.: *Droit administratif*, Maison Ferdinand Larcier, Bruselas, 1968, pág. 227; LAUBADÈRE, A.: *Traité elementaire de Droit Administratif, T. I*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1963, pág. 518 y 519; DUEZ, P. / DEBEYRE, G.: *Traité de Droit Administratif*, Dalloz, París, 1952, pág. 502; DEBBASCH, C.: *Droit Administratif*, Cujas, París, 1971, pág. 208; MAST, A.: *Précis de Droit administratif belge*, Story – Scientia, Bruselas, 1966, pág. 37; AUBY, J. / DUCOS – ADER, R.: *Institutions administratives*, Dalloz, París, 1971, pág. 30; VEDEL, G.: *Derecho Administrativo* (trad. de Juán Rincón Jurado), Aguilar, Madrid, 1980, pág. 688 ; BÉNOIT, F.: *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, París, 1968, págs. 778 y 779; RIVERO, J. / WALINE, J.: *Droit Administratif*, Dalloz, París, 2004, pág. 301. Tomado de CASTRO CUENCA, Carlos. Tesis Doctoral "*Aproximación a la Corrupción en la Contratación Pública. Especial Referencia a las Fórmulas de Tipificación de la Corrupción en la Contratación Pública"*. Universidad de Salamanca. España.

[24]BUTTGENBACH, A.: *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Larcier, Bruselas, 1952, pág. 31; FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, R.: *Resumen de derecho administrativo y ciencia de la Administración, T. I.*, Bosch, Barcelona, 1930, pág. 171; ÁLVAREZ-GENDIN, S.: *El servicio público : su teoría jurídico-administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, pág. 21; LAUBADÈRE, A.: Traité elementaire de Droit Administratif, T. I., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1963, pág. 518; WIGNY, P.: Droit Administratif: principes generaux, Bruylant, Bruselas, 1953, pág. 27; MAST, A.: Précis de droit administratif belge, Story – Scientia, Bruselas, 1966, pág. 37; GEORGIN, C.: *Cours de droit administratif, T. I., Cours de droit administratif. Livre premier, Les pouvoirs publics et les services publics*, Editions Eyrolles, París, 1954, pág. 99; DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionel, T.II*, Ancienne Librarie Fonte moing & Cie, París, 1923, pág. 55:. Ver también JÈZE, G.: *Principios generales del derecho administrativo. T. II. 1, La noción de servicio público, los agentes de las administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 9; DUEZ, P. / DEBEYRE, G.: *Traité de Droit Administratif*, Dalloz, París, 1952, pág. 502 y 503; (208 deb) AUBY, J. / DUCOS – ADER, R.: *Institutions administratives*, Dalloz, París, 1971, pág. 30; VEDEL, G.: *Derecho Administrativo* (Trad. de Juán Rincón Jurado), Aguilar, Madrid, 1980, pág. 688. Tomado de CASTRO CUENCA, Carlos. Tesis Doctoral "*Aproximación a la Corrupción en la Contratación Pública. Especial Referencia a las Fórmulas de Tipificación de la Corrupción en la Contratación Pública".* Universidad de Salamanca. España.

[25]JÈZE, G.: "*Principios generales del derecho administrativo". T. II. 1, La noción de servicio público, los agentes de las administración pública*, Depalma, Buenos Aires. 1949, pág. 9.

Como lo señala GARRIDO, la aparición del servicio público en España fue consecuencia de la liberación de la religiosidad de los servicios asistenciales de sanidad y beneficencia[26], de la necesidad de excluir los bienes dedicados al interés general del régimen de desamortización de la propiedad[27], de la apertura al público de las postas reales[28] agrega PARADA, y de la revolución industrial, que causó una invasión de capitales extranjeros principalmente en la red ferroviaria, los yacimientos mineros y la energía eléctrica[29]. Estas situaciones influyeron positivamente en la legislación del siglo XIX, destacada por los avances contenidos en la Constitución de Cádiz de 1812 que identificó al servicio público con las ramas del servicio de la Administración[30]; y la Ley de ferrocarriles del 3 de junio de 1855[31].

Sin embargo, la teoría del servicio público, desde el punto de vista material, hizo crisis por razones harto conocidas y causó a su vez su desplazamiento como elemento fundamental para la identificación del Derecho Administrativo pues como precisa GARRIDO: "Hay actividad del servicio público sujeto al derecho público y al privado"[32]. Pese a lo anterior, la noción de servicio público se mantuvo como criterio identificador de la necesidad de intervención estatal.

Por último, un tercer grupo de conceptos respecto del servicio público, denominado funcional, lo define como una actividad en interés general[33] y lo identifica a través de la existencia de reglas y poderes exorbitantes[34].

---

[26]GARRIDO FALLA, F.: "*Tratado de Derecho administrativo*", V. II, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 268; SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo general*, T. II, Iustel, Madrid, 2004, pág. 294 PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I. PG*, Marcial Pons, Barcelona. 2004., pág. 379.

[27]GARRIDO FALLA, F.: "*Tratado de Derecho administrativo"*, V. II, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 267 y 268; PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I. PG*, Marcial Pons, Barcelona. 2004, pág. 416.

[28]PARADA VÁZQUEZ, R.: "*Derecho Administrativo I. PG"*, op. cit., pág. 379; VILLAR EZCURRA, J.: *Servicio público y técnicas de conexión*, Tesis-Universidad Complutense de Madrid. 1976., pág. 27.

[29] VILLAR EZCURRA, J.: "*Servicio público y técnicas de conexión"*, Tesis-Universidad Complutense de Madrid. 1976., págs. 33 a 36.

[30] VILLAR EZCURRA, J.: *Servicio público y técnicas de conexión,* op. cit., pág. 19.

[31] LÓPEZ CANDELA, J. E.: Sobre la necesidad de un concepto de servicio público, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 2004, pág. 15.

[32] GARRIDO FALLA, F.: "*Tratado de derecho administrativo", V. II*, Tecnos, Madrid. 1988, pág. 280.

[33]GARRIDO FALLA, F.: "*Tratado de derecho administrativo", V. II*, Tecnos, Madrid. 1988, pág. 280; DUCOS – ADER, R. / AUBY J.: *Grands services publics et entreprises nationales*, Presses universitaires de France, Paris. 1969, págs. 24 a 27; FERNÁNDEZ T-R.: <<Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy>>, en RAP, num. 150, 1999, pág. 69.

[34]DUCOS – ADER, R. / AUBY J.: *Grands services publics et entreprises nationales*, op. cit., págs. 24 a 27.

Conforme a lo expuesto, nuevamente se recurre al interés general como núcleo distintivo de la presencia intervencionista del Estado, dejando en todo caso dos grandes aportes: el primero, el entendimiento de la administración pública con un carácter prestacional, al servicio de los ciudadanos; y el segundo, la necesidad de exigir determinados parámetros para su correcta prestación, los cuales se analizan más adelante.

Fuese a partir del criterio de interés general o de servicio público, (o de ambos), el Estado mantuvo su presencia en la actividad diaria de la humanidad, en las formas más relevantes que se establecen a continuación.

B. FORMAS DE INTERVENCIÓN ESTATAL

1. Intervención del Estado hasta la primera mitad del Siglo XX

Tradicionalmente, la prohibición y la limitación fueron las formas de intervención estatal por antonomasia[35]. Otrora se trataba de un poder público dirigido exclusivamente a la vigilancia y a la prevención de daños, de un poder concebido únicamente para la garantía de la seguridad.

La autoridad previene y reprime afirmaba CARANDE[36], refiriéndose a la intervención de la ciudad medieval española en el mercado, caracterizada por el control y fiscalización de las pesas y medidas en actividades como la producción de harina y pan y la venta de carne y de sal. En términos de VALDEAVELLANO[37], se trataba de una intervención dirigida a garantizar la paz del mercado y la fiabilidad de las mercancías mediante la sanción.

Las prohibiciones de establecimiento de extranjeros en las colonias españolas, la prohibición de relación entre éstas y compañías diferentes al Reino, así como la prohibición de exportación de ganado o de importación excesiva de telares y otros genéricos extranjeros, contenidas en las ordenanzas del Rey Fernando el Católico

[35] RIVERO ORTEGA, Ricardo. *"El Derecho Administrativo Económico".* Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 20

[36] CARANDE, Ramón. "*La administración en la economía ciudadana"*, en Sevilla, fortaleza y mercado. Crítica, Barcelona. 1990.

[37] GARCÍA VALDEAVELLANO, Luis. *"El mercado. Apuntes para su estudio en León y Castilla durante la Edad Media"* AHDE, num 8, 1931.

sobre el obraje de paños y lanas en 1511, son muestra de la prevención y represión (limitaciones y prohibiciones) de las que daba cuenta CARANDE[38].

En la España del siglo XVII, y salvo por algunos intentos aislados como el discurso sobre el fomento de la industria popular de Pedro Domínguez de Campomanes que logró la creación de las sociedades económicas de amigos del país, una economía decadente, falta de estímulo de los sectores productivos y sin confianza fue la constante hasta las postrimerías del siglo XVIII. Este orden de cosas se mantuvo hasta la expedición de un Decreto en 1853, que transfirió la facultad de regular las ferias y mercados a los Ayuntamientos, situación descrita por RIVERO como la imposición de las doctrinas del "Laissez Faire", el orden económico determinado por la escuela clásica liberal, detractora de cualquier intrusión estatal que no estuviese justificada en la protección de la seguridad individual.

Por otra parte, desde la primera mitad del siglo XX se observó una mayor disposición hacia la intervención. A causa del fortalecimiento de los Estados, lo que además recreó el ambiente propicio para desencadenar la Primera Guerra Mundial, y luego, como consecuencia de los acontecimientos en los Estados Unidos en el año de 1929: el colapso de la Bolsa de Valores entre el 24 y el 29 de octubre del mismo año (la "Depresión"), se fortaleció la idea que el replanteamiento de aquellas nociones clásicas de la mano invisible auto-reguladora del mercado, era necesario[39].

El gobierno del presidente norteamericano No. 32, Franklin Delano Roosevelt, puso en marcha el programa "new deal" como una iniciativa política dirigida a combatir la crisis empleando medidas que evitaran la caída de los precios, promovieran la construcción de obras públicas y reformaran el sector financiero, creando un sistema de seguros de depósitos y regulando el mercado de valores[40]. Prácticamente al mismo tiempo, KEYNES pareció legitimar la política

[38] CARANDE, Ob. Cit.

[39] En un discurso parlamentario Luis Jiménez de Asúa, vicepresidente del parlamento para la época, da cuenta de la ideología económica que impregnó la constituyente del 31, al decir: "La eliminación del liberalismo económico es hoy, después de lo que está aconteciendo en la historia económica de los Estados Unidos, algo de carácter absolutamente incuestionable…vamos hacia una economía planificada, hacia una economía disciplinada y subordinada al interés público."

[40] FROYEN, Richard. "Macroeconomía", en "Medidas de políticas macroeconómicas seleccionadas, período 1929-1991" Editorial Mc Graw Hill.

gubernamental de Roosevelt, formulando su *"Teoría general sobre el empleo, el interés y el dinero"* respaldando el gasto gubernamental y el déficit presupuestario.

La crisis económica y social posterior a la Primera Guerra Mundial, fomentó la expansión de los servicios públicos y de la actividad del Estado por razón del remplazo de las empresas privadas por el Estado, a través de sociedades de economía mixta y empresas privadas de interés general[41], fenómeno que fue acompañado de la nacionalización de muchas empresas en España por Primo de Rivera (1923 -1930) y en Francia por De Gaulle (1945 – 1946)[42]. De esta manera, a mediados del siglo XX se produce una expansión de los servicios públicos que los va diversificando en servicios clásicos, económicos, sociales y culturales[43], fruto del aumento de las necesidades[44].

Así, las profundas y sensibles consecuencias que la Depresión trajo consigo condujeron a la idea generalizada que ella había sido causada por un capitalismo "salvaje", que requería de una mayor intervención pública, lo cual, sumado a las devastadoras y poco gratas secuelas de la Segunda Guerra Mundial, abrieron camino a una nueva forma de participación estatal: el papel prestatario y asistencial encargado de producir bienes, prestar servicios y a cargo de la planeación. Fue una época descrita por FRIEDMAN[45] como una explosión de la actividad reguladora del Estado, que se prolongaría durante la Guerra Fría hasta finalizar el siglo XX.

2. Intervención en la post-guerra y siglo XXI

Cronológicamente puede ubicarse el auge de esta particular forma de intervención del Estado denominada regulación, que comenzaría hacia los años 20 en Estados Unidos, en la segunda mitad del siglo XX. Para 1940, aproximadamente 10 nuevas agencias de regulación habían sido creadas. Es el caso del Railroad Retirement Board, el Federal Home Loan Bank Board, la Securities and Exchange

[41] DEMICHEL, A.: *"Grands services publics et entreprises nationales, 1"*. Théorie générale des services publics, Dalloz, París, 1974, págs. 9 a 13; VILLAR EZCURRA, J.: *Servicio público y técnicas de conexión*, op. cit., pág. 39.

[42] DUCOS – ADER, R. / AUBY J.: *"Grands services publics et entreprises nationales"*, Presses universitaires de France , Paris, 1969, pág. 65.

[43] CHEVALIER, J.: Le Service public, Presses Universitaires de France, París, 1987, págs. 57 a 61; GARCÍA OVIEDO, C.: *Derecho Administrativo*, T. I.: EISA, Madrid, 1953, pág. 101.

[44] GARCÍA OVIEDO, C.: "*Derecho Administrativo"*, T. I.: EISA, Madrid, 1953, pág. 101.

[45] FRIEDMAN, Milton, and Rose D.. *"Free to Choose: A Personal Statement"*. Harcourt Brace Jovanovich, 1980. Pág. 259

Commission, el Social Security Board, el Federal Deposit Insurance Corporation, el Commodity Exchange Commission, la National Labor Relations Board, el Selective Service Administration y la Wage and Hour Division of the Department of Labor.

En España, se expidió la Ley del 24 de noviembre del 39, de ordenación y defensa de la industria, y se creó en 1941 el Instituto Nacional de Industria, se hicieron nacionalizaciones importantes de la banca y de los ferrocarriles e intervenciones en los precios y subsistencias.

En los años 50 y 60 – con la recuperación económica europea – se comenzó a desarrollar un proceso de privatización y liberalización que ocasionó políticamente la crisis del Estado de bienestar[46] y jurídicamente la mencionada crisis del concepto de servicio público[47]. Este proceso se manifestó en la dilución del elemento material (el legislador ha asegurado servicios privados)[48], del elemento orgánico (no siempre son prestados por una persona pública)[49], y de su régimen jurídico (no siempre se regulan por el derecho público)[50].

La tendencia paternalista encontraría su punto más crítico como consecuencia de la intervención del holding "RUMASA" por el Partido Social Obrero Español en 1983[51]. Además de ser una clara muestra del crecimiento exponencial de la burocracia y de una ampliación de facultades de intervención generalizada en sectores básicos, situando la regulación en un escenario encaminado a *sustituir* las

[46] CHEVALIER, J.: Le Service public, Presses Universitaires de France, París, 1987, págs. 93 a 96.

[47] LÓPEZ CANDELA, J. E.: Sobre la necesidad de un concepto de servicio público, Consejo General del Poder Judicial, 2004, Madrid, pág. 21.

[48] DEBBASCH, C.: Droit Administratif, Cujas, París, 1971, págs. 210 a 213.

[49]DEBBASCH, C.: *Droit Administratif*, op. cit., págs. 210 a 215; BARRACHINA JUAN, E.: *Curso de Derecho administrativo*, PPU, Barcelona, 1085, pág. 442; DUCOS – ADER, R. / AUBY J.: *Grands services publics et entreprises nationales*, op. cit., pág. 20.

[50]DEBBASCH, C.: *Droit Administratif*, op. cit., págs. 210 a 215; BARRACHINA JUAN, E.: *Curso de Derecho administrativo*, op. cit., pág. 442; DUCOS – ADER, R. / AUBY J.: *Grands services publics et entreprises nationales*, op. cit., pág. 19.

[51] RUMASA (Ruiz Mateos Sociedad Anónima) fue un grupo de empresas españolas propiedad de la familia Ruiz-Mateos y Jimenez de Tejada, cuya casa principal fue fundada en 1961. RUMASA fue expropiada por el Gobierno español el 23 de febrero de 1983, en virtud del Decreto-Ley 2/1983, por razones de utilidad pública e interés social. http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1983/01/29/035.html; http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1985/12/01/031.html. Para ver el Decreto-ley: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1983/5915&codmap=

Consultadas por última vez en febrero 2 de 2012

relaciones de mercado, *"puso en entredicho algunos principios constitucionales, como la libertad de empresa y la tutela judicial efectiva."*[52]

La Escuela de Economía de Chicago fue la principal detractora del llamado keynesianismo. Con el respaldo de los ganadores del premio Nobel de Economía George Stigler y Milton Friedman, en más de una ocasión sostuvo la ineficiencia del Estado en la prestación de servicios públicos y defendió las tendencias del libre mercado propias de la vetusta teoría clásica.

Estas críticas, respaldadas por el desbordado crecimiento del gasto público en las estructuras de bienestar[53] cuya consecuencia produjo un déficit fiscal que lo hacía insostenible económicamente, calaron hasta el punto de "*producirse reformas con el objetivo de reducir la presencia (y la estrategia) económica del Estado*"[54].

El ingreso de España en la Comunidad Europea en 1986 abrió la puerta para la liberalización de varios sectores, la reconversión de industrias y las primeras privatizaciones. Inspirado en la tendencia inglesa impulsada por Margaret Thatcher desde comienzos de los 80, dirigida hacia la desregularización del sector financiero, la flexibilización del mercado laboral, la privatización de empresas públicas y el desmonte generalizado de subsidios; en junio de 1996 el gobierno de José María Aznar dispuso una creciente de medidas de liberalización que abarcaron todos los sectores económicos[55]. A lo largo de las legislaturas se aprobaron un sin número de leyes des-interventoras en materia de correos y ferrocarriles, a la par que se hacía una meta de gobierno la obtención de un déficit fiscal cero.

En 2004 se mantuvo una tendencia similar, se adoptaron medidas de marcos regulatorios en los sectores audiovisuales y se establecieron formas de intervención administrativa alternativas que suplieran necesidades sociales como la falta de vivienda. No obstante lo que podría describirse como una disposición anti-intervencionista, los ruidosos debates respecto de las condiciones fijadas por el Gobierno y la Comisión Nacional de la Energía y las diferentes reformas legales

[52]RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El Derecho Administrativo Económico". Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 29

[53] Sanidad pública, educación, servicios sociales, vivienda, entre otros.

[54]Ídem. pág. 20

[55]Para el sector eléctrico, ver Ley 54/1997 de 27 de noviembre del Sector Eléctrico' en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l54-1997.html

paralelas a las ofertas públicas de adquisición de Endesa, la mayor empresa eléctrica española, en el 2005, han puesto de nuevo sobre el mantel la *"inevitable tendencia del poder público a interferir en la evolución de los sectores estratégicos por razones políticas."*[56]

Brevemente descritos los fundamentos tradicionalmente sustentados como justificación de la necesidad de intervención del estado, así como de algunas de sus diferentes formas de hacerlo, se ha cumplido con un objetivo parcial de esta tesis: abordar la regulación como una forma particular de intervención estatal, cuyos fundamentos no son distintos de los mencionados criterios de interés general y servicio público, aunque han tenido un desarrollo ulterior y más especializado en el que bien vale la pena ahondar.

Así las cosas, resulta imprescindible un análisis denominado aspectos generales de la regulación (II).

II. ASPECTOS GENERALES DE LA REGULACIÓN

La regulación es una construcción de origen anglosajón, que ha sido incorporada progresivamente en el esquema jurídico de países de tradición jurídica continental europea como Colombia, de la mano de las políticas públicas de privatización, liberalización de la economía y apertura de mercados; bajo el impulso galopante del fenómeno globalizador. Desde luego, la adopción de una institución proveniente del *common law,* en Colombia, supone algunas dificultades analíticas, teóricas y prácticas, primordialmente, por tres razones fundamentales:

La primera, porque en Colombia como en la mayoría de los países de tradición jurídica romano-germánica, la dicotomía Estado-individuo es fundamental para entender la presencia y justificar el ejercicio del poder público en cualquiera de sus expresiones, incluida la regulación. En el caso colombiano, la supremacía de la Constitución Política y el principio de legalidad tienen como base del arquetipo jurídico un componente dogmático integrado por principios y derechos, dentro de los que se abordan ambos, el interés general y el individuo. Por esta razón los poderes regulatorios no se entienden como una auténtica función normativa creadora de derecho, ni mucho menos equiparable a la ley. Como se verá más adelante, la función de regulación en Colombia está subordinada al marco general

[56] Ídem. pág. 30

del Legislador, e incluso, debe desarrollarse conforme las políticas que fije el Ejecutivo.

De lo anterior se desprende la segunda razón fundamental. Así como la regulación se atribuye de carácter anglosajón, no es menos cierto que los sistemas de derecho de este corte son intrínsecamente diferentes de los sistemas continentales o de tradición romana. Una diferencia radical entre éstos, e.g., es el contraste entre los amplios poderes del *judge-made law,* evidenciados en la obligatoriedad del precedente judicial tan propio del derecho anglosajón; frente al principio de legalidad, evidenciado en la subordinación a la ley y a la Constitución en cuanto a los sistemas de derecho romano-germánico, por lo menos al colombiano, se refiere.

Finalmente, el carácter jurídico de esta tesis le supone límites frente a un profundo análisis económico al que con frecuencia se hace referencia, y que normalmente sustenta, las construcciones teórico-dogmáticas sobre regulación en el *common law.*

En consecuencia, la aproximación a la regulación como institución, en esta tesis, se hará con predominante énfasis desde un punto de vista jurídico, y desde un análisis de los fundamentos del poder público en los sistemas de derecho romano-germánico, particularmente del colombiano.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación se hará referencia a algunas teorías sobre la regulación en el ámbito del derecho anglosajón de modo descriptivo.

En Estados Unidos, la sentencia del caso Munn v. Illinois de 1876[57] abordó la facultad del Estado para afectar una actividad económica privada, inclusive, de limitar la posibilidad de fijar el precio de sus servicios en los siguientes términos: *"Nosotros encontramos que cuando los bienes de dominio privado son afectados por el interés público, dejan de ser únicamente de derecho privado"*[58]. Esta sentencia distinguió dos elementos a partir de los cuales se podía establecer la existencia de tal "interés público": la repercusión y la utilidad pública de una actividad.

[57] *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876).

http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=94&page=113.

Consultada por última vez en mayo 14 de 2012.

[58] Munn v. Illinois, 94 U.S. 113 (1876): "we find that when private property is 'affected with a public interest, it ceases to be juris privati only. Traducción libre del autor.

Similarmente, la sentencia de caso Brass v. Dakota de 1984[59] reiteró la constitucionalidad de la fijación de tarifas máximas en el precio del grano, justificando la imposición de obligaciones a personas privadas por desarrollar una actividad investida con un interés público.

En 1934, puede observarse la concreción de las anteriores decisiones judiciales en el caso Nebbia v. New York, cuyo núcleo gira alrededor del comportamiento de los ferrocarriles y de los almacenistas de grano al elevar el precio de almacenamiento. En esta sentencia la Corte Suprema de los Estados Unidos interpretó que la "afectación al interés público" era equivalente a "sujeto a los poderes de policía", y que el uso de la propiedad privada y la realización de contratos privados eran libres de interferencia gubernamental; pero sujetos a regulación pública. Para ese efecto argumentó: *"Bajo este entendido, afecto al interés público, es equivalente a sujeto al ejercicio del poder de policía"*[60].

Este período podría identificarse como una etapa de introducción de la regulación como institución proveniente del ejercicio estatal, justificada directamente por el criterio de interés público. Por esta razón, las empresas que desarrollaban actividades afectas a dicho interés, debían cumplir con una serie de deberes particulares impuestos por el poder regulatorio. En otras palabras, la regulación estaba asociada a lo que el Gobierno Norteamericano entendía por actividades afectas al interés público.

Una segunda etapa estaría relacionada con el criterio *public utility*, de características similares a la noción se servicio público francesa expuesta en la Parte I de esta tesis. La noción de *public utilities* hace referencia a ciertas actividades en las cuales está presente un interés público, pero de modo más específico, pues tales actividades tienen características especiales y diferentes de otras concurrentes en el mercado, e.g., la inexistencia de bienes sustitutos, el gran desequilibrio entre prestador y consumidor, la condición de monopolio natural[61]. Bajo el criterio de *public utility*, la regulación se convirtió en el medio escogido por el poder público para corregir los efectos negativos que, dadas las mencionadas características especiales, podrían ser aprovechados por los prestadores.

---

[59] *Brass v. North Dakota ex Rel. Stoeser*, 153 U.S. 391 (1894). http://supreme.justia.com/cases/federal/us/153/391/ Consultada por última vez en mayo 14 de 2012.

[60] *Nebbia V. People Of State Of New York, 291 U.S. 502 (1934) "Thus understood, 'affected with a public interest' is the equivalent of 'subject to the exercise of the police power".* Traducción libre del autor.

[61] BREYER, Stehpen G. *"Regulation and its Reform".* Harvard College, 1982. Pág 15.

La clasificación de una actividad como *public utility,* se consolidó mediante (i) la creación e imposición de regímenes jurídicos especiales, y (ii) el ejercicio de la función reguladora por organismos especializados.

Los regímenes especiales comprendieron tanto derechos como obligaciones para los prestadores. En este sentido, se les permitió la obtención de beneficios razonables por la prestación de los servicios, y se les garantizaron títulos para ejercer la prestación de manera exclusiva. Paralelamente estaban obligados a satisfacer una demanda razonable, a brindar determinada calidad en la prestación del servicio, a respetar los mecanismos de fijación de precios y las prohibiciones frente a la expansión o modificación de servicios, y se les impuso la necesidad de obtener aprobación de autoridad competente para finalizar la prestación de un servicio o retirarse definitivamente de un mercado.

En el esquema de *public utilities,* la función reguladora es ejercida a través de comisiones o agencias especializadas, independientes y autónomas, como instrumentos para la obtención de resultados semejantes a los que se obtendría por la vía del mercado.

Un aspecto de gran importancia para efectos de esta tesis, y que bien vale la pena destacar en este momento, consiste en señalar que la existencia de estas comisiones o agencias implicaba su autonomía e independencia frente a los prestadores de los *public utilities,* es decir, el diseño de estas entidades no contemplaba que sus miembros fuesen al mismo tiempo prestadores del servicio que pretendían regular.

Una tercera etapa en materia de regulación es denominada "economic regulation". Se caracteriza por la extensión de los objetivos de esta institución en las *public utitilies,* a todos los otros sectores de la economía donde sea posible[62]. Para este efecto, amplió y profundizó los "cinco principios de una buena regulación" establecidos en 1997 por el "Better Regulation Task Force". Actualmente fijó los siguientes principios en materia de regulación: Accountability, Focus, Predictability, Coherence, Adaptability, and Efficiency, cuyas principales características se destacan a continuación:

III. Accountability (Responsabilidad):

[62] http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/better-regulation/docs/p/11-795-principles-for-economic-regulation

a. Una regulación independiente que tenga lugar dentro de un esquema de deberes y políticas previamente establecidos por una autoridad democrática y responsable (el Congreso y el Gobierno).
b. Las competencias y responsabilidades entre el Gobierno y los reguladores económicos debe ser establecida de forma tal que se garantice que las decisiones regulatorias sean tomadas por la autoridad legitimada para ello, y que cuente con la capacidad y el conocimiento suficiente para decidir sobre las concesiones mutuas requeridas.
c. Los poderes de creación normativa de los reguladores deberían ser, dentro de los límites de la necesidad de guardar la confidencialidad comercial, ejercidos de manera transparente y sujetos a revisión y recursos.

IV. Focus (Enfoque):

d. El papel del regulador debería concentrarse en la protección de los intereses de los usuarios finales de servicios de infraestructura, mediante el aseguramiento del funcionamiento adecuado y competitivo de los mercados donde ello sea posible, o mediante el diseño de un sistema de incentivos y penalidades que replique tanto como sea posible los resultados de un mercado competitivo.
e. Los reguladores económicos deberían tener claramente definido, articulado y priorizado un régimen de responsabilidades enfocado en resultados más que en *inputs.*
f. Los reguladores deberían tener el criterio suficiente para escoger los medios idóneos para alcanzar los resultados.

V. Predictability (Previsibilidad)

g. El esquema de regulación económica debería proveer un ambiente de estabilidad y objetividad que permita a los agentes anticipar el contexto de futuras decisiones y tomar confiadamente decisiones de inversión a largo plazo.
h. El esquema de regulación económica no debería, sin justificación razonable, apartarse de decisiones anteriores, y debería permitirle a las inversiones necesarias y eficientes un ingreso razonable, sujeto al riesgo inherente a todo mercado.

VI. Coherence (Coherencia):

i. El esquema regulatorio debería ser parte naturalmente del contexto político del Gobierno, de acuerdo con sus prioridades establecidas.

j. El esquema regulatorio debería permitir la aproximación multidisciplinar o convergente de las metas políticas entre sectores cuando sea necesario.

VII. Adaptability (Adaptable):

k. El esquema de regulación económica necesita poder estar en capacidad de adaptarse para ajustarse y responder a las cambiantes circunstancias y continuar siendo efectivo y relevante en el tiempo.

VIII. Efficiency (Eficiente)

l. La intervención deben ser proporcionada y costo-efectiva, mientras que las decisiones deberían ser tomadas oportunamente y de manera robusta.

Bajo este esquema, podría decirse, la competencia o el mercado pasan a ser el objetivo central de la regulación, desplazando al menos de manera directa la atención sobre el interés general.

Por lo demás, en general, los debates respecto de la regulación pugnan de manera constante y en un sentido pendular, entre una reducción de la intervención del Estado en la economía, y el despliegue importante de actividad estatal en ésta, no sólo para corregir las carencias y limitaciones del mercado, sino como medio de aproximación a grados más altos de justicia social. Probablemente, de los anteriores debates se desprende la indeterminación tanto conceptual como en cuanto a su naturaleza; aspecto que se podrá observar a continuación.

A. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE REGULACIÓN

Primeramente y reconociendo las dificultades que en varias ocasiones los sistemas lingüísticos[63] presentan en razón de su vaguedad[64] y ambigüedad[65], se

[63]CARRIÓ, Genaro. Notas Sobre Derecho Y Lenguaje. Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1994. Pp137. "Los lenguajes naturales contienen palabras vagas. [...] [e]l uso de una palabra tal como de hecho se emplea, hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella. [...] Dichas palabras son periféricamente indeterminadas. Para incluir o excluir el caso marginal es menester tomar una decisión".

[64]MENDONCA, Daniel, Las Claves Del Derecho. Ed. Gedisa, Barcelona, 2000 P.159 "una formulación normativa vaga es una expresión lingüística desprovista de precisión en cuanto a su contenido significativo. Una formulación normativa puede ser vaga a causa de la imprecisión del significado de algunas de las palabras que forman parte de la expresión lingüística."...

[65]Ob. Cit. MENDOCA. P. 158. "Una formulación normativa es ambigua cuando, en un contexto dado, es posible asignarle dos o más significados, esto es, cuando puede ser interpretada de dos o más modos. Una formulación normativa ambigua expresa más de una norma. Siendo así, la ambigüedad se presenta como una situación de encrucijada para el intérprete, dado que tiene ante sí dos vías (o más) de interpretación y carece de indicaciones acerca de cuál elegir", Ob. Cit. Mendoca. P. 158.

tratará de delimitar tanto como sea posible, un concepto de regulación. En efecto, las definiciones existentes pueden resultar menos universales de lo que se podría creer según señala MARCOU, puesto que el término oculta una fuerte ambigüedad semántica. Por una parte, la designación de la palabra inglesa o americana "regulation" es traducida en francés por reglamentación, en cambio, la mayoría de los Estados europeos han tomado la palabra regulación de la ciencia y tecnología, para distinguirla de la reglamentación[66]. Por otra parte, es recurrente el desprestigio a la noción de servicios públicos haciendo referencia a su imprecisión, curiosamente, no es frecuente escuchar que a la noción de regulación se le puede, igualmente, hacer el mismo reproche.

Para abordar la regulación, pese a que es imprescindible tener en cuenta que ésta se ha convertido en un campo multidisciplinar, cuyos debates se han nutrido de aportes sustanciales hechos por politólogos, juristas, sociólogos, antropólogos y otros[67], asimismo, es necesario tener presente que para los fines específicos de esta tesis, es inevitable definirla conceptualmente.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, regular es

> *"1) tr. Medir, ajustar o computar una cosa por comparación o deducción; 2) [tr.]Ajustar, reglar o poner en orden una cosa. REGULAR el tráfico. 3) [tr.]Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines. 4) [tr.]Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona o cosa. 5) [tr.]Econ. reajustar, aumentar o disminuir coyunturalmente. REGULAR las tarifas, los gastos, la plantilla de empleados".*

Acorde con esta definición, regular sería básicamente ajustar o determinar algo, en cualquier ámbito, lo que haría suponer que la regulación es aplicable a toda actividad que se produzca en ese sentido. Ello sería a lo sumo, inexacto.

Regresando un poco al término intervención, en sentido lato podríamos identificarlo como *la "técnica más característica de ejercicio del poder público: dirigismo, planificación, servicio público, empresa pública, supervisión o regulación"*[68], luego, como se anotó en el capítulo I de esta tesis, la regulación puede ser entendida como una forma particular de intervención Estatal.

[66]MARCOU, Gérard. "La Regulación Y Los Servicios Públicos. Las Enseñanzas Del Derecho Comparado. En "Derecho De La Regulación, Los Servicios Públicos Y La Integración Regional". Editorial L'Hartman Y Universidad Del Rosario 2009. Pág. 11

[67]. 2010 Ob. Cit. Pág. 6

[68]RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El Derecho Administrativo Económico". Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 19

SELZNIK[69] define el término regulación como el "sostenido y específico control ejercido por una autoridad pública sobre ciertas actividades valoradas por la comunidad"[70].

Por su parte, BLACK[71] precisa la regulación en un sentido más amplio, como "el uso intencional de autoridad para afectar el comportamiento de una parte diferente de acuerdo con estándares preestablecidos, incluyendo instrumentos de recopilación de información y modificación de comportamiento".

Respecto de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, la Ley 142 de 1994 incluye también en su artículo 14.18 una definición de regulación, como *"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.

En la doctrina nacional, DUSSÁN define la regulación en los siguientes términos: *"la regulación debe ser entendida y limitada a la acción de intervención del Estado en la economía mediante la fijación de reglas en sectores económicos considerados indispensables para el bienestar general de la sociedad."*[72] DUSSÁN reconoce, además, que si bien hoy es una institución jurídica, la regulación es también un concepto económico inspirado en modelos anglosajones de intervención en sectores estratégicos.

---

[69]"Regulation refers to sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community" SELZNIK, Philip. "Regulatory policy and the social sciences". University of California Press, 1985. Pág 363. Traducción libre del autor.

[70] BALDWIN no comparte la definición de SELZNIK (muy cercana a la que será usada en esta tesis) teniendo en cuenta el alto grado de indeterminación de la cual adolece. A pesar de que en este análisis se comparten las razones expresadas por al autor, igualmente se reconoce que las mismas son aplicables a una definición de regulación con un carácter trans y multi disciplinar, alejado un poco de los objetivos específicos de esta tesis.

[71] BLACK, Julia. "Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-regulation in a "Post-Regulatory" World". En " Current Legal Problems" 2011 V.54 Oxford University Press, 2002.. Pág. 103-47. No obstante compartir una perspectiva más global de la regulación, como en efecto lo plantea la autora, para los fines de esta tesis es preciso delimitar al máximo el concepto, sin perder de vista, desde luego, el carácter multidisciplinar que diferentes autores le atribuyen (E.g. BALDWIN. Ob cit.).

[72]DUSSÁN Hitscherich, Jorge. "Las Agencias De Regulación En Colombia". Http://www.Dussan.Net/Adminarticulos/Agencias.Pdf. Pág.3

Consultada por última vez en junio 15 de 2009

El citado concepto puede ser complementado adicionándole: *"basado en la atribución de los poderes regulatorios a comisiones independientes y especializadas".*[73]

De esta manera, la regulación (desde el criterio de *public utility)* sería una forma de intervención del Estado en sectores estratégicos de la economía[74], por medio de la atribución de facultades específicas de fijación de reglas a comisiones independientes y especializadas.[75]

Una observación de la evolución histórica del mundo moderno da cuenta de una de las principales razones por las cuales fue necesaria la implementación de una institución como la regulación: los fallos de mercado[76]. Los fallos de mercado consisten en la incapacidad de un mercado para distribuir recursos de manera eficiente[77]. Esto se traduce en situaciones que distorsionan la libre competencia y ponen en desventaja o perjudican sectores sensibles de la sociedad y a los que el mercado no ha ofrecido una solución de manera autónoma. La competencia imperfecta, las externalidades negativas y la información asimétrica se convierten en abuso a los consumidores, incremento de los riesgos no permitidos a la sostenibilidad del ecosistema y del aprovechamiento del uso indebido de información privilegiada[78].

Tales escenarios hacen imprescindible la presencia del Estado, es decir, hacen imprescindible la intervención del Estado.

Como la existencia de fallos de mercado con capacidad de generar riesgos elevados y altamente sensibles en la sociedad, en la medida que tienen la facilidad de causar daños inmediatos, replicables de manera casi instantánea en una parte

[73]RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El Derecho Administrativo Económico". Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 21

[74] Los sectores estratégicos son aquellos que involucran una importancia especial y excepcional para el conjunto de la economía. Precisamente, esa mayor relevancia es la justificación usual para la intervención del Estado en estos sectores en la forma que más adelante se explica. En este punto la definición de DUSSÁN, se asemeja a la de SELZNIK. Ninguno de los autores define específicamente el término sectores estratégicos.

[75] Naturalmente, en esta tesis prima un esquema de regulación de *public utilities* dado que ese carácter corresponde al bien afecto a nuestro estudio: la energía eléctrica.

[76] La teoría de los fallos de mercado no es la única justificación aceptada por la doctrina como fundamento de la regulación e incluso ha sido considerada insatisfactoria desde el punto de vista normativo y sistémico. En este sentido ver: LARRAÑAGA, Pablo. *"Interés General y Regulación Económica"*. Instituto Tecnológico Autónomo de México. ISONOMÍA No. 27, 2007. En cambio, el autor plantea el interés general como el núcleo normativo y el principio de sistematización de una teoría jurídica de la regulación[76].

[77] MANKIW N. Gregory, "Principles of Economics: Economics Series". Cengage Learning, 2011

[78] FRIEDMAN, Milton, and Rose D. "Free to Choose: A Personal Statement". Harcourt Brace Jovanovich, 1980. Pág. 167

importante de la población (por no decir toda), se presentan con mayor facilidad en sectores estratégicos como la energía eléctrica; éstos, a su vez, requieren una organización con un grado de experticia, tecnicismo y especialización que sea par a su relevancia, haciendo imprescindible la intervención del Estado por medio de la atribución de facultades específicas de fijación de reglas a comisiones independientes y especializadas; es decir, se hace imprescindible la regulación.

Determinar ¿en qué medida?, determinar ¿cómo regular? Es una cuestión que presenta más de una dificultad, muy probablemente debido a la falta de un criterio generalizado en cuanto a su delimitación tanto económica como jurídica y *"a pesar de ser tal vez la cuestión principal una vez se acepta lo imprescindible de la regulación"*[79]. En todo caso, ese es un análisis que desbordaría los objetivos de esta tesis.

Continuando con una aproximación al concepto de regulación, es importante hacer una comparación entre la noción conceptual de "regulación" desde el aspecto legislativo de diferentes países.

Como se dijo, son pocas las legislaciones que incluyen una definición o un concepto y en todo caso, las que la tienen son realmente diferentes entre sí. A lo sumo, se observa uniformidad en la noción del derecho comunitario que pareciera obedecer tanto más a una noción suplementaria, que a una noción común.

Algunas líneas de un estudio realizado por MARCOU[80] de las diferentes legislaciones sobre regulación desde su contexto internacional en Europa (1) y algunas otras sobre su concepción en el ámbito Americano (2), son presentadas a continuación:

1. El contexto Europeo

En Alemania, el parágrafo 2 de la Ley sobre Telecomunicaciones de junio de 2004 establece que es una misión del poder público de la Federación que responde a objetivos definidos con precisión por la ley.

En Francia, el artículo L. 32-1 del Código de Correos y Comunicaciones Electrónicas (CPCE), expone cómo la función de regulación es independiente de la

[79]RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El Derecho Administrativo Económico". Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 22

[80]MARCOU, Gérard. "La Regulación Y Los Servicios Públicos. Las Enseñanzas Del Derecho Comparado. " En "Derecho De La Regulación, Los Servicios Públicos Y La Integración Regional". Editorial L'Hartman y Universidad Del Rosario 2009. Pág. 16

explotación de redes y del suministro de servicios de comunicaciones electrónicas y que ella se ejerce a nombre del Estado.

En el Reino Unido, no existe un referente legal escrito. Sin embargo, puede observarse el particular caso de Winsor v. Special Raiway Administrators of Railtrack Plc, fallado por la Corte de Apelaciones en Julio 10 de 2002, dónde se debía resolver si prevalecía el poder de los administradores judiciales o el poder del regulador. El pronunciamiento fue una apología a la expresión *rail regulator,* en el sentido que el regulador, es el guardián de cierto interés público definido por la ley. Por tal motivo expresó la Corte:

> *"while the desirability of not interfering with administration is relevant to the issue we have to determine, more important is the broader public interest role of the Rail Regulator wich (**sic)** goes beyond the interest of even the administration of a rail company as important as Railtrack... Because of his statutory responsabilities, the Rail Regulator is better placed to make an overall assessment of what is in the interest of the rail network than the Railway Administrators or even the Court."*[81]

En Bélgica, pese a que la ley del 17 de Enero de 2003 utiliza la palabra regulador, en realidad no da una definición. El Instituto Belga de Correos y Telecomunicaciones es calificado como regulador, por lo cual podrían de alguna manera, asimilarse sus funciones con la regulación, precisa el autor.

En Dinamarca y Finlandia se observan dos fenómenos contrapuestos[82]. En el primero pareciera identificarse la regulación a una derogación de las reglas sobre la competencia con el fin de beneficiar el interés general. En el segundo, influenciado por la "economía del derecho" norteamericana, la legislación pugna por una asimilación entre la regulación y la apertura a la competencia.

Por su parte, el punto de vista comunitario de la Unión Europea parece ofrecer mayor uniformidad, aunque no precisamente mayor claridad. El artículo 16 del tratado sobre la Comunidad Europea, sostiene que la regulación es una función atribuida a los poderes públicos para velar por el buen funcionamiento de los servicios públicos.

---

[81] Winsor V. Special Raiway Administrators Of Railtrack Plc (2002) EWCA Civ 955(10 De Julio De 2002)

[82] MARCOU, Gérard. "La Regulación Y Los Servicios Públicos. Las Enseñanzas Del Derecho Comparado. " En "Derecho De La Regulación, Los Servicios Públicos Y La Integración Regional". Editorial L'Hartman y Universidad Del Rosario 2009. Pág. 23

MARCOU reconoce la gran imprecisión que una definición en estos términos genera. Por ende plantea que se nutra el concepto apelando a las formas comunes de regulación como *"la implementación de autoridades independientes, la llegada de nuevos actores a los mercados para hacer frente al operador tradicional, la distinción entre infraestructura servicio, el que se asuman obligaciones de servicio público y la formulación de reglas para la asignación de recursos escasos."*[83]

2. El contexto Americano

Por otro lado, observando el ámbito americano, las agencias federales de regulación en los Estados Unidos tenían como objetivo reglamentar la actividad empresarial a través de poderes de policía delegados por el Congreso con el fin de garantizar el interés general. De este modo, si no había lugar a la competencia o si ésta era insuficiente para satisfacer el interés público, echar mano de la regulación era una alternativa. Luego de un cambio en la concepción conceptual, la regulación fue dirigida a crear las condiciones para la competencia, no a sustituirla. Adicionalmente, y sobremanera relevante, es el hecho de que en los Estados Unidos, *"la regulación está sometida al control del Congreso pero se asegura la independencia de la "función adjudicativa" que corresponde a decisiones individuales."*[84]

En el caso de Brasil, las agencias reguladoras creadas a partir de los años 90 se identifican con la noción primigenia de las comisiones estadounidenses sobre el papel de la regulación. GRAU[85] sostiene que quizás por ello el sector eléctrico y el sector de las telecomunicaciones en parte, por ejemplo, se explotan mediante un régimen de concesiones.

Respecto de Argentina, COMADIRA[86] explica que la *"regulación debía ser auxiliar de los servicios públicos, y la privatización fue acompañada de un retorno a las concesiones, antes de la creación de condiciones para mercados de libre competencia"*… por lo cual hoy en día *"la regulación está orientada más a controlar a los concesionarios y a reglamentar los litigios con los usuarios, y se aplica a la explotación de derechos exclusivos"* más que a la creación de mercados y establecimiento de escenarios propicios para la competencia.

[83] Ob Cit. Pág. 25

[84] CUSTOS, Dominique. "Derecho De La Regulación, Los Servicios Públicos Y La Integración Regional. Editorial L'Harmattan Y Universidad Del Rosario 2009. Pág. 196

[85] GRAU, Eros Roberto. "La Regulación En Brasil" En "Derecho De La Regulación, Los Servicios Públicos Y La Integración Regional. Editorial L'Hartman Y Universidad Del Rosario 2009. Pág. 229

[86] COMADIRA, Julio Rodolfo. "La Experiencia De La Regulación En Argentina" Pág. 270 Ibíd.

En México, la regulación es un mecanismo de promoción de la competencia sana, que debe garantizar la seguridad y la salud de las personas y proteger el medio ambiente de la forma más adecuada posible. Su principal promotor ha sido el Consejo Coordinador Empresarial (CCE), actual miembro del Consejo para la Mejora Regulatoria, un órgano de enlace entre los sectores público, social, privado y académico.[87]

Por último, Chile es uno de los países pioneros en temas de regulación, principalmente en el campo de las telecomunicaciones[88], expone RIVERA. En el país austral, la reforma del sector de las comunicaciones implicó tres componentes importantes: La privatización de la industria, la introducción de competencia y la creación de un ente regulador independiente[89]. En la búsqueda de un regulador independiente, en el año 2000 la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel), regulador del sector de las telecomunicaciones, creó dos mecanismos para aumentar la transparencia: (i) estableció como política interna invitar a las empresas a participar en discusiones con los funcionarios de la Subtel cuando éstos están creando una regla; y (ii) creó el Comité Consultivo de las Telecomunicaciones (CC), compuesto por representantes de las empresas de telecomunicaciones que operan en Chile.

El CC está compuesto por representantes de las empresas de telecomunicaciones que operan en ese país, (proveedores de equipo, operadores y proveedores de servicio de internet) quienes ayudan a la Subtel a recopilar información y a redactar los borradores de reglas y normas técnicas. Algunos de los miembros del CC pueden ser llamados a participar en grupos de

[87] Centro de Estudios Económicos del Sector Privado, A. C (CEESP). Estudio Comparativo 2005

[88] Precisión importante: El objeto de estudio directo de esta tesis es el diseño institucional de regulación del sector eléctrico colombiano. A pesar de esto, lo anterior no obsta para que se incluyan referencias de otros países y de otros sectores. Específicamente, la referencia al sector de las telecomunicaciones del caso Chileno, es traído con detalle teniendo en cuenta (i) que en este capítulo se tratan de abordar Aspectos Generales de la Regulación, y particularmente, una Aproximación al Concepto de Regulación (aún no se ha entrado en el análisis específico del caso Colombiano propio del capítulo III), y (ii) es el único referente práctico encontrado de un país que, adoptando un sistema de mercado (en el que inclusive el Estado podría, sin los cuestionamientos planteados en este tesis, dirigir directamente la función reguladora pues es ajeno totalmente a la participación y/o competencia en el mercado como agente) incluye a los agentes en la función reguladora. La existencia de este referente y su inclusión, se constituye, con el alcance aquí expuesto, sobremanera relevante.

[89] RIVERA Sánchez, Milagros. "La Regulación de las Telecomunicaciones en Chile y la Esquiva Meta de la Transparencia" http://www.milagrosrivera.com/regulacion.htm#_ftn2. Consultada por última vez en febrero 21 de 2012

trabajo, como el grupo de trabajo sobre televisión digital, o el internet de tercera generación. Quiénes participan en los grupos de trabajo dependen del tema en cuestión, aunque si algún miembro del sector regulado desea participar en un grupo de trabajo, Subtel permite que participe.

Subtel crea todos los grupos de trabajo, si bien la petición de un estudio puede originarse en la agencia misma o por razón de las empresas reguladas. Los grupos de trabajo tienden a trabajar en asuntos técnicos, administrativos u operacionales. Las reuniones, con excepción de la primera, se llevan a cabo por internet.

La participación de los grupos de trabajo se divide generalmente en dos etapas. En la primera, el grupo de trabajo recopila información técnica e investiga cómo otros países están manejando los asuntos relacionados con la tecnología que compete al grupo. El grupo de trabajo debe entregar un informe final en una fecha predeterminada por Subtel. El informe generalmente incluye información básica sobre la tecnología, marco regulador, equipo disponible y tendencias del mercado.

En la segunda etapa, Subtel escoge un nuevo grupo de trabajo que se ocupa de redactar el borrador de la regla o norma técnica. En cada grupo de trabajo participa un funcionario de Subtel.

Durante el proceso de redacción de la regla o norma técnica, miembros del sector regulado pueden acercarse a oficiales de Subtel y hacer recomendaciones o expresar sus preocupaciones.

RIVERA realizó entrevistas a varios miembros del Comité Consultivo, obteniendo como resultado que todos estaban conscientes de que su rol es asesorar a Subtel y expresaron aprecio por la oportunidad de participar en el proceso de redacción del borrador de las reglas o normas.

Uno de los miembros del CC indicó que participar en el comité tiene un beneficio indirecto e igualmente importante: Todos los competidores en el sector están obligados a dialogar entre sí. Cuando se redacta el borrador de una norma o regla, pese a que no todos los miembros del grupo de trabajo puedan estar satisfechos con el resultado, todos reconocen que tuvieron la oportunidad de participar, dice un miembro del CC en la entrevista.

Aun más, miembros del CC expresaron que las empresas que fueron representadas en los grupos de trabajo tal vez no sientan la urgencia de acudir a los tribunales para protestar contra las normas creadas, ya que tuvieron la

oportunidad de exponer sus preocupaciones a Subtel como parte de las discusiones de los grupos de trabajo. A pesar de que no es posible documentar si esto es cierto, - sostiene RIVERA -, no por ello deja de ser un aspecto positivo.

B. APROXIMACIÓN AL EJERCICIO DE LA REGULACIÓN

1. El nuevo papel del *Estado – Regulador*, como actor

Todo el mundo está hablando de regulación, afirma BALDWIN[90]. Una mañana de julio de 2008, relata[91], los oyentes del programa matutino de noticias de la BBC Radio 4 escucharon tres noticias en las cuales se mencionada la palabra "regulación". Una noticia daba cuenta de las reformas regulatorias al mercado financiero en los Estados Unidos, en medio del escándalo financiero en ese país. Otra noticia se relacionaba con la oposición Británica a una Directiva de la Unión Europea sobre pesticidas que parecía cambiar la aproximación regulatoria de "evaluación de riesgo", por una aproximación basada en el "peligro tóxico". La tercera noticia giraba alrededor de la regulación de ciertos beneficios para parlamentarios de la Cámara de los Comunes en el Reino Unido.

Algunas décadas atrás, las noticias sobre pesticidas y asuntos parlamentarios no hubiesen sido asociadas al término regulación. Adicionalmente, las noticias sobre regulación financiera y pesticidas resaltan el interés internacional en los asuntos nacionales sobre regulación, así como la penetración de las políticas de intervención nacional por la aproximación internacional a la regulación.

En efecto, algunos observadores han declarado, de manera reiterada, que en la actualidad se está viviendo la era del "Estado regulador"[92].

El actual y frecuente uso de la expresión regulación, está asociado a la crisis de la fórmula protagonista e intervencionista del Estado. Aquel Estado al que le correspondía un papel protagonista de la vida de la sociedad para satisfacer las necesidades básicas demandadas por la sociedad[93] (e.g., prestar servicios públicos,

[90] BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; y, LODGE, Martin. "The Oxford Handbook of Regulation". Oxford University Press Pág. 4

[91] Op. Cit. Pág 3.

[92] MORAN, M. 2002-2003; MAJONE G. 1994 y 1991. Tomado de BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; y, LODGE, Martin. "The Oxford Handbook of Regulation". Oxford University Press 2010. Pág. 4

[93] RESTREPO MEDINA, Manuel, "El Derecho Administrativo En Los Albores Del Siglo XXI". Universidad del Rosario. 2007. Pág. 38

generar riqueza, entre otros); junto con la noción de servicio público, se ha visto seriamente comprometido.

Desde el punto de vista de su sostenibilidad fiscal y el cumplimiento eficiente de sus funciones generó la crisis política del Estado de Bienestar[94]. Desde el punto de vista de sus aspectos material, orgánico y jurídico, generó el replanteamiento legal de la noción de servicio público[95] y desembocó en la necesidad de su re-estructuración – como se anticipó inicialmente –.

En este proceso de reestructuración, el Estado debía *"garantizar la prestación de los servicios demandados por la población, pero liberándolo de la obligación de asumir la prestación, trasladándola a los particulares y reservándose la potestad reguladora"*[96], dado que *"busca la realización del interés público a través de la realización de los intereses privados."*[97]

DROMI[98] específicamente habla de una renovación de la relación entre los protagonistas, entre el individuo y el Estado. El primero deja de ser un súbdito, para ser un ciudadano, habitante. Al segundo se le recuerda que está al servicio del ciudadano. De esta forma se crea la necesidad de un diálogo entre ambos, ciudadano y Estado, pues esta nueva concepción constitucional replantea la posición como ciudadano y su relación con el Estado y reafirma el carácter prestacional de éste.

No obstante que el Estado pasó, y pasa aún, por una etapa de replanteamiento de algunas de sus características; los fines para los cuales se ha instituido se mantienen incólumes. *"El estado se ve abocado a buscar un modelo de administración que a la vez garantice la realización de los postulados del Estado Social - a los cuales la ciudadanía no está dispuesta a renunciar -, y logre que las prestaciones demandas por ella se satisfagan de manera eficaz y eficiente"*[99] confirma RESTREPO.

---

[94] CHEVALIER, J.: Le Service public, Presses Universitaires de France, París, 1987, págs. 93 a 96.

[95] LÓPEZ CANDELA, J. E.: Sobre la necesidad de un concepto de servicio público, Consejo General del Poder Judicial, 2004, Madrid, pág. 21.

[96] Ibíd., pág

[97] CASTRO CUENCA, Carlos y otros autores. Ob Cit., Pág., 35.

[98] DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo". Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires 1998. Pág 54

[99] RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. "Derecho Administrativo Contemporáneo: ¿Derecho Administrativo Neo Policial?" En "Retos y Perspectivas Del Derecho Administrativo." Bogotá: Editorial De La Universidad Del Rosario, Bogotá, 2009.

Con fundamento en lo anterior, es válido afirmar un cambio en la forma de aproximación estatal hacia el cumplimiento de las diferentes garantías prestaciones que le justifican, no obstante, jamás se ha renunciado a ninguna de ellas.

Producto de esta transformación, en el ámbito de la regulación perdió relevancia la titularidad en la prestación directa de un servicio público, para comenzar a dirigirse la atención hacia la definición y supervisión de las condiciones en las cuales estos deben prestarse, en materia de precio, calidad, cobertura, eficacia y eficiencia, principalmente.

El proceso de renovación del Estado al que se hace referencia, se introduce en virtud de cuatro reformas estructurales: [100] i) la privatización, ii) la liberalización, iii) la neo-regulación y iv) la modernización.

i) La primera consiste en la contractualización y el traslado de la prestación hacia los particulares. Puede ser formal, cuando la administración emplea figuras del derecho privado para la realización de sus actividades, evadiendo la "tramitología" que los actos de derecho público demandan, al tiempo que compromete la – ir – responsabilidad por los actos. Puede ser material, en la medida que se encarga a los particulares la gestión de los servicios públicos por cuenta del uso de figuras como la concesión y es originado principalmente por las necesidades técnicas y operativas del poder público. También puede ser patrimonial, cuando el capital público de las empresas es vendido al sector privado, suprimiendo la participación directa del poder público en la prestación de servicios o la producción de bienes y corresponde a las frecuentes críticas hacia el ente público de *"corrupción, clientelismo y apropiación sindical, dificultad de adaptación al mercado y de control del gasto por disparar con pólvora del rey"*[101].

ii) La liberalización se traduce en la desmonopolización de la prestación de los servicios y la entrada en vigencia de los regímenes de entrada por licencia[102] y no por concesión. La liberalización puede describirse como la "despublificación" de los servicios públicos por antonomasia, como la energía, sobre la base de una economía de mercado y un régimen de competencia.

[100] RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El Derecho Administrativo Económico". Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 32

[101] Ob. Cit., pág 32

[102] Se emplea el término "licencia" indicando un régimen de autorización general. En este tipo de regímenes de entrada, cualquier persona que cumpla algunos requisitos mínimos previamente establecidos por la ley, está habilitado para ejercer la actividad de que se trate, sin necesidad de obtener un permiso específico de parte de ninguna autoridad para el ejercicio de la misma, e.g., una concesión o un título específico.

iii) En tercer lugar, la neo-regulación se presenta mediante una simplificación normativa y procedimental que por ello prescribe la eliminación o supresión de *"algunas instancias institucionales dónde la intervención del estado no se justifica"*[103] planteando cuestiones como la aplicación efectiva de las normas, el conocimiento y la comprensión por los operadores, y sobre todo, el análisis del coste beneficio de los escenarios reales a los que deben adaptarse.

iv) Finalmente, la modernización persigue un desempeño estatal eficaz y eficiente, por cuenta de una *"Administración que trabaje mejor y cueste menos"*[104][105]. La racionalización del gasto y la selección de nuevas formas de gestión han sido la constante desde los años noventa bajo el lema "Reinventing Government"; un replanteamiento de las tradicionales formas de administrar, partiendo de una concepción empresarial de los asuntos públicos. En Colombia, por ejemplo, se está ejecutando en este momento por del Departamento Nacional de Planeación (DNP), el Programa para la Renovación de la Administración Pública[106] (PRAP), cuyo objetivo es incrementar la productividad en la administración pública nacional a partir del mejoramiento de eficiencia, eficacia y transparencia de entidades y sistemas estatales. Hoy en día esta tendencia se ha materializado alrededor del establecimiento de protocolos de gestión de calidad como mecanismo de análisis y evaluación de las políticas públicas y del funcionamiento de los entes administrativos, de los servicios[107] que prestan y de las áreas de recursos humanos.

Corolario de lo anterior, la transformación del papel del Estado interventor, en principio de excepción y no de regla, constituye un replanteamiento expreso del contenido del derecho público económico, cuyo objeto de estudio son la regulación, los regímenes de competencia y los derechos de los consumidores; y dado que el grueso de las regulaciones e intervenciones económicas del poder

[103] RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. "Derecho Administrativo Contemporáneo: ¿Derecho Administrativo Neo Policial?" En "Retos Y Perspectivas Del Derecho Administrativo." Bogotá: Editorial De La Universidad Del Rosario, Bogotá, 2009.

[104] RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El Derecho Administrativo Económico". Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 35

[105] "A better regulation" BALDWIN. Ob cit.

[106] http://www.dnp.gov.co/Programas/Sinergia/EvaluacionesEstrat%C3%A9gicas/EvaluacionesInstitucionales/ProgramaPRAP.aspx

Consultada por última vez en febrero 21 de 2012

[107] Servicios propios del giro ordinario de las entidades estatales, no de servicios públicos en sentido genérico.

público se encuentran previstas y ordenadas en leyes administrativas, constituye un replanteamiento del Derecho Administrativo.

En gran medida la globalización y la integración mundial han sido las causas más visibles de todo este proceso. Gracias a estos fenómenos se ha cambiado la forma en que las personas y los Estados funcionan y se interrelacionan, creando nuevas necesidades e imponiendo como un reto para el Estado *"aprovechar las ventajas relativas de los mercados privados y del voluntariado, al mismo tiempo que utiliza y fomenta su propia capacidad institucional".*[108]

Diversas afirmaciones de este tipo son evidentes en la doctrina. El profesor DUSSÁN[109], explica un nuevo orden económico a nivel mundial, impositivo de una necesaria transformación de los países en cuanto al papel que sus Estados asumen frente a la solución de las necesidades básicas de sus miembros. Dicha transformación, la describe *"…hemos pasado del Estado providente y planificador, que extendía su participación a cualquier actividad, unas veces fijando reglas que entorpecían la libre empresa y otras suministrando directamente un sinnúmero de bienes y servicios, a un Estado regulador."*[110]

En el mismo sentido, SORACE[111] describe al Estado regulador como una consecuencia de la confrontación de una necesidad dual asumida por la Comunidad Europea y los Estados Miembros: (i) la generalización del régimen de competencia en actividades económicas otrora reservadas para bajo el concepto de servicios públicos, y (ii) el compromiso de satisfacer las necesidades colectivas de los miembros de cada país.

---

[108]Banco Mundial, "El Estado en un mundo en transformación", Informe. 1997 http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catfinpub/material/lectura%203_1.pdf

Consultada por última vez en febrero 21 de 2012

[109]DUSSÁN Hitscherich, Jorge. Profesor académico, Ex comisionado de la Comisión de Regulación Comunicaciones –CRC– (antes Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT) y experto colombiano.

[110]DUSSÁN Hitscherich, Jorge. "Las Agencias De Regulación En Colombia". Http://www.Dussan.Net/Adminarticulos/Agencias.Pdf. Pág.2

Consultada por última vez en junio 15 de 2009

[111]SORACE, Domenico. "Regulación, Necesidades Colectivas Y Competencia." En "Derecho De La Regulación, Los Servicios Públicos Y La Integración Regional. Editorial L'Hartman Y Universidad Del Rosario 2009. Pág. 40

Esto es lo que ARIÑO[112] llama la necesaria transformación de las tareas del Estado: de la gestión a la regulación. En vez de gestionar y asumir la ejecución directa de las tareas empresariales, el Estado debe convertirse en regulador, árbitro, supervisor, fomentador[113] de la iniciativa privada y no sustituidor, creador y defensor *"del mercado, tanto en la producción de bienes y servicios económicos como culturales, sanitarios, etc."*[114] El autor describe una tendencia dirigida a la consecución de un nuevo modelo de estado orientado por la competencia entre los prestadores ya públicos, ya privados; basado en la libertad, uno de los ejes del principio democrático.

Para hablar de competencia entre prestadores, es esencial que los usuarios – consumidores, tengan libertad de elegir el prestador, libertad de elegir el médico (público o privado) o de elegir la Universidad (pública o privada). Este eje no ha sido consolidado a plenitud. ARIÑO expone a modo de ejemplo:

> "*obviamente, dicha libertad no existe si se obliga a un pago doble (impuestos para financiar la prestación pública y precio del sistema privado) para acceder a la prestación privada en vez de la prestación pública. Un ejemplo cercano sería el de la obligatoria cotización a MUFACE, a la que se pagan unas 270.000 pesetas. Por tener salud "gratis". ¿Por qué no permitir la renuncia al sistema público de salud, aportando una contribución social – unas 60.000 pesetas – para los menos favorecidos? Siempre habrá diferencias entre la sanidad que logre un rico y la de un pobre, pero se trata de reducir diferencias y lograr un servicio más competitivo, que proteja al enfermo y no al hospital, mediante el cheque médico u otra forma de instrumentarse la libertad de elección."*[115]

Esta nueva aproximación[116] al papel del Estado supone consecuencias, al igual que las reformas, estructurales.

---

[112]En el empleo del término "defensor del mercado" nos apartamos un poco del autor. A nuestro entender, el regulador debe ser, precisamente, el principal defensor del mercado, entendida esta defensa como la garantía de condiciones de competencia.

[113]BALDWIN respalda esta posición: "So-called "command and control" was the traditional starting point of both regulators and regulatory scholars in the 1960s and 1970s, but by the 1980s, the deficiencies in such systems were outlined in numerous studies, and calls were made for introduction of "less-restrictive" and "incentive-based" controls". Ob cit. Pág. 9

[114]ARIÑO Ortíz, Gaspar. "Principios De Derecho Público Económico". Universidad Externado De Colombia. Pág. 157.
[115]ARIÑO Ortíz, Gaspar. "Principios De Derecho Público Económico". Universidad Externado De Colombia.Pág. 158.

[116]Cabe resaltar que este protagonismo del estado es un proceso novedoso, que no es lo mismo decir que sea nuevo, propiamente dicho. Es novedoso particularmente en Colombia, principalmente por una razón tradicional: Es

La concepción de una administración económica, como el todo de un aparato institucional con el deber de adaptarse a las necesidades de la estructura económica por medio de la flexibilidad y la eficacia, favoreciendo el correcto funcionamiento de la administración pública, ofrece una de las más ostensibles consecuencias encontradas a través de este análisis y que es al tiempo una característica de aquella (de la administración económica): *"la sustitución de las decisiones unilaterales por fórmulas convencionales*[117] *de intervención administrativa, lo que se conoce bajo la denominación de Administración concertada."*[118] RIVERO explica cómo los objetivos de la administración económica sólo se pueden alcanzar sobre la base de los acuerdos entre los sujetos públicos y privados que actúan en los sectores sobre los cuales los primeros intervienen. El concepto de administración concertada es fundamental para edificar algunos de los objetivos de esta tesis.

2. El principio democrático y derecho al correcto funcionamiento de la administración pública

Sea lo primero identificar al Estado con una carreta[119] (la "Carreta") y a los ciudadanos con sus pasajeros, quienes se dirigen hacia un destino democrático (el "Destino"). La Carreta no es igual a los bueyes que tiran de ella, éstos son el Gobierno, y las ruedas sobre las que anda la Carreta tampoco son iguales a los bueyes, ellas son la administración pública. Ambos son "chuzados" por el cochero, el jefe del Estado. Los ciudadanos necesitan de la Carreta para viajar por las trochas de la historia, del presente y hacia su futuro Destino. Ahora, en ellas siempre aparecen lobos (incluso los mismos pasajeros se convierten en lobos frente a los demás), por lo que es necesario una fusta y alguien que la maneje, de ahí que el Estado ostente el monopolio de la fuerza; no obstante, como él mismo puede usar la fuerza en contra de los pasajeros, es necesario un bozal para el Estado, que sería la ley, la cual es una carretera (la "Carretera") que protege a los ciudadanos

consecuencia del posicionamiento a nivel mundial como país, conforme al cual, los efectos de una tendencia sólo se evidencian directamente algunos años o décadas después que han sido originados en los países líderes a nivel político y económico en el mundo. Por risible que parezca en los albores del siglo XXI, es un proceso de adaptación, por decir lo menos, algo paquidérmico. Sin embargo, es un proceso que está en construcción, inclusive a nivel mundial. Sobre el replanteamiento del papel estatal como etapa en desarrollo ver el Informe del Banco Mundial de 1997 "El Estado en un mundo en transformación".

[117] Convencional, en sentido de convención o acuerdo.

[118] RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El Derecho Administrativo Económico". Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 17

[119] ANGULO NOVOA S.J., Alejandro; RODRÍGUEZ VALDERRAMA S.J., Mauricio y GARZÓN FORERO, Alfredo. "La Carreta del Estado" Centro de investigación y Educación Popular. 1992.

de los excesos de aquél y garantiza que todos puedan viajar en la misma Carreta hacía su Destino.

Adicionalmente, otro problema puede presentarse. Un exceso de libertad de los pasajeros permitiría que éstos exigieran al cochero salirse de la Carretera, ocasionando que ésta se atasque y se vuelque. Cuando ello ocurre, es frecuente que *los pasajeros se agarren a trompadas y la fiesta termine con muertos. Y en esos accidentes sucede, con frecuencia, que el cochero y los bueyes del gobierno pisotean a los pasajeros y que las ruedas de la administración salen rodando, por su cuenta, en todas direcciones"*[120]alejándose, irremediablemente, del Destino.

El cochero debe entonces seguir la Carretera, y además, permanecer dentro del mapa de la Constitución (el "Mapa"). A cada cochero definitivamente no puede permitírsele que pinte su propio Mapa, es decir: es necesario amarrar al cochero. Ahora, *al cochero no se le puede dejar que se ate él mismo porque hace los nudos flojos.*[121]Unos nudos flojos son, por ejemplo, el formalismo jurídico y la excesiva creación de leyes. Demasiadas leyes terminan mareando a los pasajeros, quienes en medio del síncope no las pueden entender, mucho menos cumplir. Este vértigo es desde luego aprovechado por el cochero, quien echa mano de leyes especiales desnaturalizando el carácter general, impersonal y abstracto de la ley. El formalismo jurídico por su parte, termina llamando ley a cuanto capricho del gobierno con tal que tenga impreso el escudo nacional. El nudo del formalismo jurídico es tan flojo, que una ley aunque no sea recta termina siendo una ley, permitiendo a la legislación la tiranía misma y no solo escudarse bajo el nombre de "legal" sino que además contempla la posibilidad de que le terminen encarando a la policía.

En este orden de ideas, deben ser analizados los principios que gobiernan las relaciones de los pasajeros de la Carreta entre ellos y frente a la Carreta misma, incluyendo el cochero, bueyes y ruedas. Estos son los principios de libertad e igualdad, y el derecho al correcto funcionamiento de la administración pública.

Entre finales del siglo XVIII y principios del XIX, las llamadas revoluciones burguesas[122] hicieron gala de derechos y construcciones académicas que no

[120] ANGULO NOVOA S.J., Alejandro; RODRÍGUEZ VALDERRAMA S.J., Mauricio y GARZÓN FORERO, Alfredo. "La Carreta del Estado" Centro de investigación y Educación Popular. 1992. Pág., 39

[121] Ídem. pág 52

[122] Son llamadas revoluciones burguesas la Revolución Francesa y la de Independencia Norteamericana, seguidas de las de las colonias en América.

aplicaban o que restringían muy selectamente en razón de género, raza y/o posición social (por ejemplo el caso de sociedades como la norteamericana que justificaban su independencia bajo el estandarte del derecho a la libertad y a la representación – *no taxation without representation* –al tiempo que toleraban la esclavitud y restringían el derecho al voto).

Sin embargo, fue a partir de aquellos conceptos que se impulsó el cambio en la relación gobernante – súbdito, legitimada por la voluntad divina, hacia un forma diferente de aproximación entre el Estado y los particulares, hoy evidenciada en la relación administración – ciudadano, cuyo fundamento del poder político es el binomio Libertad e Igualdad, la mejor expresión del principio de soberanía popular entendido como *"el derecho de todo el pueblo de dirigir la sociedad civil hacia su objetivo*[123]*"*.

En primer lugar, el Principio[124] de Igualdad supone tener como iguales a sus miembros en todo cuanto tenga que ver con su capacidad o posibilidad de participar y ejercer su soberanía. De una parte, porque el grado de civilización que la humanidad ha alcanzado hoy, permite tener certeza que no son el género, la raza, la posición o la religión, criterios que distingan la calidad de un hombre, de otro. Se ha convenido en eso y por ello cuando se habla del "pueblo", se hace en sentido genérico, todos. De otra parte, porque no es posible justificar el ejercicio del poder sino bajo dicho entendido y cualquier intento de hacerlo sobre una base discriminatoria, como por ejemplo, ser mujer o afro descendiente o judío, no haría más que deslegitimar el contenido normativo del sistema.

En segundo lugar, una aproximación al concepto de soberanía popular a partir del Principio de Libertad, obedece a dos razones:

De una parte, obedece a que la fuente de la legitimación de la vinculación normativa *"deviene del hecho de que sólo sean obligatorios los límites impuestos por la propia voluntad"*[125], de suyo, de personas libres. ARIÑO, por ejemplo, sostiene la necesidad de una reforma del modelo de prestación de servicios, respaldada bajo el Principio de Libertad. Según el autor, *"el neoliberalismo proclama que cada uno sabe*

[123]ANGULO NOVOA S.J., Alejandro; RODRÍGUEZ VALDERRAMA S.J., Mauricio y GARZÓN FORERO, Alfredo. "La Carreta del Estado" Centro de investigación y Educación Popular. 1992.

[124] Sin detenernos en consideraciones muy elaboradas, la expresión la usamos en este contexto en su sentido más lato, como el punto de partida, como el presupuesto básico a partir del cual se puede comenzar a construir un sistema, un edificio, etc.

[125]República De Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 522 De 2002. MP Jaime Cordoba Triviño.

– mejor que el Estado – cómo gastar su propio dinero, y que cuanto más dinero pueda guardar en su bolsillo, tanta más libertad y más dignidad conservará."[126]

De otra parte, obedece a que la libertad se extiende a la facultad real de la soberanía, que libre, esto es, valida de fuerza interior y de autodeterminación para actuar[127], inclusive puede cambiar su configuración misma en tanto y en cuanto lo estime necesario. Basta un argumento a *fortiori a maiori ad minus*[128] para demostrar esto: se considera que es claro que si una persona puede gritar en un recinto cerrado, también podría cantar, hablar o susurrar; luego, así también debe serlo, que si una persona puede crear y organizar un sistema, podría, asimismo, modificarlo e inclusive, suprimirlo.

Igualdad y Libertad son pues, a grandes rasgos, los elementos que integran el principio democrático.

Desde otra perspectiva, la administración pública se ha convertido en un derecho subjetivo de los ciudadanos[129] conforme al cual, *"la función administrativa está sometida a un deber jurídico de buena administración, un deber de hacer consistente en un mandato de actuación de forma racional, objetiva, coordinada, eficaz, eficiente y económica en su servicio a los intereses generales."*[130] Se trata de una construcción conceptual que encuentra asidero en el derecho comunitario europeo, específicamente, en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza):

> *"1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.*

[126]ARIÑO Ortíz, Gaspar. "Principios De Derecho Público Económico". Universidad Externado De Colombia. Pág. 158.

[127]Al menos en sentido genérico. Para el análisis de corrientes de pensamiento que propugnan la predeterminación ver: Friedrich Nietzsche. Libertad De La Voluntad Y Fatum. Traducción De Luis Fernando Moreno Claros, En Nietzsche, F., De Mi Vida. Escritos Autobiográficos De Juventud (1856-1869), Valdemar, Madrid, 1997.

[128]GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo. Estudios De Teoría Y Metateoría Del Derecho. Trad. Jordi Ferrer I Beltrán. Ed. Gedisa, Barcelona, 1999 P. 222. "El argumento a fortiori se presenta, a grandes rasgos, de la siguiente forma: la disposición d ("si f1, entonces g") vincula la consecuencia jurídica g al supuesto de hecho f1; pero dado que el supuesto de hecho f2 merece con mayor razón, la misma consecuencia jurídica, entonces, la disposición d debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia g se aplica también al supuesto de hecho f2".

[129]CASTRO CUENCA, Carlos; GARCÍA LÓPEZ, Luisa y MARTÍNEZ VARGAS, Juan. "La Contratación Estatal: Teoría General" Perspectiva comparada y regulación internacional. Editorial Universidad del Rosario. 2010. Pág., 39

[130]PONCE Solé.J., Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad. EN CASTRO CUENCA, Carlos; GARCÍA LÓPEZ, Luisa y MARTÍNEZ VARGAS, Juan. "La Contratación Estatal: Teoría General" Perspectiva comparada y regulación internacional. Editorial Universidad del Rosario. 2010. Pág., 35

2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua."

La Constitución Colombiana consagra un derecho similar, un poco más restringido o por lo menos expresado de forma más condensada: el derecho de petición del Artículo 23:

"Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales."

La doctrina ha desarrollado los elementos del derecho al correcto funcionamiento de la administración pública: i) interés general, ii) objetividad, iii) legalidad y iv) eficacia.

i) El interés general se describe como una *"forma de excluir los intereses particulares del gobierno"*[131], así como una forma de identificar la necesidad de intervención de la administración e inclusive, como criterio de jurisdicción.

ii) La objetividad se entiende como una cualidad que permite a un sujeto superar las opiniones personales y los prejuicios en la descripción o percepción de un objeto, así como la cualidad de un objeto de estarse a aquello por lo cual se justifica o para el fin que está concebido. Esto implica que la objetividad es ajena a toda consideración personal y sólo obedece la voluntad de la norma. Además lleva

[131]CASTRO CUENCA, Carlos; GARCÍA LÓPEZ, Luisa y MARTÍNEZ VARGAS, Juan. "La Contratación Estatal: Teoría General" Perspectiva comparada y regulación internacional. Editorial Universidad del Rosario. 2010. Pág., 39

implícita la neutralidad de la administración pública, que consiste en su deber de actuación sin tener en consideración el favorecimiento o perjuicio de las políticas del gobierno; y la imparcialidad, que ata al funcionario al deber de fidelidad en el ejercicio de sus funciones, debiendo prescindir de su opinión y voluntad propia, limitándose a la ley.

iii) La legalidad comprende una vinculación normativa negativa de sólo poder hacer aquello que está permitido, y de ahí, la necesidad de motivar y fundamentar normativamente toda decisión.

iv) El último de los elementos del derecho a una correcta administración lo constituye el que las decisiones que de ésta emanen sean eficaces. Ahora, esta eficacia está dirigida a una exigencia específica que las decisiones sean aptas para producir los resultados esperados, no necesariamente que los resultados se produzcan[132]. La satisfacción de las necesidades públicas como fin de la administración, será eficaz no en tanto éstas se consoliden, sino en cuanto las decisiones encaminadas a su consolidación sean tomadas oportunamente, con la mejor distribución y aprovechamiento posible de los recursos disponibles, garantizando el acceso a todos en igual condiciones, sin interrupciones prolongadas o injustificadas, con prestación regular, con facilidad de adaptación a los avances tecnológicos[133] y adicionalmente, en coordinación tanto de las instituciones de la administración como de administraciones entre sí.

Ahora, cabe preguntarse: ¿cómo están relacionados el principio democrático y el derecho al correcto funcionamiento de la administración, con la regulación? Estos conceptos están relacionados comoquiera que las instituciones jurídicas (y la regulación evidentemente lo es) adecuan sus funciones de acuerdo con los cambios en los contenidos del Derecho, a medida que su papel frente a la sociedad varía. Y si varía, por ejemplo, cuando los gobernados o súbditos se convierten (o son reconocidos) en ciudadanos, varía también, por ejemplo, cuando comprendida la soberanía en calidad de ciudadanos, expresada principalmente mediante el reconocimiento de la libertad y la igualdad, se tiene la capacidad de diseñar el

[132]MENÉNDEZ PÉREZ, S., "El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial", en Delgado Barrio J., (Dir) Eficacia, discrecionalidad, y control judicial en el ámbito administrativo. CGPJ, 1995, p.21. Tomado de: CASTRO CUENCA, Carlos; GARCÍA LÓPEZ, Luisa y MARTÍNEZ VARGAS, Juan. "La Contratación Estatal: Teoría General" Perspectiva comparada y regulación internacional. Editorial Universidad del Rosario. 2010. Pág., 44

[133]RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El Derecho Administrativo Económico". Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 180

Mapa por donde va a ir la Carreta, de elegir el Destino, en otras palabras, de auto determinar el contenido del Derecho.

Hoy en día, esa auto determinación se hace en el marco del principio democrático: entre todos los ciudadanos dibujamos el Mapa, y conforme con el derecho al correcto funcionamiento de la administración: la administración se ajusta a ese Mapa, inclusive si hacerlo perjudica al cochero (el jefe de Estado) o a los bueyes (el Gobierno)[134]. La regulación, como institución jurídica, no puede ser ajena a este proceso.

Delimitados de manera genérica algunos aspectos generales de la regulación: una aproximación conceptual desde una observación transversal del panorama internacional, y el principio democrático y el derecho al correcto funcionamiento de la Administración como elementos rectores de la actividad reguladora propios de sistemas de derecho romano-germánico; es menester abordar, particularmente, el fenómeno regulatorio en Colombia.

En este último capítulo se estudiará, entre otros, el contexto constitucional y legal de la regulación colombiana, de manera paralela a su evolución jurisprudencial, la naturaleza de las autoridades regulatorias, y el denominado riesgo de oportunismo del Gobierno específicamente en el sector eléctrico.

[134]CASTRO CUENCA, Carlos y otros autores. Ob Cit., Pág., 42. El principio de neutralidad.

III. ASPECTOS PARTICULARES DE LA REGULACIÓN ELÉCTRICA: EL REGULADOR COLOMBIANO[135]

El estudio de algunos aspectos particulares de la regulación en materia de energía eléctrica en un contexto doméstico, implica, indiscutiblemente, una observación de la forma en que dicha institución fue entronizada en el ordenamiento jurídico nacional. Con este propósito, se hará un análisis deductivo indirecto, partiendo de la norma superior jerárquica del ordenamiento colombiano, y se continuará a través de aquellas paralelas o inferiores que la desarrollen. Igualmente, es pertinente un análisis de algunas de las características y objetivos trazados en el marco general del sector eléctrico según fue establecido en 1994.

Con los indicados objetivos, los referentes obligados serán la Constitución Política de 1991, el Documento CONPES 2534 de 1991, y las Leyes 142 ("Ley de Servicios Públicos") y 143 ("Ley Eléctrica") de 1994. Una normativa que prevé una regulación de servicios públicos caracterizada, en principio, por una amplia participación de la empresa privada, por un régimen de competencia y de libertad de entrada[136], fundamentado en los derechos constitucionales de iniciativa privada y libertad de empresa.

---

[135] El sector eléctrico en Colombia, comprende matices que lo diferencian sustancialmente de otros países latinoamericanos como Brasil, Chile, Argentina, México. Especialmente, la participación en el mercado, que es total o mayoritariamente privada (como en el caso de Chile – 100% privada y Argentina -cerca del 75%), o total o mayoritariamente pública (como en el caso de Brasil – cerca del 90% y México 100%, con una participación privada de menos del 10% en generación). Si el mercado eléctrico es competido entre los particulares, la regulación puede o no estar en cabeza del Gobierno, pero no se vería afectada por ventajas de éste como competidor y regulador al mismo tiempo. Si el mercado eléctrico no es competido o se ejerce en una proporción tan elevada por el Estado como en Brasil y México, la independencia del regulador será estudiada respecto del interés nacional del sector y naturalmente tratará de evitar el riesgo de oportunismo del Gobierno frente a este aspecto, pero no frente a otros competidores. Ambos casos se alejan del modelo colombiano, cuya particularidad (un mercado con presencia relevante de ambos sectores como competidores) justifica un análisis propio y exclusivo.

[136] El régimen de participación como generador o comercializador de energía eléctrica ha sido establecido como un mercado de competencia de libre entrada (de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 142 y el 24 de la Ley 143) y autorización general (de acuerdo con el artículo 7 de la Ley Eléctrica). Esto quiere decir que la Ley de Servicios Públicos y la Ley Eléctrica son los títulos habilitantes suficientes para generar o comercializar energía eléctrica. No es necesaria la obtención de otros tipos de títulos como concesiones, contratos, licencias, más allá de aquellos para el cumplimiento de algunas condiciones especiales indicadas en dichas leyes y algunos aspectos ambientales cuando apliquen. De esta forma, los agentes interesados en participar en el sector eléctrico no requieren licencias, autorizaciones o permisos diferentes a las leyes en mención para generar o comercializar energía. Algunas licencias y permisos pueden ser, eventualmente, requeridos para el uso del agua, el espectro radioeléctrico (conforme señala el artículo 25 de la Ley de Servicios Públicos) y para cumplir con algunas normas territoriales (artículo 26, Ley 142); en todo caso, tales permisos o licencias están dirigidos al uso de recursos naturales, planeación urbana, seguridad, tranquilidad, espacio público o transito, pero no a las actividades del sector eléctrico en sí mismas.

El sector eléctrico colombiano fue reformado y reestructurado normativamente en los 90, como respuesta a la crisis energética de 1992.

Durante ese período se afectó la confiabilidad del sistema dada su casi total dependencia de la generación hidráulica, seriamente comprometida por el Fenómeno del Niño[137][138]. De manera paralela, la cobertura del servicio de energía eléctrica apenas alcanzaba el 80% de la población nacional, y un rápido aumento en la demanda de energía eléctrica superaba la capacidad administrativa, financiera e institucional de las empresas públicas del sector eléctrico. Las fallas más notorias eran: *"a) la dispersión y mezcla de responsabilidades dentro del marco regulatorio del Estado y la deficiente gestión administrativa de las empresas; b) algunos desequilibrios regionales en la cobertura del servicio; c) la crítica de la situación financiera de las empresas; y, d) el manejo inadecuado de los precios de los diferentes energéticos y las restricciones a la oferta de gas."*[139]

De la anterior situación surgió el reconocimiento de una crisis del sector que exigía reformas estructurales, labor dentro de la cual se aprobó el Documento CONPES No. 2534 de 1991 y que planteó la "Estrategia de Reestructuración del Sector Eléctrico".

En cuanto a la orientación que se dio al sector de la energía eléctrica en el marco normativo de 1994, una apreciación bastante visible sería la que se hizo en cuanto a las actividades que lo componen: Generación, Comercialización, Transmisión y Distribución de energía eléctrica, diferenciando así dos segmentos, uno de competencia y otro de monopolio y estableciendo reglas claras de integración vertical y horizontal.

A partir de las mencionadas Ley de Servicios Públicos y Ley Eléctrica, las normas y regulaciones en materia de energía distinguieron muy bien el régimen aplicable a cada una de esas actividades. La Ley de Servicios Públicos estableció que dentro de tales actividades, el servicio público en *strictu senso, "es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario*

[137] El Niño es básicamente un fenómeno climático que genera períodos de baja hidrología. Es erráticamente cíclico (entre tres y ocho años), y consiste en un cambio en los patrones de movimiento de las corrientes marinas en la zona intertropical provocando, en consecuencia, una superposición de aguas cálidas procedentes de la zona del hemisferio norte inmediatamente al norte del ecuador sobre las aguas de emersión muy frías que caracterizan la corriente de Humboldt; esta situación provoca estragos a escala zonal (en la zona intertropical) debido a las intensas lluvias, afectando principalmente a América del Sur, tanto en las costas atlánticas como en las del Pacífico.

[138] Cabe destacar, la solución del Gobierno consistió en una serie de racionamientos programados y el establecimiento de un horario de verano.

[139] Documento CONPES 2534 de 1991

final, incluida su conexión y medición[140]" (es decir, la Distribución), aunque acto seguido indicó: "*también se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión*"[141]. Como se puede observar, se hizo un reconocimiento expreso de cuál era la actividad que para el Estado revestía de esa especial connotación (de servicio público) y se indicó que, sólo en calidad de actividades complementarias, las otras también se encontraban sujetas a la normativa de dicha Ley.

Es importante destacar esa diferenciación pues, haciendo uso de una interpretación *a contrario sensu*¸ implica que esas otras actividades no son consideradas como servicios públicos; aspecto que impone más de una consecuencia de relevancia jurídica.

En las actividades de Generación y Comercialización de energía eléctrica se observó reflejado con mayor concreción el talante que guió el marco general de los servicios públicos y naturalmente del sector eléctrico: la creación de mercados en condiciones de competencia y el reconocimiento de los derechos constitucionales de libertad de empresa e iniciativa privada, dónde fuera posible. El criterio de regulación a aplicar en el sector eléctrico (fundamentalmente en dichas actividades) era de libertad de mercado y no de monopolio estatal, o al menos no de prestación exclusiva del Estado[142]. El nuevo esquema contemplaba la participación tanto de éste como de agentes privados[143].

De manera paralela, el diseño normativo de la reforma planteaba un fortalecimiento de la función de dirección, fijación de políticas y regulación del sector eléctrico, como competencias exclusivas del Ministerio de Minas y Energía ("MME") permitiendo así la especial situación que casi 20 años después aún se observa: la superposición de roles del Estado como regulador y agente de mercado. Es menester decirlo, se trataba de una doble calidad del Estado abiertamente incontrastable con los fines de competencia y apertura de mercados; objetivos fundamentales de la reforma del sector eléctrico.

A pesar de que el ánimo de independizar el marco regulatorio del sector constituyó uno de los motivos de la reforma: *"Existe una mezcla de lo regulado con lo regulatorio"* indicaba el Documento CONPES 2534 de 1991, dado que las funciones de regulación correspondían en ese momento a ISA, un agente de mercado; al

[140] Artículo 14.25 de la Ley 142 de 1994
[141] Ídem
[142] Artículos 10, 15, 19,22, 23, 25, 26, 32 Ley de Servicios Públicos. Y Artículos 7, 24,26, 42 Ley Eléctrica
[143] Artículos 5, 6, 7, 8, 15, 27, Ley de Servicios Públicos

parecer, no tuvo en cuenta la reforma que el Estado (a través del MME y otros ministerios u organismos de naturaleza pública) es también hoy un competidor pues controla empresas del sector.

Como se analiza más adelante, el organismo regulador no fue diseñado para ser una entidad realmente independiente del Gobierno; y la participación privada (que inicialmente tuvo un auge importante en el período 1996-2003 con las primeras privatizaciones) ha desacelerado su inversión en el sector, probablemente, como consecuencia de algunas de las implicaciones que el diseño institucional de regulación actual, ha generado.

Por lo demás, las actividades de Transmisión y Distribución, se analizaron desde una óptica más restringida, y sujetas a una regulación estricta, aunque también contemplaban la posibilidad de participación privada.

Así las cosas, en este capítulo se hará una incursión en las características del regulador colombiano desde su construcción constitucional y desarrollo legal y judicial (A), finalizando este capítulo con el que sería el segundo interés fundamental de esta tesis, generar un espacio de discusión frente al papel del regulador eléctrico a partir del análisis del riesgo de oportunismo del Gobierno (B).

A. REGULACIÓN: CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGISLACIÓN APLICABLE

La Constitución de 1991 establece un régimen económico propio. Especialmente en los artículos 333[144],334[145]y 365[146], se desarrollan los principios orientadores del

[144]ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

[145]ARTICULO 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

ejercicio de la actividad económica: la libertad de iniciativa privada y del sistema de mercado; la intervención estatal en sectores estratégicos; la concepción de los servicios públicos y el interés social. Tales principios son realizados a través de diferentes actores del Estado. Los numerales 21 y 23 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991, imponen como función legislativa del Congreso, *"Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica"*; y *"Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos."*

A tenor del numeral 21, las leyes en materia explotación de recursos naturales, uso del suelo, producción, utilización y consumo de bienes, y de servicios públicos y privados; deben establecer tanto los objetivos perseguidos con la intervención, como los parámetros a los cuales debe circunscribirse. Ahora, estas leyes consisten en una periferia dentro de la cual se ejecutan las funciones que el Artículo 370 de la Constitución le asigna al Presidente de la República, a saber, la fijación de políticas generales de administración y el control de eficiencia de los servicios públicos. Explícitamente, el texto superior[147] subordina ésta labor a las leyes en mención. Si bien aquellas leyes son las expedidas en materia de regulación, ello no asimila, *per sé*, la facultad de fijar políticas con una potestad de regulación.

En este sentido, la Constitución del 91 expone en su artículo 113, que adicionalmente de las ramas del poder público, ejecutiva, legislativa y judicial, existen otros órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Tal es el caso de las llamadas comisiones o agencias

---

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

[146]ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

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

[147]ARTICULO 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

de regulación en Colombia. Un ejemplo sería la Comisión Nacional de Televisión, cuya existencia y naturaleza es indiscutible habida cuenta la explícita manifestación y definición que hace la misma Carta Política. No obstante, no ocurre lo mismo con órganos similares, dirigidos a sectores estratégicos diferentes, e.g., la energía eléctrica y el gas, cuyo fundamento es de orden legal y su mayor desarrollo ha sido de carácter jurisprudencial, como se expone más adelante.

Para la configuración y naturaleza de las comisiones de regulación, el legislador acudió al régimen ordinario de la estructura y funcionamiento del poder ejecutivo, organizándolas como unidades administrativas especiales acordes con el artículo 6 de la ley 142 de 1994, como entidades bajo la órbita de los controles tutelares del poder ejecutivo[148], aspecto que anticipa cierto indicio de razón al cuestionar la autonomía de estos organismos, desde la génesis de su concepción y creación.

Ahora, es menester precisar un aspecto. Como quiera que la prestación y el acceso a los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, la Constitución previó que para la prestación eficiente y permanente de estos servicios debía haber una intervención estatal por cuenta del control, la vigilancia y la regulación sin importar si son prestados por el Estado o por los particulares. A quien le corresponde señalar con sujeción a la ley las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios es al Presidente de la República, quién ejerce las funciones de inspección, control y vigilancia a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Como las funciones de fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios son de carácter administrativo, y éstas, de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la ley 142 de 1994 y el juicio de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional, son delegables en las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios, naturalmente son actuaciones con carácter administrativo, cuyos actos sean de carácter general o particular deben sujetarse a todas las formalidades previstas en el Código Contencioso Administrativo. De esta forma, sobre los mismos procede el control de legalidad en vía gubernativa[149] o en instancia del juez administrativo correspondiente.

---

[148]SANTOFIMIO, Jaime Orlando. "Los Servicios Públicos: Vicisitudes Y Fundamentos De Un Tema Jurídico Inconcluso E Impreciso". Pág. 1914- 1916

[149] Con fundamento en el artículo 28 de la Resolución 063 de 1999 (aprobada por el Decreto 2461 de 1999) "Por la cual se establecen los estatutos y el Reglamento Interno de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG", contra los actos de carácter particular que expida la CREG, únicamente procede el recurso de reposición. Vale la pena resaltar que de acuerdo con el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo ("C.C.A."), la vía gubernativa se entiende agotada una vez el acto quede en firme por no haber sido interpuesto el recurso de reposición, que, según lo dispuesto en el

Efectivamente, en el ordenamiento jurídico actual, las comisiones de regulación en mención hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, conforme lo establecen los artículos 38 y 48 de la ley 489 de 1998; e integran la Administración Pública, razón por la cual el Presidente de la República actúa como suprema autoridad administrativa de cada una, con fundamento en el artículo 189 de la Constitución Política.[150]

En sentido genérico, las comisiones de regulación de servicios públicos en Colombia, fueron creadas y organizadas por la Ley 142 de 1994[151]. Fueron organizadas como unidades administrativas especiales, sin personería jurídica y como parte de la estructura administrativa del respectivo Ministerio: la comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico en el Ministerio de Desarrollo Económico, la comisión de regulación energética en el Ministerio de Minas y Energía, y la comisión de telecomunicaciones en el Ministerio de Comunicaciones.[152]

Estas comisiones se instituyeron buscando la regulación de los servicios públicos por medio de entidades con una estructura y organización administrativa singular, distintas de los modelos tradicionales, con relativa autonomía e independencia funcionales, con conocimiento y capacidad técnica y neutrales, observando los principios de la función administrativa.[153] En este orden de ideas, debían contar con personal técnico cualificado y con todos los medios tecnológicos y de información al alcance, asegurando una labor eficaz.[154]

A juicio de esta tesis, la estructura normativa Colombiana, prevé desde el rango constitucional un imbricado sistema de concepciones (o contradicciones) en cuanto a la función de regulación, más aún el desarrollo jurisprudencial que como se observará, ha tenido. Dejando un poco de lado este análisis, lo que resulta más preocupante todavía, es que a pesar de que el ordenamiento jurídico no prevé la existencia de organismos, agencias o comisiones de regulación de servicios

---

artículo 51 del C.C.A. no es de obligatorio. No obstante, el citado artículo 28 de la Resolución 063 establece que el agotamiento de la vía gubernativa se configura con la decisión sobre el recurso, lo cual, al parecer, estaría condicionando ésta a la interposición del recurso, el mismo que conforme lo señalado en el C.C.A., no es obligatorio.

[150]DUEÑAS Quevedo, Clara Cecilia. Comisiones de Regulación De Los Servicios Públicos Domiciliarios. Tesis De Grado. Universidad Del Rosario. Bogotá. 2000. P 66 A 70

[151] La Comisión de Regulación Energética ("CRE") fue originalmente creada por el Decreto con fuerza de ley 2119 de 1992.

[152]Gaceta Del Congreso No 121, Viernes 7 De Mayo De 1993. Santafé De Bogotá. Pág. 13

[153]Revista De Derecho Público No 11. "Diez Años De La Especialización En Gestión Pública E Instituciones Administrativas". Facultad de Derecho Ediciones Uniandes, Junio De 2000. Pág. 24

[154]Ministerio De Justicia y Del Derecho. Investigación, Op. Cit. P.101

públicos realmente independientes, si funcione con organismos encargados de fijar las reglas de mercado que están bajo la subordinación del Estado, al tiempo que éste tiene el control de empresas que compiten en el sector real.

Por ende, es preciso retomar la definición propuesta en el capítulo II de esta tesis, *"la regulación debe ser entendida y limitada a la acción de intervención del estado en la economía mediante la fijación de reglas en sectores considerados indispensables para el bienestar general de la sociedad*[155]*"*. Sin perjuicio que, en general, siempre debe tenerse en cuenta que es diferente la facultad de fijación de políticas, a la de regulación[156] y que como tal, una debe ser ejecutada por el Presidente de la República y el ministro del ramo y la otra, por las comisiones; éstas, finalmente, conforme a la organización normativa no son (ni están llamadas a serlo) autónomas o independientes, todo lo contrario, se encuentran bajo el imperio de la ley, y bajo la dirección y control del Presidente de la República, como unidades administrativas que son, pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público.

En síntesis, puede afirmarse que en Colombia existe una clara imprecisión acerca del papel de las comisiones –de origen legal- como órganos independientes, fundamentalmente porque su autonomía es tanto cuestionable, sino nula. Para determinar la validez y las implicaciones de una crítica en los términos planteados, se hará un análisis del desarrollo jurisprudencial que han tenido las comisiones de regulación (1), seguido del estudio particular del regulador eléctrico (2).

1. Desarrollo judicial de las comisiones de regulación

El desarrollo judicial que las Altas Cortes han dado a la comisiones de regulación, puede centralizarse frente al estudio de la naturaleza de las funciones que tales comisiones desarrollan.

Las comisiones de regulación, se observó anteriormente, obedecen a naturalezas jurídicas diferentes, dependiendo de su forma de creación. En esa medida, la forma de aproximación a ellas también varía normativa y sustancialmente. Como se indicó, con la Constitución de 1991 se introdujeron comisiones de creación constitucional, aspecto que las ubicaba en un rango

[155]DUSSÁN Hitscherich, Jorge. "Las Agencias De Regulación En Colombia". Http://www.Dussan.Net/Adminarticulos/Agencias.Pdf. Pág. 3

Consultada por última vez en junio 15 de 2009

[156] Es importante destacar que el Artículo 3 de la Ley 142 de 1994, específicamente entiende la regulación como un "Instrumento de Intervención Estatal".

superior y hacía inocua cualquier discusión respecto de su existencia. Lo anterior dio origen a una nueva discusión: ¿debían reconocerse sólo este tipo de agencias como la Comisión Nacional de Televisión o la Comisión Nacional del Servicio Civil, por el hecho de ser las únicas creadas por la Constitución misma?

Para finales de los 90, según el Consejo de Estado:

> 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 ss)"[157]

Posteriormente reiteró su preocupación respecto del papel desempeñado por las comisiones, cuestionando el origen y la naturaleza del poder que detentaban:

> *"El país observa con inquietud los poderes que las Comisiones han venido ejerciendo. Y muchos se preguntan hoy de dónde emanan esos poderes, si con ellos se rompió el principio de la tripartición de las ramas del poder y si los distintos poderes pueden en cierta forma ser ejercidos en forma autónoma por dichas Comisiones, con desplazamiento de los poderes presidenciales, los del mismo legislador y hasta los judiciales, como sucede, como se explicó atrás, en el régimen norteamericano, en el cual de tiempo atrás se les dio entrada a las agencias reguladoras de los servicios públicos mediante el estatuto "The Federal Administrative Procedure Act" de 1946; estatuto, como lo afirma el mismo profesor Vélez García, que contiene las reglas del procedimiento administrativo de esa Nación y en el cual se define a dichas agencias como una autoridad distinta del Congreso y de las Cortes"*[158]

[157] República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancourt Jaramillo. Exp. No. 11.857.

[158] República de Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 1997. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancourt Jaramillo. Exp. No. 11.977

Esta sesgada opinión fue atenuada por la Corte Constitucional. Con su análisis, se observó que fue deliberado por los Constituyentes el hecho de que el tema de regulación no fuese comprendido todo en la Carta, para dejar en manos del legislador un desarrollo ulterior, más técnico y mejor detallado. Por ello indicó:

> *"Es cierto que bien hubiera podido la Carta, con el fin de tecnificar la formulación de las estrategias en materia de servicios públicos, atribuir esa función – la de regulación – a una autoridad técnica autónoma, tal y como lo hizo en relación con la política monetaria o la regulación de la televisión. Es más, en los propios debates en la Asamblea Constituyente se llegó a plantear esa posibilidad. Sin embargo, lo cierto es que finalmente no se adoptó ese modelo y se atribuyó esa función al Presidente, tal y como lo establece el artículo 370 superior. Un breve examen de los debates en la Asamblea Nacional es ilustrativo en este punto."*[159]

A pesar de esto, la Corte Constitucional no ha sido constante en su concepción respecto de la regulación y las funciones de las comisiones o agencias de regulación. En el 2000 sostuvo:

> *"de igual forma es importante recordar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, las comisiones en referencia hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional (L. 489/98, arts. 38 y 48), e integran la administración pública, en tanto les han sido asignadas funciones administrativas —como se verá más adelante— (ib.,art. 39) y por eso, respecto de aquéllas el Presidente actúa como suprema autoridad administrativa (C.P., art. 189)."*[160]

Definitivamente, la incertidumbre respecto de la naturaleza de las funciones que ejercen estas comisiones de regulación, ha generado no pocos debates judiciales. En posiciones seriamente encontradas y previamente mencionadas, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado dejaron por sentando que las facultades de las Comisiones devienen por delegación del Presidente de la República (Corte Constitucional) o directamente por la Ley 142 de 1994 (Consejo

[159]República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-272 del 3 de junio de 1998. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

[160] República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

de Estado). Inclusive, mediante Sentencias de 1997[161], la sección tercera del Consejo de Estado dio aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, estableciendo la delegación de funciones del Presidente de la República en estas unidades contrarias a la Constitución y por tanto inaplicables.

Por su parte, la Corte Constitucional sostuvo que la facultad reguladora asignada a las comisiones se debía ejercer solo respecto de las materias expresamente señaladas en el primer aparte del artículo 370 de la Carta y por razón de la delegación del Presidente de la República. Para la Corte, las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales. En el mismo sentido agregó:

> *"(...) Y también debe advertirse que ni de la autorización legal al Presidente para delegar ni del hecho mismo de que delegue puede desprenderse una aptitud o capacidad normativa de las comisiones que pueda equipararse a la ley o competir con ella ni tampoco la atribución de reglamentar las leyes en materia de servicos públicos, la que es exclusiva del Presidente de la República en los términos del artículo 189, numeral 11, de la Constitución, y por tanto indelegable. Así, pues, los actos de regulación de las comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área; además es claro que, al estar las comisiones adscritas a los ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que, al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias. Lo anterior sin perjuicio de repetir que el Presidente de la República, según el artículo 189 constitucional, es suprema autoridad administrativa"*[162]

Evidentemente, la tesis de la Corte Constitucional resta autonomía e independencia a las comisiones. Ciertamente, resulta una difícil empresa tratar de reconocerles características que normativamente (y en el criterio de la Corte

[161] República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2de septiembre de 1997. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancourt Jaramillo. Exp. No. 11.857 y República de Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 1997. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancourt Jaramillo. Exp. No. 11.977

[162]República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Constitucional), parecen no tener. Ahora bien, esta afirmación merece un análisis más detallado.

Se ha interpretado que la regulación es la misma función a la cual se refiere el artículo 370 de la Constitución Política, y que ésta se desarrolla por cuenta de una supuesta "delegación" del Presidente de la República en virtud del artículo 68 de la Ley 142 de 1994. Esto, aunque se deriva del texto mismo del artículo 68[163] resulta impreciso, pues una cosa es que los servicios públicos revistan de suficiente importancia para ser incluidos en un capítulo completo del ordenamiento constitucional, y que alguna parte de la función de fijación de políticas en materia de servicios públicos se exprese a través de parámetros dentro de los cuales deberá desarrollarse la regulación; y otra, muy diferente, es concluir a partir de ahí que la función de fijación de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios es la regulación misma, y, más difícil aún, concluir como ha dicho la Corte Constitucional, que "*el artículo 370 contrae esa fijación de políticas generales, con sujeción a la ley, a los temas atinentes a la 'administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios'. De suerte que la competencia reguladora asignada a las comisiones en referencia por disposición de los artículos 68 y 69 de la Ley debe circunscribirse a esos asuntos,* indicando por esta vía, que únicamente los actos expedidos en desarrollo del artículo 68 puedan considerarse como "regulación" *bajo el entendido de que la facultad reguladora asignada a las comisiones se debe ejercer sólo respecto de las materias expresamente señaladas en el primer aparte del artículo 370 de la Carta"*[164].

Como quedó establecido previamente, la regulación comprende una particular forma de intervención del Estado; desde esta perspectiva, sus manifestaciones difícilmente pueden verse limitadas o restringidas a la función de fijación de políticas.

La anterior discusión fue recientemente abordada por la Corte Constitucional en Sentencia C-186 de 2011, destacando la naturaleza administrativa de las actuaciones de las comisiones, las cuales están sujetas a la ley, y concluyendo que

[163]El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta ley. Las normas de esta ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones.

[164]República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

el ejercicio de la facultad reguladora de las comisiones carece de potestades normativas autónomas y que su actividad debe ejercerse en el marco de los lineamientos establecidos por el Legislador y los decretos reglamentarios.

En todo caso, y profundizando aún más en la misma orientación de interpretación empleada por el Consejo de Estado, debe precisarse, en lo relacionado exclusivamente al sector eléctrico, que la Ley 143 de 1994 no prevé el ejercicio de la función reguladora a través de algún tipo de delegación del Presidente. En efecto, el artículo 20 de la Ley 143 asigna directamente las funciones de regulación a la CREG. Es importante precisar cómo, a diferencia de la Ley 142 de 1994, la Ley 143 no incluyó un artículo semejante al 68 de la primera, situación reiterada por el artículo 2 del Decreto 1524 de 1994[165] *"Por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios, y se dictan otras disposiciones"*[166], que reconoce la competencia regulatoria de la CREG en virtud del artículo 23 de la Ley 143 de 1994; cuyas características son analizadas a continuación.

2. Comisión de Regulación de Energía y Gas ("CREG")

La Comisión de Regulación de Energía y Gas fue creada en 1994, por razón de la Ley de Servicios Públicos y la Ley Eléctrica. Su naturaleza jurídica, como la misma ley determina, es la de una Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía. Tiene asignada como función principal la de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos de energía y gas combustible cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten estos servicios públicos para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad.

De acuerdo con el Decreto 2474 de 1999,*"Por el cual se reestructuran las comisiones de regulación y se dictan otras disposiciones"*, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, está integrada de la siguiente manera:

[165] **ARTICULO 2o.** La Comisión de Regulación de Energía y Gas ejercerá las funciones que señala el artículo 23 de la Ley 143 de 1994, en los términos previstos en dicha ley y demás disposiciones concordantes. (Decreto 1524 de 1994)

[166] Llama la atención el encabezado del Decreto. Como se observa, se está delegando la función presidencial de fijación de políticas, algo seriamente cuestionable y que comprueba, nuevamente, grandes imprecisiones respecto de la regulación y la fijación de políticas sectoriales.

"Por el Ministro de Minas y Energía, quien la presidirá;

a) Por el Ministro de Hacienda y Crédito Público;

b) Por el Director del Departamento Nacional de Planeación;

c) Por cinco (5) expertos de dedicación exclusiva nombrados por el Presidente de la República para períodos fijos de cuatro (4) años, no sometidos a las reglas de la Carrera Administrativa.

El Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios o su delegado, asistirá a las reuniones con voz pero sin voto. "[167]

La CREG goza de regímenes especiales de contratación, así como de una relativa autonomía presupuestal. Para estos efectos *"manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil que celebrará el Ministerio de Minas y Energía con una entidad fiduciaria, el cual se someterá a las normas del derecho privado."*[168]

A pesar de lo anterior, dentro del diseño institucional de la CREG se identifican tres aspectos que comprometen su independencia respecto del Gobierno: (i) el carácter de Unidad Administrativa; (ii) la normativa para tomar decisiones; y (iii) la aprobación de su presupuesto, los cuales se exponen a continuación[169].

(i) El carácter de Unidad Administrativa Especial

Observando la naturaleza jurídica de Unidad Administrativa Especial de la CREG, vale la pena hacer un recuento de la evolución histórica que éste particular tipo de entidad ha tenido, pues, al parecer, más de una inquietud salta a la vista.

Las Unidades Administrativas Especiales, fueron entidades creadas conforme a algunas disposiciones de la Ley 65 de 1967 y el artículo 1 del Decreto-Ley 1050 de 1968, que establecía:

[167] Artículo 2 Decreto 2474 de 1999.

[168] Artículo 21, Ley 143 de 1994.

[169] La Sentencia C-150 de 2003 hace un análisis similar, aunque concluye satisfactoriamente cumplidos los objetivos del Legislador en cuanto a la independencia, autonomía y transparencia de las actuaciones de la CREG. Pese a las conclusiones de la Corte Constitucional, en este numeral se analizan algunos aspectos particulares del funcionamiento minucioso de la CREG, a partir de los cuales se puede observar cómo, en realidad, la autonomía inicialmente perseguida según la Corte Constitucional por el Legislador con "la creación de "agencias del Estado" en tanto que órganos de regulación de determinadas actividades sectoriales –v.gr. la prestación de los servicios públicos– como entidades que gozan de independencia respecto del Gobierno", es difícilmente sostenible.

"…Además, el gobierno, previa autorización legal, podrá organizar unidades administrativas especiales para la más adecuada atención de ciertos programas propios ordinariamente 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."

De acuerdo con la Sentencia C-889 de 2002, estas entidades fueron concebidas como respuesta a una necesidad particular de administración de recursos económicos provenientes de la cooperación internacional. En su momento, la Corte Constitucional sostuvo:

"La finalidad buscada con su incorporación institucional fue disponer de un mecanismo jurídico para garantizar que recursos económicos provenientes de la cooperación internacional se aplicaran exclusivamente a los programas especiales a los cuales estaban dirigidos, en áreas socio-económicas sensibles como la salud o la asistencia agropecuaria. En esa medida, el objeto de las Unidades Administrativas lo constituyó la más adecuada atención de programas a cargo de Ministerios o Departamentos Administrativos que, por la naturaleza del programa o por los recursos utilizados, estarían sujetos a un régimen administrativo especial, que permitiera una mayor autonomía frente a la administración de los demás recursos públicos, sin que ello implicara la separación orgánica del Ministerio o Departamento Administrativo del cual harían parte…"[170]

Algunos años antes, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Constitucional, ya se había manifestado respecto de este tipo de entidades. Expuso:

"las Unidades Administrativas Especiales, tanto desde el punto de vista de las funciones a ellas atribuidas, como el punto de vista de su organización y régimen, forman parte de la estructura, bien de los Ministerios, ora de los Departamentos Administrativos, en calidad de simples dependencias. Las entidades cuestionadas, no están pues ni adscritas ni vinculadas a la administración central, son la administración misma."[171]

[170]República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-889 del 22 de octubre de 2002. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

[171]República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia No. 16 de abril 28 de 1981.

A pesar de que para la Corte Suprema de Justicia de entonces, las Unidades Administrativas Especiales no pudiesen ser vinculadas o adscritas a un ministerio o departamento, sino que hacían parte del mismo, esta sólo fue una postura acogida hasta 1984. En ese año, mediante Sentencia No. 39 la Corte Suprema de Justicia admitió que inclusive tales características podían ser atribuidas a las entidades especiales, pues esa decisión correspondía al Legislador, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa.

Tal posición es respaldada hoy por la Corte Constitucional en reconocimiento de la misma libertad de configuración del legislador y dejando en claro, tal y como el artículo 67 de la Ley 489[172] lo dispuso, que el objeto de las mismas se mantiene incólume desde 1968 y consiste en el desarrollo o ejecución de programas propios de un ministerio o departamento administrativo.

(ii) Normas relativas a la toma de decisiones al interior de la CREG

La Resolución 63 de 1999, *"Por la cual se establecen los Estatutos y el Reglamento Interno de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG"*, estableció en su artículo 6 el quórum decisorio y las normas para tomar decisiones. En este artículo se condicionó la aprobación de las decisiones de la CREG al voto favorable de uno de los Ministros o del Director Nacional de Planeación[173], una especie de mayoría calificada *"con el propósito específico de evitar que las decisiones de la CREG fueran en contra de las políticas del gobierno"*[174].

De forma adicional, el artículo 1 del Decreto 314 de 2002, extendió el poder de decisión del Ministro de Minas y Energía a los casos de desempate y para el efecto incluyó:

[172] Ley 489 de 1998 Artículo 67: ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES. Las Unidades Administrativas Especiales son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquélla les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo.

[173] **Artículo 6.** Quórum La Comisión podrá sesionar con la participación de seis de sus integrantes, y sus decisiones se tomarán por mayoría de los participantes, requiriéndose el voto favorable de un Ministro o su delegado, o del Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado. *(Resolución CREG 63 de 1999)*

[174] CASTAÑEDA Manrique, Ángel. "La señal de precios en boca de pozo, la CREG y la disputa del Ministerio de Minas". Revista Contexto, Universidad Externado de Colombia, 2010.

"En caso de empate, se volverá a discutir y a votar el tema objeto de la decisión en la sesión inmediatamente siguiente. En el evento de subsistir el empate decidirá el Ministro de Minas y Energía."

Indiscutiblemente, la CREG está diseñada para tomar decisiones que cuenten con el visto bueno del Gobierno o que al menos no le contradigan, aspecto claramente alejado de los objetivos del derecho al correcto funcionamiento de la administración pública, y totalmente contradictorio con los elementos que integran este derecho, específicamente, la objetividad; según estos criterios fueron expuestos en detalle en el capítulo II de esta tesis.

(iii) Manejo presupuestal

La autonomía presupuestal de que trata la Ley 143 es seriamente cuestionable, observando las disposiciones de la misma Ley, y de la Resolución 063 de 1999.

Pese a que el artículo 21 de la Ley 142 garantiza a la CREG libertad en su manejo presupuestal, el parágrafo del artículo 22 establece que el presupuesto anual deberá ser aprobado por el Gobierno[175]. Similarmente, el artículo 16 de la Resolución 063 de 1999 concede la facultad de aprobación del presupuesto de la CREG, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público[176].

Así las cosas, la autonomía que el primer artículo concede, es coartada por el parágrafo del siguiente en la medida que el Gobierno tiene la posibilidad de reducir el presupuesto de la CREG. Este aspecto, una vez más, inclina la balanza en contra de la independencia de la CREG frente al Gobierno.

Ciertamente, los anteriores son aspectos que no dejan de ser inquietantes pues ¿hasta qué punto se puede insinuar siquiera la autonomía o independencia de una entidad creada para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo? ¿Es acaso la regulación una función propia y exclusiva de un ministerio o departamento administrativo? ¿Puede un organismo

[175] **Parágrafo.** La Comisión de Regulación de Energía y Gas fijará anualmente su presupuesto, el cual deberá ser aprobado por el Gobierno Nacional. *(Artículo 22, Ley 143 de 1994)*

[176] **Artículo 16. Presupuesto.** Los ingresos de la Comisión provendrán de la contribución especial de regulación de que tratan los artículos 85 de la Ley 142 de 1994 y 22 de la Ley 143 de 1994, y de la venta de sus publicaciones.

La Comisión elaborará su presupuesto, **el cual presentará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para su trámite y aprobación** conforme a las disposiciones legales que rigen la materia. (Resolución CREG 63 de 1999)

cuyas decisiones dependen específicamente de al menos un voto favorable de uno de sus miembros, entenderse independiente (precisamente, de dicho integrante)? ¿Cómo puede ser autónoma la CREG si el Gobierno es quien establece su presupuesto?

Con fundamento en lo anterior, es válido y razonable concluir (i) que la CREG está normativamente diseñada para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo; (ii) que no puede decidir sin la aprobación de alguno de los ministros de Gobierno, ni (iii) establecer su presupuesto sin el visto bueno del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Asimismo, la composición de la CREG en su totalidad es determinada por el Presidente de la República.

Naturalmente, tales aspectos son indudablemente coherentes con una concepción normativa como la actual, pero completamente incontrastables con algún grado de autonomía del ente regulador eléctrico Colombiano respecto del Gobierno, y alejados de los aludidos objetivos del derecho al correcto funcionamiento de la administración pública. Desafortunadamente, también alejados del ímpetu competitivo que impulsó la reforma del sector eléctrico en los 90. La anterior es, además, una situación altamente peligrosa, como se verá a continuación.

B. RIESGO DE OPORTUNISMO DEL GOBIERNO EN LA REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO

Sendas horas académicas han sido dedicadas a los temores respecto de la captura del regulador y de la necesidad de un regulador independiente. Uno de los principales cuestionamientos de esta tesis, radica en establecer si dicha independencia ha sido sólo defendida respecto de los intereses particulares[177],

[177] Normalmente la captura regulatoria es un aspecto analizado desde la perspectiva del "interés privado", entre otras, porque la teoría de la regulación no está dirigida a sistemas de mercado en los que el Estado también participa como actor y competidor frente a las empresas reguladas. Para George Stigler, la industria regulada demanda ventajas políticas que mejoran su nivel actual mediante las regulaciones. Su modelo parte de la existencia de grupos de poder que intentan que las regulaciones les sean favorables de modo económico o político. Algunas de las presiones de los grupos de interés sobre los reguladores que fijan los precios de las empresas, parten de un supuesto bastante claro: los consumidores se benefician de la reducción de los precios y los productores ganan con la elevación. *"La filtración de estas presiones diversas hacia las políticas de los reguladores se ve afectada por los arreglos institucionales de las agencias y por las restricciones que se les impongan bajo la forma de mandatos delegados y decisiones judiciales."* Por su parte, Arsmtrong, Cowan y Vickers señalan: *"la captura regulatoria implica que los reguladores podrían utilizar cualquier discreción a su disposición para favorecer a aquel grupo que pudiera ejercer la mayor presión en la toma de decisiones. Además del típico soborno, las empresas reguladas pueden y de hecho ofrecen posiciones lucrativas dentro de la empresa a ex reguladores* (la puerta giratoria)*. De tal forma que siempre hay peligro de que existan contratos*

pues, si bien los pasajeros de la Carreta pueden convertirse en lobos de los mismos otros pasajeros; no es menos cierto que el cochero puede desviar la Carreta de la Carretera de la ley, e inclusive, sacarlos definitivamente del Mapa constitucional que entre todos han dibujado[178]. No en vano GARCÍA y FERNÁNDEZ[179] proclaman una lucha en contra de las arbitrariedades del poder, ni RIVERO[180] el ostensible riesgo de politización.

---

implícitos de algún tipo entre los reguladores y las empresas reguladas que establezcan que un régimen regulatorio generoso hoy, será recompensado generosamente una vez que los primeros dejen de ser servidores públicos. La posibilidad de esta captura se acrecenta en la medida que los regulados deban entrevistarse con cierta frecuencia con los reguladores. Esto último porque los regulados, quienes por lo general constituyen un grupo pequeño y homogéneo, tienen mayor facilidad para integrar grupos de cabildeo más coherentes y mejor organizados que los consumidores." J. Stiglitz argumenta, *"un regulador puede ser capturado por el simple hecho de convivir cotidianamente con la empresa a la que regula; por simples lazos de amistad o bien porque al finalizar o abandonar su trabajo como servidor público, su próximo empleo puede ser en la empresa o industria a la que regulaba."*(de nuevo, la puerta giratoria) Finalmente, Roger Noll sostiene que la regulación llega a convertirse en un foro entre los diferentes grupos para crear y dividir rentas. *"Cuando hay un grupo con mejor organización la situación resultante es la existencia de un cártel o monopolio que es protegido por el regulador. Una situación más común, es aquella donde existen varios grupos, incluyendo productores, consumidores y firmas múltiples, en este caso, el resultado depende del grado de organización de los grupos representados y por tanto de su influencia en el diseño y aplicación de las regulaciones."* *"Una generalización de la teoría de la captura del regulador y los grupos de interés es que varios grupos son afectados de manera diferente por la regulación. Los grupos de interés compiten por influir en la legislación: aquellos que están mejor organizados y son más afectados por la regulación gastan dinero intentando promover sus propios intereses a través de la legislación y de la simpatía de los reguladores. En la teoría más general de los grupos de interés, las firmas, los consumidores u otros grupos pueden capturar al cuerpo regulador (Stigler, 1971; Posner, 1971; Becker 1874 y 1983; Peltzman, 1976)."* Las anteriores afirmaciones son sólo algunas de las más destacas aportaciones a la teoría de la regulación, naturalmente, no son todas. Sin embargo, son consideradas suficientes para demostrar que la captura del regulador ha sido mayoritariamente analizada desde la teoría del "interés privado", y que desde ese punto de vista se aleja de los fines prácticos de esta tesis, si se tiene en cuenta que, a pesar de reconocer las insalvables y acertadas conclusiones sobre este particular en la teoría de la regulación, en esta tesis no se pretende analizar la captura en ese entendido. Se trata de analizar una situación particular de la regulación colombiana, desde un punto de vista normativo e institucional en el que el Estado Colombiano, al ser partícipe del mercado eléctrico y competidor en el mismo, no debería poder abrogarse los sendos y extensos poderes regulatorios que actualmente detenta; inclusive no se trata de una "captura del regulador por el Gobierno", sino que el Gobierno y el regulador están diseñados normativamente, para trabajar el segundo subordinado al primero, a pesar de que todos los postulados y principios de la regulación (inclusive la actual *economic regulation)* incluyen la independencia dentro de ellos.

[178] Por ejemplo, la Sentencia C-150 de 2003 sólo hace referencia a la captura del regulador por el regulado, no a la captura del regulador por parte del Gobierno. De cualquier forma, sería a lo sumo inapropiado calificar la actual interferencia del Gobierno en la CREG como captura, pues, tal y como se explica a lo largo de esta tesis, la CREG no es una entidad autónoma e independiente del Gobierno que éste pueda capturar, sino todo lo contrario, no hay necesidad de captura bajo el entendido que, a pesar de que la finalidad sea distinta, la estructura normativa actual sitúa a la CREG como parte del Gobierno, o al menos, sujeta directamente a sus directrices; con fundamento en las diferentes consideraciones que sobre el particular se exponen en esta tesis.

[179] GARCÍA de Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. "Curso de Derecho Administrativo I". Thomson Civitas. 2006. Pág 53.

[180] RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El Derecho Administrativo Económico". Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 72

El poder de chuzar a los bueyes y hacer andar la Carreta, comporta en sí mismo varios riesgos. A su antojo, el cochero podría ya sujetar las riendas y hacer frenar el avance para tomar un descanso, un par de cervezas y quizás algunas picardías más; podría ya desviar la carreta hacia un curso indefinido e improvisado por él mismo, sin el consentimiento de los pasajeros; podría dejar subir a otros pasajeros sin pagar boleto o bajar a los que habiendo pagado, no le sean de su agrado; inclusive, podría echar a andar la carreta más rápido de lo que el andamiaje completo soporta y hacerla chocar dando al traste con nuestro Destino democrático.

Este es el escenario que la naturaleza jurídica y la composición de la Comisión de la Regulación de Energía y Gas en Colombia, hoy ofrece. La elevada concentración de porcentajes accionarios que otorgan mayoría necesaria para ejercer el control de importantes actores del sector eléctrico, en cabeza de quienes tienen asiento por derecho propio en la CREG, nombrados sin mayor razón que la voluntad del cochero (el Jefe de Estado) pues son sus ministros de Gobierno, sus representantes expertos, y su director de planeación; reúne alrededor del Presidente de la República y su Gobierno, la autonomía e independencia de la CREG.

A pesar del avance notable en la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos, para 2007 *el Estado colombiano todavía controlaba más del 60% de la generación de electricidad* (más del 30% bajo control directo del Gobierno y más del 23% a través de entidades territoriales como en el Municipio de Medellín y EPM)[181], *el 100% de la transmisión y el 60% de la distribución en empresas de ámbito nacional y municipal*[182].

Actualmente la participación en el sector eléctrico es la siguiente[183]:

Actividad	Publica %	Privada%
Generación	48	52
Transmisión	70	30
Distribución	36	64

[181] EPM representa el 23% sobre el total de la capacidad instalada, ISAGEN representa el 16%, GECELCA el 8,37%, URRÁ el 2,3 %, y TERMOPAIPA el 2.22%, entre otras.

[182] MILLAN, Jose Jaime. "Three Decades of Reform in the Latin American Electric Power Industry" Inter-American Development Bank (IDB) 2007. Pág., 157.

[183] Fuente: UPME. Reporte anual al Ministerio de Minas y Energía. Corte a diciembre de 2011

Desde luego, se trata de una situación propicia para expedir regulaciones arbitrarias y a favor de sus intereses propios *(riesgo de oportunismo)*. Se trata de un elevado riesgo que amenaza con distorsionar los presupuestos básicos de la libre competencia y que por ello debe ser evaluado en qué medida ha de permitirse, y sobre todo, cómo va a mitigarse.

En España, el riesgo de interferencia en el mercado por parte del Estado se hizo evidente en el 2005, por cuenta de las diferentes reformas legales paralelas a las ofertas públicas de adquisición de Endesa, la mayor empresa eléctrica de ese país.

En Colombia, desafortunadamente no podría decirse lo contrario, teniendo en cuenta que los resultados de una observación del desarrollo de las normas regulatorias desde 1996 (época de las primeras privatizaciones) hasta 2007, generan más de un interrogante.

En la resolución CREG 83 de 1996, se establecieron como porcentajes máximos de participación de una misma empresa en las actividades de generación, comercialización y distribución en un 20%[184], 25%[185], y 25%[186], respectivamente. Se definió como tope máximo de participación de una empresa generadora en una comercializadora o viceversa un 25%[187], y adicionalmente, se estableció una forma clara para determinar los límites antes referidos. Para este fin, se instauró el cómputo de la participación en el capital social de las sociedades que pertenezcan

[184]ARTICULO 3o. LIMITES A LA PARTICIPACIÓN EN LA ACTIVIDAD DE GENERACIÓN. A partir de la vigencia de la presente resolución, ninguna empresa podrá tener más del veinte por ciento (20%) de la capacidad instalada efectiva de generación de electricidad en el sistema interconectado nacional.

[185]ARTICULO 4o. LÍMITES A LA PARTICIPACIÓN EN LA ACTIVIDAD DE COMERCIALIZACIÓN. A partir de la vigencia de la presente resolución, ninguna empresa podrá tener más del veinticinco por ciento (25%) de la actividad de comercialización, límite que se calculará como el cuociente entre las ventas de electricidad de una empresa a usuarios finales en el sistema interconectado sobre las ventas totales de energía a usuarios finales en el sistema interconectado nacional, medidas en kilovatios hora (kWh).

[186]ARTICULO 5o. LÍMITES A LA PARTICIPACIÓN EN LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN. A partir de la vigencia de la presente resolución, ninguna empresa podrá tener más del veinticinco por ciento (25%) de la actividad de distribución, límite que se calculará como el cuociente entre las ventas de electricidad que se realicen en el sistema interconectado nacional por una o varias empresas que tengan usuarios finales conectados a la misma red de distribución, con respecto a las ventas totales de energía a usuarios finales en el sistema interconectado nacional, medidas en kilovatios hora (kWh).

[187]ARTICULO 6o. LÍMITES A LA PARTICIPACIÓN ACCIONARIA EN EL CAPITAL DE UNA EMPRESA GENERADORA O COMERCIALIZADORA. A partir de la vigencia de la presente resolución, ninguna empresa generadora podrá tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del veinticinco por ciento (25%) del capital social de una empresa distribuidora. Igual regla se aplicará a las empresas distribuidoras que tengan acciones, cuotas o partes de interés en el capital social de una empresa generadora.

al mismo grupo empresarial y las personas naturales o jurídicas controlantes, subordinadas, controladas o vinculadas (criterio del beneficiario real) según lo previsto por la legislación comercial y tributaria[188]. Un aspecto completamente sustentado a la luz de las directrices del artículo 37 de la Ley 142 y del numeral 25 del artículo 73 de la misma, cuyos mandatos a la comisión son evitar que las operaciones de monopolistas (cuando promover la competencia no es posible) o de los competidores económicamente eficientes, se transformen en o impliquen abuso de posición dominante ya sea de manera directa o a través de interpuesta persona.

Sin embargo, en diciembre de 1996, mediante Resolución CREG 128 se modificó la anterior Resolución 83, incrementando el porcentaje de participación en actividad de generación en un 5%, equiparándolo con el establecido previamente para las demás actividades del sector. Esta modificación se hizo el mismo año, el mismo mes y pocos días antes de que se consolidaran los procesos de privatización de Betania, Chivor y Termocartagena.[189]

No obstante, el ejemplo más reciente y tal vez el más diciente de reformas *tailor made*[190] tuvo ocasión con la expedición de la Resolución CREG 095 de 2007.

Con esta Resolución, la CREG decidió permitir, en contravía de las disposiciones previstas en la Resolución CREG 022 de 2001[191], que una empresa de generación, distribución o comercialización, así como una integrada verticalmente, pudiera tener más del 15% de participación en el capital social de otra que desarrollara actividad de transmisión nacional, con una forma de mitigación contable bastante cuestionable.

---

[188] ARTICULO 7o. VINCULACIÓN ECONÓMICA. Para calcular los límites a que se refieren los artículos 3o, 4o. y 5o. de esta resolución, se computarán las acciones, cuotas o partes de interés social que tengan en el capital social las sociedades que pertenezcan al mismo grupo empresarial y las personas naturales o jurídicas controlantes, subordinadas, controladas o vinculadas, según lo previsto por la legislación comercial y tributaria.

[189] http://www.semana.com/especiales/chivor-betania/32664-3.aspx

Consultada por última vez en febrero 21 de 2012

[190] "Hechas a la medida" (Traducción libre del autor.)

[191] ARTÍCULO 10. …c) Los generadores, distribuidores y comercializadores, o las empresas integradas verticalmente que desarrollen de manera conjunta más de una de estas actividades, no podrán tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del quince por ciento (15%) del capital social de una empresa de Transmisión Nacional existente o futura, ni podrán con respecto a esa empresa, tener posición de controlada y/o controlante;(Subrayas nuestras) En realidad, en la resolución de 2007 se debió mencionar el literal c y no el b.

En adición, un segundo cambio regulatorio fue trascendental. Mediante esta misma Resolución fueron derogadas las disposiciones relativas a los casos de posición de control o vinculación económica, contenidas en las resoluciones previas de la CREG desde el año de 1996, para así poder venderle a empresas del sector, las electrificadoras estatales que entraban en proceso de enajenación[192], en principio impedidas por la regulación anterior, por ser los beneficiarios reales.

Si bien la sola posibilidad de realizar modificaciones tan drásticas en el sector, es una situación que podría ser considerada cuando menos inconveniente; la realización de tan ostensibles riesgos es un escenario realmente deleznable.

Observando otros ejemplos se puede concluir que este riesgo de oportunismo se ha ido materializado a lo largo del proceso de reforma y desarrollo del sector eléctrico en Colombia. A finales de los 90, la tendencia de la inversión privada pasó de US$3.400 millones en el período 97–98, a US$279 millones en 1999 y US$70 millones en 2000. La potencia instalada pública aumentó en 853 MW entre 1998 y 2003, lo cual representó un crecimiento del 3% por año, mientras que en el mismo período la potencia instalada privada sólo aumentó en 162 MW, representativo de un crecimiento anual del 0,5%[193], que representaba un crecimiento mayor y más acelerado en la potencia instalada pública respecto de la privada. Adicionalmente, *"los planes gubernamentales para continuar vinculando el capital privado a la distribución, principalmente, se vieron frustrados por las demoras regulatorias y por razones de tipo electoral."*[194]

De acuerdo con el más reciente análisis del Banco Mundial, entre el 2002 y el 2007, la inversión privada pasó de 51.300.000 a 495.600.000; en cambio, a partir de

---

[192] En 2007 se iniciaron los procesos de venta de participación estatal en EMSA, EBSA, EEC (que posteriormente fue adquirida por la EEB), ESSA y CENS (adquiridas por EPM). La enajenación de EMSA estuvo interrumpida por decisiones judiciales hasta enero de 2012, fecha en la cual se profirió confirmación del Tribunal Administrativo del Meta. http://www.noticiasdevillavicencio.com/index.php?id=54&tx_ttnews%5Btt_news%5D=4683&cHash=77569ed132f30835d12f2a7a847f5ce1

Consultada por última vez en febrero 21 de 2012.

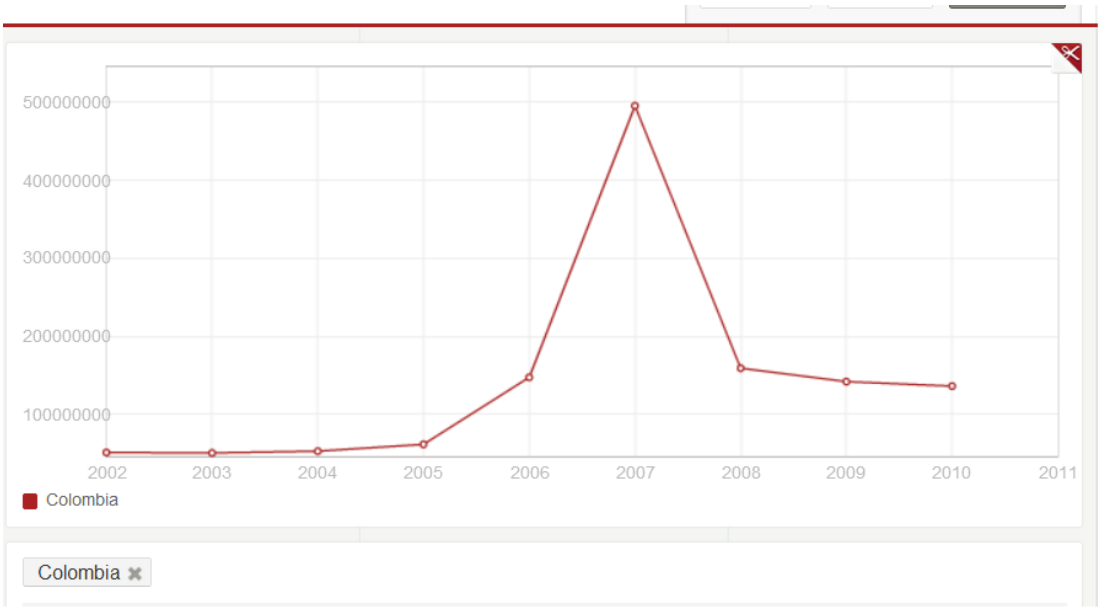
EBSA fue vendida finalmente en diciembre de 2011. http://www.portafolio.co/economia/ebsa-ultimo-gran-negocio-del-ano-808-mil-millones

Consultada por última vez en febrero 21 de 2012

[193] Cifras y datos tomados de: Millán, José Jaime. "Three Decades of Reform in the Latin American Electric Power Industry" Inter-American Development Bank (IDB) 2007. Pág. 157.

[194] Ibídem.

2008 y hasta 2010, se observó una importante reducción de la inversión en infraestructura y proyectos de energía eléctrica privada que llegó a los 136.300.000[195]



Los riesgos definitivamente no son infundados, son visibles las recientes intervenciones del Gobierno en procura de favorecer sus propias empresas, como la decisión de no privatizar ISAGEN, por la necesidad de mantener la capacidad de inversión estatal para construir los proyectos hidroeléctricos que requiere tanto el abastecimiento de la demanda interna como la exportación de excedentes a los países vecinos[196]. Asimismo el Gobierno ofreció como garantía el presupuesto de la Nación, para lograr un préstamo del BID para el proyecto hidroeléctrico Porce III de EPM en condiciones más favorables de las que obtendría el sector privado[197].

En el mismo sentido, el gobierno de Álvaro Uribe Vélez se comprometió públicamente a levantar la restricción regulatoria que impide a un grupo

[195] Fuente: Banco Mundial. Datos en US$ a precios actuales. Ver gráfica dinámica en: http://datos.bancomundial.org/indicador/IE.PPI.ENGY.CD/countries/CO?display=graph

[196] http://www1.upme.gov.co/index.php/zona-de-informacion/noticias-del-sector/401.html

Consultada por última vez en febrero 21 de 2012

[197] http://www.bnamericas.com/news/energiaelectrica/BID_analizara_credito_de_US*200mn_para_Porce_III; http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1501173

Consultada por última vez en febrero 21 de 2012

empresarial controlar más del 25% del mercado, con el objetivo de permitir a EPM cumplir sus programas de expansión en materia de generación, cuya capacidad, junto con la del Gobierno, se aproxima al 60% del total instalado en el país[198].

Evidentemente, este tipo de modificaciones al ser realizadas *"teniendo en cuenta que esta*–ba-*n en curso procesos importantes de enajenación de activos"*[199] abren nuevamente la discusión sobre la recurrente e *"inevitable tendencia del poder público a interferir en la evolución de los sectores estratégicos por razones políticas"*[200].

Cabe resaltar que no son objeto de esta crítica las particulares decisiones que fueron tomadas, pues determinar su oportunidad, razonabilidad y efectos, excedería el ámbito de análisis de esta tesis. La referencia se hace únicamente de modo informativo. De cualquier forma, es razonable sostener que independientemente de las buenas intenciones con fundamento en las cuales las reformas regulatorias han sido implementadas (el piso 85), la posibilidad de hacerlo comporta en sí misma un alto peligro materializado en un resultado que sólo se verá al finalizar el aterrizaje (el piso 1).

También, cabe destacar que la organización institucional actual incluye la existencia del Consejo Nacional de Operación ("CNO-eléctrico") creado por el artículo 36 de la Ley 143 de 1994, y del Comité Asesor de Comercialización ("CAC"), creado mediante la Resolución 68 de 1999, integrados por los agentes. Estos organismos están dirigidos, principalmente, a acompañar y asesorar aspectos técnicos relacionados con la operación del Sistema Interconectado Nacional ("SIN") y la comercialización en el Mercado de Energía Mayorista ("MEM"), razón por la cual, entre otras, no han sido suficientes para evitar la realización de los riesgos previamente indicados.

Por todo lo anterior, esta tesis ha pretendido crear un espacio de discusión y de replanteamiento de ideas, que incluyera una evaluación de riesgos y en el cual se

198

http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/E/el_departamento_si_seria_socio_de_epm/el_departamento_si_seria_socio_de_epm.asp;
http://economia.terra.com.mx/noticias/noticia.aspx?idNoticia=200702151832_RTI_1171564323nN15426973

Consultada por última vez en febrero 21 de 2012

199 Tomado literalmente del texto que precede la parte RESOLUTORIA de la Resolución 095 de 2007.

200 RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El Derecho Administrativo Económico". Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 30

evalúen formas de mitigación de este riesgo de oportunismo del Gobierno en la regulación eléctrica.

1. ¿Hacia una regulación eléctrica concertada?

El entendimiento de una administración económica como el todo de un aparato institucional, que responda a las necesidades de la estructura económica general, en procura de un correcto funcionamiento de la administración pública, debería emplear la sustitución de las decisiones unilaterales por fórmulas convencionales[201] de intervención administrativa. Esto se conoce bajo la denominación de administración concertada, puesto que los objetivos de aquella – de la administración pública – se pueden alcanzar de manera eficiente sobre la base de los acuerdos entre los sujetos públicos y privados que actúan en los sectores sobre los cuales los primeros intervienen, conforme lo explica RIVERO[202], como un vehículo facilitador de la colaboración público-privada en la ejecución de un sinnúmero de proyectos.

De las actuales reformas en España, la pugna política demuestra recurrentes conflictos entre los miembros de la Comisión Nacional de Energía ("CNE") y el Gobierno.

Las diferencias entre el presidente de la otrora Comisión del Sistema Eléctrico y el Ejecutivo, en cuanto a la interpretación de las medidas a adoptar en el sector energético para la financiación de las compañías eléctricas y la compensación por el Gobierno de los costes de transición a la competencia por razón de una disposición de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1999; fueron definidas por la sustitución de la Comisión del Sistema Eléctrico por la Comisión Nacional de Energía (Ley 34 de 1998) y la modificación de las disposiciones en materia de nombramiento y estatutos de los miembros de la CNE (Ley 55 de 1999), demostrando la dificultad de deslindar los criterios puramente técnicos de las decisiones políticas cuando se trata de intervenir en la economía, y evidenciando la necesidad de reestructurar la composición de la CNE, en lo que probablemente sea un intento por minimizar el riesgo de oportunismo, mediante una modificación de la forma de nombramiento y el estatuto de los miembros de la CNE, y contemplando la figura de un vicepresidente.

[201] Convencional, en sentido de convención o acuerdo.

[202] RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El Derecho Administrativo Económico". Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 17

No obstante, se plantea de manera desprevenida una lectura diferente del asunto.

Desconocer el carácter político de una comisión que persigue la armonización entre la competencia como interés general, y la satisfacción económica y el acceso a una prestación eficiente como intereses particulares de los prestadores y usuarios del sector eléctrico; es decir, desconocer el carácter político de una comisión que persigue la armonización de las relaciones de poder entre los partícipes del sector eléctrico, sería tanto como desconocer el significado mismo de lo que comporta un fenómeno político[203].

De ahí que, reconociendo la sensibilidad que los asuntos objeto de regulación comportan, asimismo debe reconocerse el carácter eminentemente político que las decisiones regulatorias implican, por lo cual, en lugar de hacer un fallido intento por limitarle tal connotación se sugiere trabajar con ella, si bien de modo incluyente.

Dicha característica de "incluyente" podría desarrollarse a partir de *la sustitución de las decisiones unilaterales por fórmulas convencionales de intervención administrativa.*[204] La adopción de una regulación del sector eléctrico a partir del consentimiento, o de la participación al menos, de todos los integrantes del sector, podría garantizar una regulación de calidad, eficaz y eficiente, y con menores costos de transacción.

La intervención de todos los actores involucrados puede contribuir a la generación de espacios de debate desde la perspectiva de cada uno de ellos, en cuanto a su visión tanto real, técnica y económica, como política. Por una parte, si es indispensable que un actor (el Estado) sea juez y parte, será más indispensable aún, que todos los demás actores también lo sean; de ésta forma lo que es común a todos no será ventaja para ninguno. Por otra parte, el modelo regulatorio se nutriría de la percepción real de cada uno de sus actores y consolida el derecho al correcto funcionamiento de la administración pública, cuyo fin no es – únicamente – la prohibición, ni – definitivamente – la sustitución, sino, la garantía de los espacios propicios para que quienes pretenden actuar en el mercado, se involucren en su construcción y acudan a éste.

[203] Pese a que hay diferentes aproximaciones conceptuales, Hugo Palacio Mejía, entre otros, sostiene que un fenómeno político es aquel que involucra relaciones de poder.

[204] RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El Derecho Administrativo Económico". Cuarta Edición, Marcial Pons 2007, pág., 17

Es de resaltar la siguiente afirmación STIGLITZ:

> *"Perhaps we should celebrate the regulatory victories in both Europe and the United States. After all, there is almost universal agreement that the crisis the world is facing today – and is likely to continue to face for years –* ***is a result of the excesses of the deregulation movement*** *begun under Margaret Thatcher and Ronald Reagan 30 years ago. Unfettered markets are neither efficient nor stable."*[205]

Hasta ahora, la solución no ha sido la prohibición, ni la sustitución del mercado por el paternalismo estatal, y, como lo precisaba el nobel de economía y profesor de la Universidad de Columbia, tampoco la desregulación ni la autoregulación.

Justamente, se considera que el fracaso de estos modelos de intervención, ha sido, y esto es lo que más atrae de lo dicho por STIGLITZ, por cuenta el exceso de unos u otros.

Un Estado que se limitaba a prohibir y que desempeñaba su papel únicamente cómo árbitro, dejaba de lado la protección de intereses como el desarrollo sostenible; un Estado que se agotaba en la retórica del *Welfare* pronto encontró un déficit fiscal insostenible y enormes situaciones de ineficiencia en la prestación de servicios; por su parte, el *Self- governance* se probó a sí mismo en 2008, con la quiebra de Lehman Brothers y la actual fragilidad del sector financiero.

Regresando a las noticias de la BBC Radio 4, BALDWIN[206] sostenía que lo que en realidad reunía tales historias (sobre el sector financiero, pesticidas y beneficios parlamentarios) era la presentación reveladora de la "regulación" al mismo tiempo, como una solución técnica a un problema, y como la fuente de problemas en sí misma, e inherentemente, como un lugar en el cual las diferentes fuerzas políticas y económicas se enfrentan.

---

[205] STIGLITZ Joseph E. "Financial Re-Regulation and Democracy". Proyect Syndicate Review 2010. http://www.project-syndicate.org/

Consultada por última vez en febrero 21 de 2012

[206] BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; y, LODGE, Martin. "The Oxford Handbook of Regulation". Oxford University Press 2010. Pág. 4

Por lo tanto, una propuesta frente al fracaso de los modelos indicados, como lo sugiere Stiglitz, implica, necesariamente, una neo regulación. A la luz de esta tesis, y teniendo dentro del espectro de la regulación, la arena de contienda entre los intereses económicos y políticos, sería razonable considerar una propuesta basada en una forma convergente de intervenir los sectores estratégicos, que, partiendo del papel del Derecho Administrativo del siglo XXI, del Derecho al Correcto Funcionamiento de la Administración Pública y sin perder de vista que deberá frenar las prácticas que arriesgan la estabilidad global de la economía (el salto desde el piso 85); procure establecer los mecanismos de intervención en el sector estratégico de la energía eléctrica no sobre la base de la imposición, la sustitución, o la abstención, sino, mediante la legitimación política, económica y técnica, empleando fórmulas convencionales de intervención, dando un paso adelante hacia la consecución de una regulación sobre la base del acuerdo, sobre la base de una *regulación concertada.*

Como se indicó, Chile ha implementado un sistema semejante como fórmula para lograr la un sistema regulatorio transparente y es el primer referente práctico hacia la consecución de una regulación concertada. El regulador en el sector de las telecomunicaciones de ese país, determinó autónomamente la inclusión de las empresas de telecomunicaciones en el proceso regulatorio, diseñando, para este efecto, el Comité Consultivo (CC) de las Telecomunicaciones con las características previamente anotadas.

En el sector eléctrico, Chile también ofrece una interesante opción a ser tenida en cuenta. A pesar de que el mercado eléctrico está compuesto totalmente por agentes privados, es decir, no se presenta una situación de conflicto de interés entre un Gobierno que es al tiempo regulador y agente de mercado, como sucede en Colombia; la Ley 19940 de 2004 creó un órgano colegiado denominado Panel de Expertos. Entre sus funciones debe pronunciarse sobre las discrepancias y conflictos que se susciten entre el regulador de ese país (la Comisión Nacional de Energía, "CNE"), con motivo de la aplicación de la legislación energética y que las empresas de energía le sometan a su consideración. Este Panel de Expertos está conformado por siete profesionales de amplia trayectoria profesional o académica, cinco deben ser ingenieros o licenciados en ciencias económicas, y dos deben ser abogados. La designación de los miembros del Panel de Expertos la realiza una entidad denominada Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a través de un concurso público, por períodos de seis años. Estos miembros son independientes del Estado, aunque su régimen de responsabilidad se asimila al de los servidores públicos. El Panel de Expertos es financiado directamente por las empresas (con un

mecanismo similar el de la contribución del sector eléctrico en Colombia, pero calculado sobre los activos fijos brutos).

Se destaca que las decisiones del Panel de Expertos son vinculantes, sin embargo, su presupuesto anual, al igual que el de la CREG en Colombia, es aprobado por la CNE, con lo cual los comentarios sobre la autonomía de la CREG en este punto serían válidamente aplicables al Panel de Expertos. Por otra parte, sus miembros no provienen directamente del sector, factor de mayor importancia en el escenario Colombiano si se toma en cuenta una propuesta de regulación sobre la base del acuerdo.

En Colombia podrían tomarse elementos de los ejemplos Chilenos e incluirse dentro del esquema regulatorio eléctrico o anexo a éste un mecanismo de participación no sólo de los competidores, sino de todos los actores involucrados, por medio de la creación de espacios para cada uno de éstos, más abierto que el actual y que no dependa de la voluntad de la CREG. Una propuesta inicial supone una modificación de la CREG en los siguientes aspectos: i) composición y mecanismo de elección; ii) sistema de grupos de trabajo; iii) un régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, que prevea, en especial, el empleo de la puerta giratoria; y iv) un mecanismo de publicidad eficaz.

El primero se refiere a qué personas harían parte de la CREG, y cómo serían elegidas. Para garantizar la creación de espacios de participación activa de todos los agentes del sector eléctrico en el marco regulatorio, consecuentemente, podría evaluarse la creación de espacios al interior de la CREG para cada uno. Así, además de los actuales, como miembros de la CREG (no necesariamente como comisionados o equivalente a ellos) fungirían: un representante de los generadores, uno de los comercializadores, uno de los transmisores, otro de los distribuidores y otro para los usuarios (demanda regulada y no regulada). En este punto deberá establecerse un espacio proporcional al tamaño (en función del volumen de energía) del agente, garantizando en todo caso la participación de cada uno. Esta sería una primera modificación trascendental, pues los expertos que actualmente la componen según el literal d) del artículo 21 de la Ley 143 de 1994, serían reemplazados por expertos en cada una de las actividades relacionadas con la energía eléctrica de acuerdo con la ley 142 de 1994 y por representación de los usuarios, cuya elección no quedaría en manos del Presidente de la República sino de la agremiación que a cada actividad corresponda; por ejemplo, el representante de los generadores podría ser elegido entre la Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica (ACOLGEN) y las otras asociaciones gremiales de generadores que existan o puedan llegar a existir. Por su parte, los usuarios de

demanda no regulada podrían estar representados por la ANDI; y la representación de los usuarios regulados podría ser escogida a partir de los "Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliario" que incorporó la Ley 142 de 1994. También podrían crearse los espacios de participación a los agentes de manera paralela a los expertos comisionados, sin reemplazar la estructura actual de la CREG, sino adicionándola.

Un segundo aspecto relevante sería la forma en la cual participarían estos nuevos miembros. Partiendo de la base de que existirían con gran frecuencia situaciones de conflictos de interés, se propone un sistema de trabajo por grupos en los cuales se puedan abordar y discutir tales conflictos de interés y sean de público conocimiento por todos los miembros de la CREG. Naturalmente, la inclusión de los agentes en estos espacios de regulación, supone la existencia de conflictos de interés puesto que son asuntos que les afectan directamente. Empero, esta propuesta se fundamenta en una aproximación hacia la regulación desde un punto de vista de incentivos y participación activa más que de prohibiciones. Identificados los conflictos de interés, así como su magnitud, los miembros originales de la CREG crearían y organizarían grupos de trabajo (GT) cuyos temas objeto de discusión podrían ser, entre otros, Confiabilidad, Análisis de Mercado - Poder de Mercado, Planeación Estratégica del Sistema - Análisis de Restricciones. También establecerían componentes ex ante y ex post, de modo que se logre una supervisión preventiva para evitar ocurrencia de infracciones e igualmente la implementación de un sistema de imposición de penalidades cuando se presentan violaciones normativas.

Los GT aportarían la información que en el esquema actual la CREG debe salir y consultar, y podrían coadyuvar en la redacción de los borradores de las resoluciones. Aunque en principio serían los miembros originales de la CREG quienes conforman los GT, los demás agentes miembros tendrían iniciativa para crear algunos o para hacer parte de alguno ya creado.

La función de recopilación de información es de gran relevancia puesto que los agentes pueden aportar de primera mano su propia experiencia, y la de sus matrices, controlantes o simples competidores a nivel global. Se deberá elaborar un cronograma de trabajo para los GT, en el cual se incluya un informe final de resultados y gestión. Este informe indicará, además de los datos específicamente solicitados por los miembros originales, el estado del arte y las tendencias del mercado nacional y global.

Seguramente la obra final de redacción de resoluciones no será el resultado de un acuerdo unánime entre los miembros de la CREG, o al menos no en el 100% de las veces. No obstante, si todos los agentes del sector tienen la oportunidad de dialogar entre sí, se habrá logrado el cometido propuesto con la formulación de una propuesta de regulación incluyente y concertada, sobre la base de la participación real. Asimismo, podría evaluarse la posibilidad de que los miembros de la CREG correspondientes a los agentes de mercado distintos del Estado (directamente o a través de empresas controladas por éste), tuviesen poder de voto en los GT en iguales condiciones que los ministros y el director de planeación. En las reuniones de aprobación de resoluciones, los agentes distintos del Estado representarían entre todos un solo voto.

En tercer lugar, la implementación de un régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades eficiente sería una herramienta imprescindible. En este régimen se incluirían puntualmente las situaciones de conflicto de interés de una magnitud demasiado relevante y difícilmente controlable aún discutiéndola y haciéndola pública. Determinar cuáles serían esas causales es una tarea que deberá estar muy alineada con las realidades del sector eléctrico. En todo caso, uno de los principales objetivos de dicho régimen sería el control al empleo de la puerta giratoria. Dos aspectos que difícilmente podrían dejarse de incluir en este régimen son las reuniones de los miembros de la CREG entre ellos, y con terceros, por fuera de los espacios previamente establecidos; y la imposibilidad de actuar en diferentes posiciones del sector real una vez concluido el período como miembro de la CREG.

Finalmente, los medios tecnológicos de comunicación masiva disponibles actualmente como el internet, ponen al servicio de esta propuesta la implementación de mecanismos de publicidad reales para todo el sector eléctrico. A través de la publicidad se garantiza la transparencia de las actuaciones, como parte importante de la estrategia global de lucha contra la corrupción y como creación de espacios de participación democráticos. En este aspecto se propone la necesidad de una modificación del parágrafo del artículo 9 del Decreto 2696 de 2004, que reglamenta las reglas de publicidad de las resoluciones que expiden las comisiones de regulación (entre ellas la CREG), en el entendido que deja abierta la posibilidad de que cada comisión establezca excepciones a las normas sobre publicidad de resoluciones.

Es menester destacar la importancia que reviste el equiparar a todos los agentes del sector eléctrico, por lo menos en cuanto a su posibilidad de participación (no necesariamente a su poder de decisión) en el ámbito regulatorio, habida cuenta de

los sendos poderes que el regulador eléctrico ostenta y su inocultable subordinación al Gobierno Nacional, como una medida para atemperarlos.

De otra forma, no se observa en el panorama una solución diferente a la de independizar realmente el ente regulador del Gobierno, o eliminar definitivamente la participación estatal en el sector real de la energía eléctrica. En todo caso, son situaciones que deben ser consideradas excluyentes, en beneficio de una sana regulación del sector eléctrico, sin los peligros que el riesgo de oportunismo del Gobierno representa y que se han visto materializados en más de una ocasión.

2. Breves consideraciones finales

La dual calidad del Estado en el sector eléctrico amenaza, estructuralmente, la economía de mercado y el sistema de competencia que tanto pretende salvaguardar, comoquiera que podría ocasionar una alteración de algunos de los presupuestos básicos para el funcionamiento de un sistema de mercado.

Siguiendo una adaptación que hizo el profesor GONZÁLEZ[207] del ejercicio de vincular causales de ineficiencia y presupuestos de funcionamiento de un mercado perfecto en el *común law* hecho por COOTER y ULEN[208], para el sistema de derecho romano – germánico, los presupuestos básicos para el funcionamiento de un sistema de mercado son: a. Que los individuos sean racionales. b. Que los contratos no generen externalidades. c. Que exista información adecuada. d. Que existan suficientes compradores y vendedores. e. Que no existan costos de transacción.

Es visible una distorsión del presupuesto que se precisa en el literal c., frente a la ausencia de información adecuada o simétrica, cuando, por ejemplo, el Ministro de Minas y Energía tiene voto en la CREG, y, al mismo tiempo tiene voto (no pocas veces mayoritario) en los órganos de dirección y administración de alguna empresa prestadora de servicios del sector eléctrico, pues indiscutiblemente posee mayor y mejor información que sus competidores, lo que le permite jugar con los dados cargados.

Es probable una distorsión del presupuesto expuesto en el literal e., frente a la generación de costos de transacción por el riesgo de corrupción y de existencia de

[207] BULLARD González, Alfredo (2006). "Derecho Y Economía" El Análisis Económico De Las Instituciones Legales. Editado Por Palestra Editores. Lima, Perú. P. 281

[208] COOTER, Robert Y ULEN, Thomas (1988). "Law and Economics". Harper Collins Publishers. P. 227. Estados Unidos

conflictos de interés (ejemplos clásicos generadores de costos de transacción), al pretender negar el carácter político de este tipo de comisiones.

Asimismo, el desconocimiento imperfecto que el regulador tiene respecto de los costos económicos de las empresas distribuidoras en condiciones de eficiencia productiva y que impide el cálculo preciso de su rentabilidad como se observa en informe de la CEPAL en 2001, sería otra causal de generación de costos de transacción.

Consecuentemente, la alteración de los presupuestos económicos de COOTER, impide la generación de situaciones pareto-eficientes[209].

Cabe mencionar, se trata de una crítica que inclusive ha sido destacada en escenarios internacionales. En un estudio presentado por la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL) en Buenos Aires en 2005, se analizaron algunas de las consecuencias más ostensibles del actual diseño institucional y como éste ha mostrado deficiencias en la agenda regulatoria, como

> *"la multiplicación de conflictos entre agentes, entre empresas y usuarios, y el incremento significativo de las demandas judiciales contra la CREG y la SSPD, demuestran que los agentes en la industria eléctrica colombiana no están percibiendo que el marco institucional les brinde una prospectiva que favorezca sus intereses de largo plazo. La intervención frecuente de los agentes con el fin de revertir el resultado del proceso regulatorio –ya sea a través de la judicialización de sus querellas o por medio de presiones por parte de los grupos de interés sobre el Gobierno y el Legislativo–, ha fragmentado el proceso, debilitando el compromiso para con las reglas, llevando así a que el cumplimiento y la acción dentro del marco institucional no constituyan el equilibrio de las diferentes estrategias de todos los agentes relevantes, lo cual conlleva finalmente a una falta de consolidación de las instituciones regulatorias y decontrol en sus roles respectivos."*[210]

[209] De acuerdo con la teoría del "Óptimo de Pareto"[209], una situación es pareto-eficiente u óptima cuando la mejora de la situación de alguno de los agentes implica necesariamente el empeoramiento de la situación de otro; así, cuando se llegue a este punto será porque los recursos se han destinado de la mejor forma que era posible dada su disponibilidad, porque un cambio en la asignación de estos no hará más que redistribuir la cantidad existente pese a que no mejorará en términos agregados la situación del conjunto de agentes. Para Una Explicación Más Detallada Consultar López Torres, Juan (1987). Análisis Económico Del Derecho. Editado Por Tecnos. Madrid, España. P. 30-34 y BULLARD González, Alfredo. Ob. Cit. P. 269

[210] URBIZTONDO, Santiago y ROJAS, Juan Manuel. Documento de Trabajo No.85. *"La Reforma del Sector Eléctrico en Colombia :Breve Análisis y Crítica Constructiva.* Buenos Aires, 2005. Pág. 15 http://www.fiel.org/publicaciones/Documentos/DOC85.pdf

También se plantearon como factores que afectaban negativamente la existencia de un ambiente regulatorio propicio:

"i) la lentitud de la Administración Pública para conocer y abocar casos de competencia desleal, prácticas restrictivas de la competencia y abuso de posición dominante debido a que la función antimonopolio está diluida y fraccionada en más de una entidad de control, existiendo una indefinición institucional sobre la competencia de la SSPD y la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en el tema;

ii) la interferencia del Gobierno –en su rol conflictivo como emp resario, regulador y controlador, sin existir organismos suficientemente autónomos– para sesgar decisiones a favor de sus intereses en las empresas estatales;

iii) la ausencia de sanciones efectivas y "ejemplarizantes" que inducen al quebrantamiento e incumplimiento de las normas por parte de los agentes; y

iv) la falta de credibilidad e independencia del mecanismo por el cual se aplican los castigos a quienes incumplen con sus obligaciones, por lo que no se induce la aceptación espontánea del sistema regulatorio por parte de sus agentes."[211]

Y finalmente, como factores que han impedido una mayor consolidación de las instituciones regulatorias y de control:

"i) una excesiva discrecionalidad por parte del regulador, afectando negativamente la confianza de los inversionistas en el sistema y obligándolos a descontar el futuro en forma más acelerada;

ii) la dificultad para diferenciar los problemas de gestión de los problemas causados por el conflicto armado (fuerza mayor), impidiendo que la regulación considere los efectos negativos sobre las empresas derivados del conflicto armado; y

iii) el comportamiento oportunista del Estado, el cual ha evitado mediante diversas figuras jurídicas tener que pagar las deudas de las empresas públicas mal administradas, afectando la sustentabilidad misma del Mercado Mayorista de Energía (MME)."[212]

El Estado ha sufrido un cambio de contenidos a lo largo del desarrollo de las civilizaciones. Estos cambios han girado en torno a la concepción de la función estatal y los fines para los cuales ha sido erigido. En más de una ocasión ha surgido el cuestionamiento ¿qué modelo de Estado es más conveniente? ¿Un Estado fuerte, protagonista y grande, prestador de servicios? o ¿Un Estado débil, opaco y reducido únicamente a la función de regular y garantizar servicios sin prestarlos?

[211] Ob Cit. Pág 15
[212] Ob Cit. Pág 15

De una parte, está probado, históricamente, que el monopolio estatal en materia de prestación de servicios es insostenible fiscalmente y altamente ineficiente. De otra, también está probado que en razón a las grandes cantidades de recursos que los proyectos en materia de servicios públicos requieren, por ejemplo para la construcción de centrales hidroeléctricas, o la instalación de estaciones y subestaciones de energía, cableado y redes de transmisión nacional, entre otros, así como por el gran interés que sobre los sectores estratégicos se observa, es muy probable que la intervención del aparato estatal sea necesaria e inevitable.

Así se sostiene en el libro *"Un caso exitoso de Gestión Público Privada"* publicado por la Empresa de Energía de Bogotá:

> *"Aun cuando la separación de los papeles del Estado fue parte crucial del credo reformista, los resultados obtenidos indican que en muchos casos las fronteras entre regulación y trazado de políticas no son claras (Millán. 2006: 41), y el Estado sigue controlando un porcentaje considerable de los segmentos de generación, transmisión y distribución. Desde la posición de los defensores de las reformas, surgen conflictos de intereses debidos a que el gobierno asume diferentes posiciones ante su condición de propietario, regulador y comprador de electricidad, con multiplicidad de funciones y conflictos que debilitan el poder regulador. Al observar las experiencias recientes se concluye que en América latina las empresas estatales siguen siendo importantes (BID. 2001: 189)."*[213]

Con fundamento en este análisis, ambos, particulares y Estado, están llamados a trabajar mancomunadamente en la consecución de sus intereses[214]. Tales intereses

[213] La Empresa de Energía de Bogotá 1997-2007 – Un caso exitoso de Gestión Público Privada.

[214] Hoy en día, las elevadas exigencias técnicas, financieras y sociales que demandan los proyectos de interés nacional, han conducido a un desarrollo y a una evolución de la forma en la cual se interrelacionan particulares y Estado. A pesar de que excede el objeto de estudio directo de esta tesis, y que en modo alguno se está sugiriendo entronizar un régimen como el establecido por la ley que a continuación se expone, sino únicamente se pretende destacar la forma de acción conjunta entre el Estado y los particulares que la misma materializa, vale la pena mencionar como en Colombia se comienza a observar una tendencia (desde el punto de vista legislativo) de formulación, estructuración y ejecución de proyectos nacionales a través de la cooperación de ambos sectores, estatal y particular, mediante el mecanismo de Asociaciones Púbico – Privadas. De esta manera, en enero 10 de 2012, el Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos sancionó la Ley 1508, "por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. (D.O. 48.308, enero 10 de 2012.)." Esta es la conocida Ley APP, cuyos principales fundamentos son el reconocimiento a la necesidad de trabajo mancomunado entre los particulares y el Estado para la consecución de intereses superiores de envergadura nacional; y a la precariedad de los anteriores regímenes de concesión habida cuenta de las limitantes legales que entorpecían y retardaban el avance de proyectos en este sentido, planteando la posibilidad de contratar directamente con el originador del proyecto, entre otros aspectos fundamentales e innovadores, recientemente incorporados por dicha Ley. Naturalmente, una iniciativa legislativa en este sentido confirma los preceptos de contar con más mercado pero también con mejor Estado, y de que ambos actúen

involucran diferentes actores, y se encuentran en mayor proporción que en menor, contrapuestos. El interés de los ciudadanos es obtener subsidios, ayudas, sueldos y beneficios públicos en cuanto a los servicios. El interés de los prestadores de los servicios consiste en obtener utilidades por dicha actividad; y ahí entre los dos, está el Estado, dado que debe satisfacer o permitir las condiciones mínimas necesarias para que sean satisfechos los intereses de ambos. Esta situación, que genera costos de transacción, podría encontrar talanquera en lo que en términos del Nobel de Economía COASE[215], es denominado el *"problema del coste social"*, sustentado en la aproximación a los problemas jurídicos evidenciados, de modo que los valores en conflicto libertad, *del empresario de prestar el servicio que desee* y justicia *para el consumidor - usuario de recibir un cobro adecuado y una garantía mínima de calidad*; y eficiencia *que debe garantizar el Estado*, coincidan, y no, como usualmente suele aproximarse a los casos de naturaleza recíproca, que se excluyan.

El replanteamiento estatal es de entidad tal que conduce a una adecuación del esquema institucional en conjunto, para llevarlo a la constitución de un diseño de regulación independiente e igualmente incluyente, el cual se ha optado por denominar regulación concertada.

La presencia significativa del Estado en el mercado es una situación con elevadas probabilidades de generar situaciones inequitativas con respecto de sus demás competidores, pues coincide con restricciones del ente regulador y con conflictos de interés que suscitan la participación de los indicados Ministros - Accionistas en la CREG.

MILLÁN confirma: *"estos conflictos de interés se potencian ante las dificultades del Estado para lograr una gobernabilidad de las empresas bajo su control que garantice que éstas serán utilizadas únicamente para la prestación de un servicio eficiente y con costos razonables. El gobierno fracasó en sus intentos de hacer funcionar con criterio empresarial las empresas distribuidoras de las que era accionista mayoritario, mientras que las empresas municipales corrieron una suerte similar"*[216]

La inclusión del Estado como partícipe de la economía, ciertamente compromete la posición de los demás agentes del mercado, aun, despojándolo de las prerrogativas excepcionales de la administración.

---

como socios y no como contradictores. Casualmente, los proyectos que lideraron la expedición de esta Ley, están relacionados con el desarrollo de infraestructura, redes y prestación de servicios públicos. (Artículo 3)

[215] COASE, Ronald. "The Problem of the Social Cost" In the Journal of Law and Economics, Chicago University 1960.
[216] MILLÁN, Ibídem.

Es probable que la torsión del sistema se encuentre en sus cimientos fundamentales. Primero, en su concepción misma y segundo, en el seno de la génesis normativa, esto es, en el ejercicio de la función de regulación eléctrica, hoy liderada por una CREG, las ruedas de la Carreta, rendida a los intereses del cochero.

Se tornaba entonces fundamental, para un trabajo de investigación en estos términos y con los aludidos objetivos, evaluar el papel del Estado en la actualidad y determinar sí, como está organizado filosófica, normativa e institucionalmente el sistema de regulación eléctrico; contrastándolo con las razones que impulsaron en la década de los 90 las transformaciones del sector eléctrico; y observando el mercado real actual, se garantizan los fines constitucionales para los cuales está erigido el Estado, sin comprometer los derechos y garantías constitucionales que un régimen de competencia debe asegurar, los cuales, como se ha visto, afrontan un gran riesgo de oportunismo no atemperado.

Por ello surge la necesidad de una propuesta en torno a una reconfiguración que asimile cada vez más los regímenes y que garantice la inclusión de todos los sectores involucrados: Estado, particulares y consumidores – usuarios, desde la base del sistema, desde la creación de las normas del sector eléctrico. El Legislador y el Gobierno Colombiano dieron un paso importante[217] con la expedición de la Ley 1508 de 2012, de Asociaciones Público Privadas, como una reivindicación de esa transformación estatal, de su interrelación con los particulares y su necesaria cooperación. Chile, país precursor en materia de regulación en el continente americano observa tendencias similares; reafirmando que es preciso contar con más mercado, aunque también con mejor Estado. Ahí, entre uno y otro, se consolidan las metas de los próximos años en materia de regulación eléctrica:

> *"Indeed, the challenge for the national practice of regulation continues to be the management of the tension between a heterogeneous and highly differentiated society characterized by dominantly individualist preferences (i.e. with non-redistributive preferences), and desires for more insurance against all forms of failure. How this tension can be dealt with, at what cost and by whom is likely to be one of the key regulatory challenges for the next decades."*[218]

[217] El primer referente normativo en este sentido, podría decirse, es la Constitución Política de 1991, en sus artículos 76 y 77, y la Ley 182 de 1995, que previó la creación y reglamentación de la Comisión Nacional de Televisión, bajo el entendido de la inclusión de los sectores involucrados al interior de la Comisión misma, con derecho de voz y de voto.

[218] BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; y, LODGE, Martin. "The Oxford Handbook of Regulation". Oxford University Press 2010. Pág. 618

CONCLUSIONES

El siglo XXI es una época de consolidación de las diferentes transformaciones del Estado, impulsada por la crisis del sector financiero. Si bien la noción de servicio público continúa vigente como criterio identificador de la necesidad de intervención estatal, los parámetros y el diseño de dicha intervención son asuntos que actualmente se analizan desde la perspectiva de la institución denominada "regulación".

Precisamente, estos parámetros y diseño son una expresión de los principios rectores más desarrollados en materia de intervención estatal, y por esta vía, en materia de regulación: el principio democrático y el derecho al correcto funcionamiento de la administración pública, de acuerdo con los términos expuestos brevemente a lo largo de esta tesis y ajustados a una realidad Colombiana en la que el Estado es un actor que juega al tiempo en calidad de juez y en calidad de parte, un aspecto reiterado internacionalmente, y que hace inocultable la existencia de un riesgo de oportunismo del Gobierno, generando un ambiente de desconfianza en el sector privado al que se le atribuye, en cierta medida, la desaceleración de su participación e inversión.

Pero tal calidad dual es, al parecer, tanto necesaria como indiscutiblemente riesgosa, y por ello amerita un replanteamiento en el modelo de regulación vigente, en lo que al sector eléctrico en Colombia se refiere.

Acorde con lo anterior, en el panorama nacional y bajo el ámbito del análisis del riesgo de oportunismo del Gobierno, el fin perseguido en esta tesis se consolida en la creación de espacios de discusión en los escenarios académicos y reales, en cuanto al papel del regulador Colombiano en materia de energía eléctrica, frente al riesgo de oportunismo del Gobierno y el análisis de un diseño incluyente de regulación eléctrica, que logre la eficiencia social y económica por medio de la combinación de las aportaciones de capital, conocimientos técnicos e iniciativa del sector privado, con la presencia estatal y la realización de los fines para los cuales éste ha sido constituido. Las iniciativas Chilenas y la reciente Ley APP, se constituyen como precedentes institucionales fundamentales en la búsqueda del diseño institucional que mejor permita el cumplimiento de dichos intereses.

Consecuentemente, la opción de una regulación concertada mediante la democratización de espacios de participación al interior de la CREG, quizás conduzca a una propuesta de re-organización que debería incluir cuatro aspectos fundamentales anticipados previamente: i) composición y mecanismo de elección; ii) sistema de grupos de trabajo; iii) un régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, que prevea, especialmente, el empleo de la puerta giratoria; y iv) un mecanismo de publicidad eficaz.

Garantizar la participación y la posibilidad de acuerdo entre todos los agentes involucrados: Estado, particulares y usuarios, en la arena regulatoria, es una propuesta que obliga al estudio del papel del regulador por fuera de su "zona de comodidad", aspecto por el cual muy probablemente es una opción que no ha sido muy desarrollada y que se observa desde las torres de marfil con ciertos y fundados recelos; empero, al mismo tiempo, envuelve con grandes expectativas la posibilidad de abordar de manera eficaz, la tensión que existe entre una heterogénea y altamente definida sociedad caracterizada por preferencias individuales predominantes, y los deseos de mayor aseguramiento en contra de cualesquiera formas de fallos, máxime si se tiene en cuenta el especial modelo de mercado eléctrico colombiano, en el que el Estado se abroga los poderes naturales de regulación al tiempo que irrumpe en el mercado competitivo.

La reforma del sector eléctrico cumplió varios de sus objetivos en la medida que hoy se cuenta con un mercado eléctrico con participación privada y se han alcanzado altos niveles de confiabilidad; no obstante, aún quedan algunos escollos del viejo proteccionismo y del papel asistencial del Estado, reflejados en un regulador eléctrico carente de independencia real y en una iniciativa privada disminuida, quizás, a la espera de un esquema regulatorio que brinde mayor confianza y que pueda captar de forma más eficiente y con mejor capacidad de adaptación a la realidad tecnológica y económica, los avances en materia de energía eléctrica.

La adopción de la propuesta aquí insinuada, o de otras que surjan a partir del análisis de los temas expuestos, su materialización, características particulares y régimen específico, son asuntos que se estudiarán con profundidad más adelante, como desarrollo de las aludidas metas de los próximos años en materia de regulación eléctrica en el ámbito nacional.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ-GENDIN, S.: El servicio público: su teoría jurídico-administrativa, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944

ANGULO NOVOA S.J., Alejandro; RODRÍGUEZ VALDERRAMA S.J., Mauricio y GARZÓN FORERO, Alfredo. *"La Carreta del Estado"* Centro de investigación y Educación Popular. 1992

ARAUJO Oñate, Roció. Artículo *"Antecedentes y Marco Constitucional de la Función Legislativa, Reglamentaria y Regulatoria de los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia"*. En *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Editorial Universidad del Rosario. 2007

ARIÑO Ortiz, Gaspar. *"Principios de Derecho Público Económico"*. Universidad Externado De Colombia. 2003

ARISTÓTELES: *La Política, Libro III*, (Trad. de Manuela García Valdés), Gredos, Madrid, 1988

AUBY, J. / DUCOS – ADER, R.: *Institutions administratives*, Dalloz, París, 1971

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; y, LODGE, Martin. "The Oxford Handbook of Regulation". Oxford University Press 2010.

Banco Mundial, *"El Estado en un mundo en transformación"*, Informe. 1997 http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catfinpub/material/lectura%203_1.pdf Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

BULLARD González, Alfredo. *"Derecho y Economía"* El análisis económico de las instituciones legales. Palestra Editores. Lima, Perú. 2006

BUTTGENBACH, A.: *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Larcier, Bruselas, 1952

BREYER, Stehpen G. *"Regulation and its Reform"*. Harvard College, 1982

CAMBIER, C.: *Droit administratif*, Maison Ferdinand Larcier, Bruselas, 1968

CARANDE, Ramón. *"La administración en la economía ciudadana"*, en Sevilla, fortaleza y mercado. Crítica, Barcelona. 1990

CARRIÓ, Genaro. *"Notas sobre Derecho y Lenguaje"*. Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires. 1994

CASTRO CUENCA, Carlos; GARCÍA LÓPEZ, Luisa y MARTÍNEZ VARGAS, Juan. *"La Contratación Estatal: Teoría General"* Perspectiva comparada y regulación internacional. Editorial Universidad del Rosario. 2010

CASTRO CUENCA, Carlos. Tesis Doctoral "*Aproximación a la Corrupción en la Contratación Pública. Especial Referencia a las Fórmulas de Tipificación de la Corrupción en la Contratación Pública".* Universidad de Salamanca. España.

CICERÓN, M. T.: *Las leyes*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953

COASE, Ronald. *"The Problem of The Social Cost"* in: The Journal Of Law And Economics, Chicago University. 1960

COMADIRA, Julio Rodolfo. *"La Experiencia de la Regulación en Argentina"*. En *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*. Editorial L'Hartman y Universidad del Rosario. 2009

COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *"Law And Economics"*. Harper Collins Publishers. Estados Unidos. 1988

CUSTOS, Dominique. *"Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional."* Editorial L'Hartman y Universidad del Rosario. 2009

DEBBASCH, C.: *Droit Administratif*, Cujas, París, 1971

DEBEYRE, G.: *Traité de Droit Administratif*, Dalloz, París, 1952

DROMI, Roberto. *"Derecho Administrativo"*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires. 1998

DUCROCQ, T: *Cours de Droit Administratif et de Législation francaise des finances et les principes du Droit Public*, T. I, Fontemoing, París, 1897

DUEÑAS, Quevedo Clara. *Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios.* Tesis De Grado. Universidad Del Rosario. Bogotá D.C. 2000
DUEZ, P.; DEBEYRE, G.: *Traité de Droit Administratif*, Dalloz, París, 1952

DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionel, T.II,* Ancienne Librarie Fonte moing & Cie, París, 1923

DUSSÁN, Hitscherich Jorge. *"Las Agencias De Regulación En Colombia"*. http://www.Dussan.Net/Adminarticulos/Agencias.Pdf
Consultada por última vez en junio 15 de 2009

Empresa de Energía de Bogotá. *"La Empresa de Energía de Bogotá: Un caso exitoso de gestión público privada"*. 2007

FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, R.: *Resumen de derecho administrativo y ciencia de la Administración*, T. I., Bosch, Barcelona, 1930

FERNÁNDEZ T-R.: "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", en RAP, num. 150, 1999

FRIEDMAN, Milton, and Rose D. *"Free to Choose: A Personal Statement"*. Harcourt Brace Jovanovich, 1980

FROYEN, Richard. *"Macroeconomía"*, en *Medidas de políticas macroeconómicas seleccionadas, período 1929-1991* Editorial Mc Graw Hill.

GARCÍA de Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *"Curso de Derecho Administrativo I".* Thomson Civitas. 2006.

GARCÍA de Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *"Curso de Derecho Administrativo II".* Thomson Civitas. 2006.

GARCÍA OVIEDO, C.: *Derecho Administrativo*, EPESA, 1948, Madrid

GARCÍA Valdeavellano, Luis. *"El mercado. Apuntes para su estudio en León y Castilla durante la Edad Media"* AHDE, num 8. 1931

GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho administrativo*, V. II, Tecnos, Madrid, 1988

GASCÓN Y MARÍN, J.: *Tratado de Derecho administrativo*, Imprenta clásica española, Madrid, 1929

GEORGIN, C.: *Cours de droit administratif, T. I., Cours de droit administratif. Livre premier, Les pouvoirs publics et les services publics*, Editions Eyrolles, París, 1954

GRAU, Eros Roberto. *"La Regulación En Brasil"* En *"Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional."* Editorial L'Hartman y Universidad del Rosario. 2009

GUASTINI, Ricardo. "*Distinguiendo"*. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer I Beltrán. Ed. Gedisa, Barcelona. 1999

HAURIOU, M.: *Précis de droit administratif*, Sirey, París, 1907

HELLER HERMAN, *"Teoría del Estado"*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951,

IBÁÑEZ Najar, Jorge Enrique. *"Estudios de Derecho Administrativo"*. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C.

Informe del Banco Mundial de 1997 *"El Estado en un mundo en transformación"*.

JÈZE, G.: *Principios generales del derecho administrativo. T. II. 1, La noción de servicio público, los agentes de las administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1949.

LARRAÑAGA, Pablo. *"Interés General y Regulación Económica"*. Instituto Tecnológico Autónomo de México. ISONOMÍA No. 27, 2007.

LAUBADÈRE, A.: *Traité elementaire de Droit Administratif, T. I*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1963

LOCKE, J.: Ensayo sobre el gobierno civil (trad. de Amando Lázaro Ros), Aguilar, Madrid, 1983

LÓPEZ, Juan. *"Análisis Económico Del Derecho"*. Tecnos. Madrid, España. 1987

LÓPEZ CANDELA, J. E.: *Sobre la necesidad de un concepto de servicio público*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, Madrid.

MANKIW N. Gregory, "Principles of Economics: Economics Series". Cengage Learning, 2011

MARCOU, Gérard. *"La Regulación y los Servicios Públicos. Las enseñanzas del derecho comparado."* En *"Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional."* Editorial L'Hartman y Universidad del Rosario. 2009

MAST, A.: *Précis de Droit administratif belge*, Story – Scientia, Bruselas, 1966
MENDONCA, Daniel. *"Las Claves Del Derecho"*. Ed. Gedisa, Barcelona. 2000

MENÉNDEZ PÉREZ, S., *"El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial"*, en Delgado Barrio J., (Dir) Eficacia, discrecionalidad, y control judicial en el ámbito administrativo. CGPJ. 1995

MERKL, A.: *"Teoría general del derecho administrativo"*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935

MILLAN, Jose Jaime. "Three Decades of Reform in the Latin American Electric Power Industry" Inter-American Development Bank (IDB). 2007

MORO, T.: *Utopía*, Orbis, Barcelona, 1984

NIETO, A.: *"La Administración sirve con objetividad a los intereses generales*, en: MARTÍN - RETORTILLO, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución española, LH al profesor Eduardo García de Enterría, T. III*, Civitas, Madrid, 1991

NIETZSCHE Friedrich. *"Libertad de la voluntad y fatum"*. Traducción De Luis Fernando Moreno Claros, En Nietzsche, F., De Mi Vida. Escritos Autobiográficos De Juventud (1856-1869), Valdemar, Madrid. 1997

PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I. PG*, Marcial Pons, Barcelona, 2004

PENAGOS, Gustavo. "*Derecho Administrativo, nuevas tendencias"*. Ediciones doctrina y ley. Bogotá. 2004

PLATÓN: *Diálogos, T. IV, La República* (Trad. Conrado Eggers Lan), Gredos, Madrid, 1986

República de Colombia, Constitución Política de 1991.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-272 del 3 de junio de 1998. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

República De Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C - 522 De 2002. MP Jaime Córdoba Triviño.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-889 del 22 de octubre de 2002. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011. Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancourt Jaramillo. Exp. No. 11.857.

República de Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 1997. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancourt Jaramillo. Exp. No. 11.977

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia No. 16 de abril 28 de 1981.

República de Colombia. Gaceta del Congreso de la República No 121, Viernes 7 De Mayo De 1993. Santafé De Bogotá.

República de Colombia. Gaceta del Congreso de la República No 78 Jueves 17 De Junio De 1994

República de Colombia. Ley 142 de 1994

República de Colombia. Ley 143 de 1994

República de Colombia. Ley 1508 de 2012

República de Colombia. Resolución CREG 83 de 1996

República de Colombia. Resolución CREG 128 de 1996

República de Colombia. Resolución CREG 022 2001

República de Colombia. Resolución CREG 095 de 2007

RESTREPO, Manuel. *"Derecho Administrativo Contemporáneo: ¿Derecho Administrativo Neo Policial?"* En *Retos y Perspectivas del Derecho Administrativo.* Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2009

RESTREPO, Manuel, *"El Derecho Administrativo en los albores del Siglo XXI"*. Universidad Del Rosario. 2007

Revista de Derecho Público No 11. *"Diez Años De La Especialización En Gestión Pública E Instituciones Administrativas"*. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes, Junio de 2000.

RIVERA Sánchez, Milagros. *"La Regulación de las Telecomunicaciones en Chile y la Esquiva Meta de la Transparencia"*
http://www.milagrosrivera.com/regulacion.htm#_ftn2
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

RIVERO, J. / WALLINE, J.: *Droit Administratif*, Dalloz, París, 2004

RIVERO Ortega, Ricardo. *"El Derecho Administrativo Económico"*. Cuarta Edición, Marcial Pons. 2007

RIVERO Ortega, Ricardo. *"Administraciones Públicas y Derecho Privado"*., Marcial Pons. 1998

ROUSSEAU, J. J.: *El Contrato social* (Trad. Fernando de los Ríos), Espasa Calpe, Madrid, 1990

RUPP, H.H.: "Wohl der Allgemeinheit und offentliche Interessen Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht", en: *Wohl der Allgemeinheit*, Duncker & Humblot, Berlín, 1968

TRUCHET, D.: « *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'etat, Libraire generale de Droit et de jurisprudence* », París, 1977

SÁNCHEZ de la Torre, Ángel. *El objeto de la legalidad en la expresión salus popuili suprema lex esto.* Universidad Complutense de Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo general*, T. II, Iustel, Madrid, 2004

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. "*Los Servicios Públicos: Vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso"*. Inédito.

SORACE, Domenico. *"Regulación, necesidades colectivas y competencia."* En *"Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional."* Editorial L'Hartman y Universidad del Rosario. 2009

STIGLITZ Joseph E. "*Financial Re-Regulation and Democracy"*. Proyect Syndicate Review 2010. http://www.project-syndicate.org/
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

ULE, K. H.: *"Allgemeines Wohl in der Rechsprechung"*, en: *Wohl der Allgemeinheit*, Duncker & Humblot, Berlín, 1968

URBIZTONDO, Santiago y ROJAS, Juan Manuel. Documento de Trabajo No. 85. *"La Reforma del Sector Eléctrico en Colombia: Breve Análisis y Crítica Constructiva.* Buenos Aires, 2005

VEDEL, G.: *Derecho Administrativo* (trad. de Juán Rincón Jurado), Aguilar, Madrid, 1980

VILLAR EZCURRA, J.: *Servicio público y técnicas de conexión*, Tesis-Universidad Complutense de Madrid, 1976.

Brass v. North Dakota ex Rel. Stoeser, 153 U.S. 391 (1894). *http://supreme.justia.com/cases/federal/us/153/391/*
Consultada por última vez en mayo 14 de 2012

Munn v. Illinois, 94 U.S. 113 (1876). http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=94&page=113.

Consultada por última vez en mayo 14 de 2012.

Nebbia V. People Of State Of New York, 291 U.S. 502 (1934)
Winsor Vs. Special Railway Administrators Of Railtrack Plc (2002) EWCA Civ 955 10 de Julio de 2002.

http://www.eia.gov/tools/faqs/faq.cfm?id=527&t=1
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://www.eia.gov/oiaf/aeo/tablebrowser/
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://www.energiasrenovables.ciemat.es/especiales/energia/index.htm
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1983/01/29/035.html
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1985/12/01/031.html.
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1983/5915&codmap=
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://www.semana.com/especiales/chivor-betania/32664-3.aspx
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://www1.upme.gov.co/index.php/zona-de-informacion/noticias-del-sector/401.html
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://www.bnamericas.com/news/energiaelectrica/BID_analizara_credito_de_US*200mn_para_Porce_III;
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1501173
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/E/el_departamento_si_seria_socio_de_epm/el_departamento_si_seria_socio_de_epm.asp
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://economia.terra.com.mx/noticias/noticia.aspx?idNoticia=200702151832_RTI_1171564323nN15426973
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://www.noticiasdevillavicencio.com/index.php?id=54&tx_ttnews%5Btt_news%5D=4683&cHash=77569ed132f30835d12f2a7a847f5ce1
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://www.portafolio.co/economia/ebsa-ultimo-gran-negocio-del-ano-808-mil-millones
Consultada por última vez en febrero 22 de 2012

http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/better-regulation/docs/p/11-795-principles-for-economic-regulation
Consultada por última vez en julio 30 de 2012

http://www.fiel.org/publicaciones/Documentos/DOC85.pdf
Consultada por última vez en julio 30 de 2012