

# **LAS COMISIONES DE REGULACIÓN: EL PUNTO MEDIO DE LAS AGENCIAS INDEPENDIENTES EN COLOMBIA**

CATALINA UPRIMNY SALAZAR\*

## **RESUMEN**

Las agencias reguladoras actualmente son un tema de gran importancia en la economía de un país pues son una forma de intervención estatal, especializadas y técnicas que buscan una eficiencia que generalmente es esquivada. Sin embargo, el Estado por sí solo puede producir más fallas en la economía que el mismo mercado. Así, debe existir una sabia combinación entre participación del Estado y participación del mercado en la economía, a fin de evitar sus fallas que son creadas por el exceso de uno u otro.

*Palabras clave:* mercado, intervención, fallas del mercado, agencias regulatorias, participación, desregularización, Estados Unidos, Francia, Colombia, órganos de regulación.

## **REGULATORY COMMISSIONS: IN THE MIDDLE OF INDEPENDENT AGENCIES IN COLOMBIA**

## **ABSTRACT**

*The regulating agencies are a very important topic in any nation economy, the reason: that is the way the Estate can intervene the economy in a*

---

\* Estudiante de décimo semestre, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

*technical and specialized approach in order to achieve efficiently. However, this situation could produce a failure itself in the nation's economy. That is why it must exist a wise combination between the participation of the Estate and the participation of the market, so it won't be any failure because of the excess of one or other.*

*Key words: market, intervention, market failures, regulation agencies, participation, deregulation, United States, France, Colombia, regulation organs.*

## **SUMARIO**

1. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO
2. ORIGEN Y DESARROLLO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y FRANCIA
  - 2.1. Los Estados Unidos de América
  - 2.2. Francia
3. ORIGEN Y DESARROLLO DE LAS AGENCIAS REGULADORAS EN COLOMBIA
  - 3.1. La evolución del Estado colombiano
  - 3.2. Características de las agencias reguladoras independientes en Colombia
  - 3.3. Órganos de regulación creados por la Constitución de 1991
    - 3.3.1. Los órganos y las características fundamentales: algunas consideraciones jurisprudenciales
    - 3.3.2. Los órganos esencialmente autónomos e independientes consagrados por la Carta
    - 3.3.3. Las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia

## CONCLUSIONES

## BIBLIOGRAFÍA

“El organismo gubernamental regulador es un instrumento inevitable para el control público de las industrias, ocupaciones y otras ramas concretas de la actividad económica.

La regulación de actividades es normalmente específica para cada actividad y, por consiguiente, requiere la aplicación de conocimientos especializados. Ocurre, sin embargo, que el organismo regulador, que surge por necesidad de la administración, acaba siendo bien acogido en el seno de la actividad que ha de regularse”.

STIGLER, 1980.

Las agencias reguladoras actualmente son un tema de gran importancia en la economía de un país pues son una forma de intervención estatal especializadas y técnicas que buscan una eficiencia que generalmente es esquivada. La principal razón para esto según GERMÁN DARÍO VALENCIA AGUDELO, es que reafirmando la teoría de la escuela de *public choice* el Estado por sí solo puede producir más fallas en la economía que el mismo mercado. Así, debe existir una sabia combinación entre participación del Estado y participación del mercado en la economía, a fin de evitar sus fallas que son creadas por el exceso de uno u otro. Esta combinación puede dar como resultado las agencias reguladoras donde el Estado busca corregir fallas por vía indirecta, a través de la implementación de medidas regulatorias, no de asignación de recursos o prestación de servicios. Definitivamente esta medida es más eficiente pues de su nombre se denomina la razón de su éxito: la independencia<sup>1</sup>.

Sin embargo, la figura de las agencias reguladoras en su máxima expresión parece ir en contra de la Carta de 1991 al ser completamente independiente y libre de control, pero al mismo tiempo es necesaria para la evolución económica del país. Vemos de esta forma que el tema resulta muy controversial y necesariamente requiere *puntos medios* para que sea posible su aplicación en un sistema económico y jurídico como el nuestro. Puntos medios que pueden considerarse para efectos del presente, como el lograr un equilibrio entre libertad, eficiencia, legitimidad en la intervención de la economía por parte del Estado a través de las agencias regulatorias. En otras palabras, un equilibrio entre democracia y eficiencia. Y es que precisamente con este trabajo se pretende hacer evidente que no existen agencias reguladoras cien por ciento puras, tal y como no existe un capitalismo incorrupto, ni mucho menos una economía perfecta. Por eso se hacen necesarios los aquí llamados *puntos medios*.

---

1 VALENCIA AGUDELO, GERMÁN DARÍO, “Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”, revista *Ecos de Economía* de EAFIT, n° 18, Medellín, abril 2004.

A lo largo de este trabajo se tratará el surgimiento de las agencias de regulación, *los puntos medios* que se han encontrado en el derecho francés y en el anglosajón; las agencias y sus características esenciales y finalmente, su existencia o no existencia en Colombia, en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

Antes de iniciar con el trabajo, es necesario establecer el significado de palabras que se utilizarán a lo largo del mismo, para evitar cualquier tipo de malentendido. Frente a este tema, se entenderá regulación de la misma forma que es aplicada por el doctor GERMÁN AGUDELO VALENCIA en el artículo de la revista *Ecos de la economía*, “Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”<sup>2</sup>, es decir como:

“un conjunto de normas generales y específicas impuestas por las agencias de regulación estatales que interfieren directamente en el mecanismo de asignación de los mercados, o indirectamente alterando las decisiones de oferta y demanda de los usuarios y de las empresas prestadoras del servicio. En este sentido, las regulaciones son limitaciones impuestas a la libertad de los ciudadanos y de las empresas por presumibles razones de interés público. Las regulaciones, así entendidas, se expresan tanto en leyes como en reglamentos y órdenes o actos administrativos producidos en los diferentes niveles de gobierno o en las organizaciones no gubernamentales o autorreguladas que tengan poderes reguladores delegados. (...) Aunque las regulaciones que el Estado realiza pueden ser económicas, sociales o administrativas, aquí sólo se consideran las regulaciones económicas, es decir, aquéllas con las que el gobierno interviene directamente en decisiones de mercado”.

## **1. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO**

Desde la creación del Estado, se han estudiado los límites de la intervención estatal en las libertades de los individuos constantemente, pero quizás el ámbito de la discusión en donde esto ha adquirido más importancia en los últimos tiempos es en la economía.

Las posiciones sobre este tema básicamente son dos. El intervencionismo y el liberalismo de mercado. El primero considera necesaria la intervención del Estado en la economía a fin de lograr su crecimiento; el segundo supone que las reglas del

---

2 VALENCIA AGUDELO, GERMÁN DARIÓ, “Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”, revista *Ecos de Economía* de EAFIT, n° 18, Medellín, abril 2004.

libre mercado deben respetarse ya que él mismo determinará su desarrollo<sup>3</sup>. Es decir, que la

“lógica natural de los hechos económicos actúa con regularidad casi física y corresponde al sistema de leyes económicas”

y en esta medida,

“la función del derecho se reduce entonces a no entorpecer el libre juego de estas fuerzas, a no interferir en la causalidad de las leyes de la economía”<sup>4</sup>.

Para efectos del trabajo, se considerará que en la primera vertiente se da el Estado bienestar y en la segunda, el Estado regulador.

El Estado bienestar surge a principios del siglo veinte en Estados Unidos como respuesta a la *gran depresión de los años treinta*. La razón es que las leyes de libre mercado no lograron dar solución a la crisis y se hizo necesaria la intervención estatal en la economía. Intervención traducida en una normativa eficaz de las tarifas de los servicios públicos, una limitación de los intereses crediticios, una política de apoyo al movimiento sindical y un sistema estatal de subsidio del desempleo. La principal característica del Estado benefactor era garantizar a cada ciudadano unas mínimas condiciones de vida, independientemente de su capacidad económica<sup>5</sup>. Sin embargo, el Estado benefactor entró en crisis en la década de los setenta por varias razones que expone GERMÁN DARÍO VALENCIA AGUDELO, a saber:

“\* Ideológicamente los defensores del liberalismo económico empezaron a argumentar que los gobiernos deberían estimular la competencia para favorecer el mejor funcionamiento de los mercados. Lo que implicaba la desregularización por medio de la supresión de algunas regulaciones estatales.

\* Económicamente el capital se hizo más móvil y las empresas comenzaron a presionar por reformas más permisivas a la legislación para la comercialización, producción y desarrollo de nuevos productos. La respuesta a estas reformas era un claro incremento en la productividad.

---

3 VALENCIA AGUDELO, GERMÁN DARÍO, “Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”, revista *Ecos de Economía* de EAFIT, n° 18, Medellín, abril 2004, pág. 10.

4 ARIÑO ORTIZ, GASPAR, *Principios de derecho público económico*, pág. 57.

5 VALENCIA AGUDELO, GERMÁN DARÍO, “Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”, revista *Ecos de Economía* de EAFIT, n° 18, Medellín, abril 2004, pág. 12.

\* Académicamente se comienza a considerar como un problema económico pertinente la acción reguladora del gobierno. Estudios como los de la escuela de Chicago y GEORGE STIGLER, dieron impulso a este movimiento. Se fue desarrollando así una teoría de los “fallos del Estado” que era una crítica a su intervencionismo extremo.

\* Políticamente hubo gran diversificación de los grupos sociales. El sistema burocrático tradicional comienza a cuartearse por la aparición de actores que no encajan en él. La razón: la ciudadanía exige más participación, responsabilidad, conocimiento y sobre todo más libertad.

Éstas y muchas otras razones dieron comienzo al Estado regulador que se dividió en tres etapas básicas<sup>6</sup>. La primera de ellas se desarrolla desde 1970 hasta 1980. Se buscaban como objetivos la simplificación de la normativa regulatoria vigente para eliminar las barreras a la libre competencia impuestas por el Estado de bienestar.

La segunda etapa se “gestó en los ochenta y se aplicó en la década siguiente” y básicamente buscaba mejorar la calidad de cada una de las regulaciones mediante arreglos institucionales e instrumentos técnicos tales como la información, la consulta y la participación pública. La incorporación de listas de control y el análisis del impacto de las regulaciones. Esto último fue de especial importancia pues redujo la arbitrariedad en la elaboración y aplicación de algunas regulaciones<sup>7</sup>.

La tercera y última etapa es por la que la mayoría de los países está pasando y está caracterizada por:

“el establecimiento de políticas o programas de calidad reguladora, que buscan fomentar las capacidades institucionales necesarias para generar y mantener el sistema”<sup>8</sup>.

Así, uno de los principales objetivos de esta etapa es buscar alternativas a la regulación tradicional que garanticen la transparencia y responsabilidades del conjunto del sistema regulador. El mecanismo para llegar a esto consiste en la reasignación de tareas a cuerpos ya existente y en la creación de unos nuevos como lo son las agencias especializadas, los comités consultivos y las agencias intergubernamentales, entre otros<sup>9</sup>. Es en este momento donde se comprende la necesidad de un *punto medio* entre el Estado y el mercado a fin de evitar nuevas fallas como consecuencia de los excesos de uno u otro.

---

6 Ibidem

7 Ibidem.

8 Ibidem.

9 Ibidem.

## 2. ORIGEN Y DESARROLLO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y FRANCIA

### 2.1. Los Estados Unidos de América

Es necesario tener presente la evolución del Estado y de su intervención en la economía para entender qué sucedía al interior del mismo cuando promovió las agencias reguladoras a lo largo su desarrollo. Por ejemplo, en Estados Unidos, la época dorada de las agencias coincide con la política intervencionista del presidente norteamericano F.D. ROOSEVELT en la época de los treinta. Tal y como se estudiará más adelante con la sentencia *Humphrey's Executor v. U.S.*<sup>10</sup>.

Como tales, las agencias de regulación surgen a finales del siglo XIX en Estados Unidos. La primera ellas fue la Comisión de Comercio Interestatal,

“que tenía las características de tener estabilidad en el cargo de los órganos de dirección, capacidad para diseñar sus propias líneas de actuación, al margen de las posibles injerencias del ejecutivo, y la atribución de potestad reglamentaria autónoma”<sup>11</sup>.

La importancia de estas agencias radica, en palabras de GERMÁN DARÍO VALENCIA AGUDELO en que,

“con las agencias reguladoras independientes se pasó de la clásica función de policía, originada en la concepción del poder público como garante último del sistema económico, a la función reguladora encomendada a las agencias independientes”.

Sin embargo, con el cuestionamiento del Estado liberal<sup>12</sup>, paralelamente se dio el cuestionamiento del papel de dichas agencias en pleno auge del *New Deal*. La sentencia *Humphrey's Executor v. U.S.*, de 1935, trata clarificar el debate sobre su papel. En ella se estableció que en Estados Unidos, todas las agencias reguladoras independientes han sido creadas por leyes del Congreso y que para garantizar la independencia frente al ejecutivo, no podrían ser removidos sus miembros salvo por justa causa. Esta sentencia reforzó el papel de las agencias independientes de regulación<sup>13</sup>. Sin embargo, tanta independencia inevitablemente llevó a que las

---

10 CANALES NETTLE, PATRICIA, “La función reguladora del Estado. Las autoridades administrativas independientes. Experiencias en Italia, Francia, Inglaterra, España, Estados Unidos y Argentina”.

11 VALENCIA AGUDELO, GERMÁN DARÍO, “Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”, revista *Ecos de Economía* de EAFIT, n° 18, Medellín, abril 2004.

12 En la gran depresión, como se señaló líneas arriba.

13 VALENCIA AGUDELO, GERMÁN DARÍO, “Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”, revista *Ecos de Economía* de EAFIT, n° 18, Medellín, abril 2004.

agencias fueran *capturadas* por los mismos sectores que debían regular y esto llevó a denuncias que culpaban a su independencia<sup>14</sup>. Esta situación dio paso a la jurisprudencia denominada *hard look review* encaminada al procedimiento de la toma de decisiones de estas agencias, para garantizar que el resultado de la regulación fuera el resultado de una valoración a todas las posibles soluciones<sup>15</sup>.

Las agencias sobrevivieron y en estas últimas décadas lograron imponerse como el instrumento más apropiado para la realización los propósitos del Estado regulador; cobrando legitimidad e imponiéndose como forma general de actuación de este tipo de Estado<sup>16</sup>. Esta legitimidad se basa más que todo en su origen legal. En palabras de PATRICIA CANALES NETTLE:

“Su calidad de creaciones del poder legislativo, justifica que queden fuera de la línea jerárquica de dirección de la actuación administrativa por el ejecutivo, resultando conforme con la Constitución, como instrumentos para la realización de los propósitos reguladores del legislador”.

Es decir que el *punto medio* del que se hablaba líneas arriba, en Estados Unidos, consistió en darles a las agencias independientes las siguientes características:

- a. Fundamento legal como legitimación de su independencia. Es decir que al ser las agencias creadas por el legislativo, no existía una delegación normativa por parte del ejecutivo que le permitiera obtener algún tipo de control sobre ellas. Lo que no significa que no exista relación alguna entre las agencias y el gobierno. Por ejemplo, la legislación vigente de Estados Unidos concede al presidente como norma general, la competencia para conocer y modificar los proyectos de ley realizados por las agencias, con anterioridad a su presentación parlamentaria, a efectos de armonizar su contenido con las políticas gubernamentales<sup>17</sup>.
- b. Control a los mecanismos de regulación para garantizar la transparencia de la acción de las agencias. Como en el proceso de elaboración de reglamentos,

---

14 BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS, *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.

15 CANALES NETTLE PATRICIA, “La función reguladora del Estado. Las autoridades administrativas independientes. Experiencias en Italia, Francia, Inglaterra, España, Estados Unidos y Argentina”.

16 VALENCIA AGUDELO, GERMÁN DARÍO, “Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”, revista *Ecos de Economía* de EAFIT, n° 18, Medellín, abril 2004.

17. FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL, “La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América”, *Universitas*, n° 106, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre 2003, Bogotá, Colombia.



conocer la realidad fáctica sobre la que se actuaba y dejar constancia de ese conocimiento en el expediente administrativo<sup>18</sup>.

## 1.2. Francia

El desarrollo del modelo de administración por agencias regulatorias de Estados Unidos ha tenido una huella global en la administración pública de los estados, especialmente Francia, como lo hace notar el doctor GABRIEL FERNÁNDEZ ROJAS, por la *nitidez* de su impacto.

El sistema administrativo francés está fundamentado en los principios de jerarquía y tutela de los órganos superiores en lo relativo a los órganos inferiores. Asimismo, en el sometimiento de la administración hacia el ejecutivo y en el Parlamento como mecanismo de control democrático de sus actuaciones. Por esta razón se ha generado una contradicción con la figura de las agencias independientes (una contradicción similar a la colombiana, como se establece líneas arriba) pues su independencia frente al gobierno y al Parlamento son incompatibles con el sistema<sup>19</sup>. Todo en virtud del artículo 20 de la Constitución<sup>20</sup>.

Sin embargo, ante el Consejo Constitucional francés, el problema no es de orden orgánico, o sea de la independencia frente al ejecutivo, sino de carácter funcional, es decir la relacionada con los poderes o facultades que se atribuyen a estos organismos<sup>21</sup>.

De esta forma la doctrina francesa se ha esforzado por encontrar nuestro famoso *punto medio* indicando que el gobierno *dispone* de la administración. Esto quiere decir que las agencias son autoridades administrativas originales integradas al poder ejecutivo. Esto quiere decir que por la vía de eliminación sucesiva que plantea J. CHEVALIER<sup>22</sup>, estas agencias deben hacer parte de las estructuras administrativas

---

18. CANALES NETTLE, PATRICIA, “La función reguladora del Estado. Las autoridades administrativas independientes. Experiencias en Italia, Francia, Inglaterra, España, Estados Unidos y Argentina” en *Serie Estudios*, n° 219”, Departamento de Estudios de la Biblioteca del Congreso Nacional de julio de 1999, Santiago de Chile 1999.

19 MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT, “Los órganos autónomos e independientes”, *Revista Civilizar*, n° 5, [www.Usergioarboleda.edu.co](http://www.Usergioarboleda.edu.co) pág. 19.

20 BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS, *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.

21. MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT, “Los órganos autónomos e independientes”, *Revista Civilizar*, n° 5, [www.Usergioarboleda.edu.co](http://www.Usergioarboleda.edu.co) pág. 20.

22 Citado por BETANCOR RODRÍGUEZ ANDRÉS, *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 65 y sigs.

aunque tengan estatutos específicos que las exceptúa de la subordinación jerárquica, creando una nueva variante en las autoridades administrativas. Aunque, es evidente que conforme al parecer de BRAINBANT<sup>23</sup>, las autoridades administrativas no pueden ser del todo independientes porque en todo caso están controladas, al menos por los tribunales<sup>24</sup>.

Es así como el Consejo Constitucional francés ha decidido mantener dichas autoridades porque ha concluido que es más benéfico tenerlas como reguladores de ciertos sectores sociales, a no contar con ellas en absoluto. La razón es que el gobierno responde políticamente ante el parlamento incluso en relación con dicha regulación y las agencias constituyen instrumentos óptimos para realizar los programas políticos diseñados por el ejecutivo<sup>25</sup>. Además se cree firmemente que la independencia de las agencias no es absoluta pues siempre queda el control jurisdiccional (aunque también pueda resultar un problema determinar qué clase de jurisdicción ejerce el control)<sup>26</sup>.

En conclusión, para Francia el equilibrio entre democracia (la Constitución) y eficiencia (las autoridades administrativas independientes) se constituye en condicionar la constitucionalidad de las agencias al control judicial sobre sus decisiones. Es decir a la ley y a la potestad reglamentaria del primer ministro<sup>27</sup>. En palabras de ILEANA MELO SALCEDO,

“Estos condicionamientos positivos tienen por objeto acomodar los poderes de estas autoridades a la Constitución”<sup>28</sup>.

### **3. ORIGEN Y DESARROLLO DE LAS AGENCIAS REGULADORAS EN COLOMBIA**

Al igual que se miró el desarrollo general del Estado para comprender de una forma más amplia el origen y desarrollo de las agencias reguladoras en Estados Unidos y Francia, es conveniente exponer el proceso particular del Estado colombiano para al final analizar:

---

23 Ibidem.

24 MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT, “Los órganos autónomos e independientes”, *Revista Civilizar*, n° 5, [www.Usergioarboleda.edu.co](http://www.Usergioarboleda.edu.co)

25 Ibidem.

26 FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL, “La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América”, *Vniversitas*, n° 106, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre 2003, Bogotá, Colombia.

27 MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT, “Los órganos autónomos e independientes”, *Revista Civilizar*, n° 5, [www.Usergioarboleda.edu.co](http://www.Usergioarboleda.edu.co)

28 Ibidem.

- a. Si son viables las agencias reguladoras en el ordenamiento actual.
- b. Si actualmente existen y de qué forma.

### 3.1. La evolución del Estado colombiano

Es evidente que la evolución del Estado colombiano no ha sido independiente y aislada de las influencias internacionales. Sin embargo, es respuesta a las propias necesidades de la sociedad y el mismo Estado.

Desde los inicios de la teoría del poder público se consideró por MONTESQUIEU la necesidad de una división del poder para crear un balance conjunto. Se consideró entonces que había un poder legislativo, uno ejecutivo y uno judicial. Tres poderes absolutamente separados e independientes.

Pero por lo hechos históricos, en 1936 de pasó a la teoría de unidad del poder. Donde se consideró que el poder era uno solo, indivisible pero separado funcionalmente en órganos. Más adelante se consideró que la división era en *ramas* pues técnicamente apreciado, no existe un solo órgano para cada función estatal como se pretendía. En efecto, en el informe-ponencia rendido el 18 de abril de 1991<sup>29</sup> por la subcomisión de la Comisión Tercera encargada de estudiar el tema sobre la estructura del Estado y que culminó con la redacción en ese mismo sentido de los artículos 3 y 113 de la Constitución Política vigente, se señaló lo siguiente<sup>30</sup>:

“El poder público sólo es uno, y su unidad es una de las características esenciales emanada del principio de la soberanía. No puede existir antes o en el Estado más que un poder; el poder público, que al estructurarse el Estado ha de constituirse en el poder del Estado. Que para su ejercicio se distribuya la acción en distintas ramas que hagan efectivo su funcionamiento de acuerdo con los fines propuestos es cosa distinta. Por eso se habla de funciones del poder o más técnicamente de ramas que ejercen esas funciones”.

Sin embargo, esta postura también requirió cambios en la medida que existían órganos que no pertenecían a ninguna de las tres ramas o funciones públicas. Al respecto la citada intervención determinó:

---

29 Cita de MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT, “Los órganos autónomos e independientes”, Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n° 59, del 25 de abril de 1991, págs. 1 a 13.

30 *Ibidem*.

“(…) hay órganos que no encuadran en ninguna de las tres ramas del poder público, porque sus funciones ni son legislativas, ni administrativas, ni judiciales. Sus instituciones ejercen primordialmente unas funciones propias, específicas y distintas y, por lo mismo, no encajan dentro de la simplista y elemental teoría tripartita por lo que, a nuestro juicio, hay necesidad de hacer una enumeración adicional”<sup>31</sup>.

Fue entonces cuando, con la Constitución de 1991 se establecieron siete funciones del poder público porque las obligaciones y fines que desempeñaban estos órganos no se enmarcaban en ninguna de las ramas del poder. Aunque ahora parezca evidente la necesidad del cambio en la concepción del poder público, para el sistema jurídico colombiano constituyó un gran avance superar la centenaria tradición de la división tripartita del poder que ya no se adecuaba a la realidad. Esta es una de las ocasiones en las que necesidades cambian la realidad y la realidad obliga adecuar el derecho. Tal y como se creó la democracia en su momento. Tal y como sucedió con el mundo y su aceptación casi forzosa, de las agencias independientes. En ocasiones el mundo exige democracia, en otras, eficiencia. Ahora estamos en la era de la eficiencia, al derecho le corresponde armonizarla con la democracia, como sea.

### **3.2 Características de las agencias reguladoras independientes en Colombia**

“Una de las características principales de estos órganos de regulación especializados por áreas de actividad reside en su independencia y, en el caso de los que tienen rango constitucional, la propia Carta les reconoce autonomía, que es diferente y más amplia que la independencia”.

Sentencia C-150 de 2003, proferida con motivo de la revisión de constitucionalidad de algunas normas contenidas en las leyes 142 de 1994, 286 de 1996, 632 de 2000 y 689 de 2001.

Como se ha estudiado las agencias reguladoras son un fenómeno mundial que ha surgido de forma casi “propia” en los ordenamientos jurídicos de los países. Para la muestra en el trabajo se analizaron tan sólo dos ejemplos, Estado Unidos y Francia. De esta forma es evidente que no sólo el origen y surgimiento de las autoridades administrativas se ha dado de manera diferente en cada país. También ha sido así con la interpretación de sus características más fundamentales; es decir la autonomía e independencia.

---

31 *Ibidem*.

Justamente, según el profesor BETANCOR<sup>32</sup> la independencia de las agencias independientes en Estados Unidos radicaba en la imposibilidad de remoción de sus miembros por parte del presidente. Y que es justificada por SCHWARTZ como mecanismo de garantía a la interferencia política de las funciones que desarrollan. Todo esto teniendo siempre presente que el modelo estatal en Estados Unidos de América es federado. Por su parte en Francia la independencia no se puede predicar de estas autoridades porque en estricto sentido iría en contra de la Constitución (no puede existir una autoridad *administrativa e independiente*); sin embargo, lo que sí existen son autoridades administrativas autónomas<sup>33</sup>.

Entrando en materia, en Colombia todo debe analizarse desde la perspectiva de la Constitución de 1991, la cual nos declara como un Estado unitario, por tanto la forma de concebir la independencia y autonomía son diferentes a las de un Estado federado. Así, la independencia,

“supone cierta libertad en el manejo propio de asuntos administrativos, patrimoniales y financieros y potestad de regulación que se traduce en la expedición de actos administrativos normativos, pero que exige en todo caso, dependencia o subordinación a las directrices y a las políticas públicas que fijen las autoridades nacionales superiores de la rama u organización del poder público a las que pertenezcan”<sup>34</sup>.

Es decir que la llamada independencia en Colombia es relativa a ciertos temas porque para ser considerada legítima y constitucional debe obedecer con no sólo principios constitucionales, sino a políticas públicas que fijen las autoridades superiores.

Por su parte la autonomía presupone la independencia y, hace referencia a que un órgano o autoridad administrativa no dependa de ningún otro órgano, organización o rama del poder público en el sentido de dirección, regulación y control<sup>35</sup>. Entonces en cuanto a la relación de estas dos características, siempre que hay autonomía hay independencia, pero no siempre que hay independencia hay autonomía porque la primera supone cierto grado de dependencia y subordinación. Sin embargo, tal y como se ha expuesto a lo largo del trabajo ninguna de estas dos características pueden ser absolutas. Deben ir acorde con los fines y objetivos del Estado y no son ajenas a algún tipo de control. Es decir que sobre ellas recae cierta responsabilidad.

---

32 BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS, *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.

33 *Ibidem* pág. 61.

34 MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT, “Los órganos autónomos e independientes”, *Revista Civilizar*, n° 5, [www.Usugioarboleda.edu.co](http://www.Usugioarboleda.edu.co) pág. 19.

35 *Ibidem*.

Lo contrario, en palabras de la doctora ILEANA MELO SALCEDO<sup>36</sup>, sería “devolvernos varios siglos atrás”<sup>37</sup>.

### **3.3. Órganos de regulación creados por la Constitución de 1991**

#### **3.3.1. Los órganos y las características fundamentales: algunas consideraciones jurisprudenciales**

En la Constitución de 1991 se crearon dos tipos de órganos de regulación: unos de origen constitucional (Junta Directiva del Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión) y otros de creación legal (como las comisiones de regulación de los servicios públicos y las superintendencias)<sup>38</sup>. De esta forma, se evidencia la diferencia entre la independencia y autonomía, pues los órganos de origen constitucional son independientes y autónomos porque su supresión o modificación está sujeta a una reforma constitucional. En cambio, en las comisiones de regulación se depende de la voluntad del legislador para establecer su grado de independencia.

“A pesar de la independencia otorgada a las comisiones de regulación, es claro que no son órganos autónomos, pues al configurarse como unidades administrativas especiales, entran a formar parte de la rama ejecutiva y por tanto están adscritas a un ministerio donde las políticas del sector son fijadas directamente por el ministro respectivo”<sup>39</sup>.

Las sentencias C-150 de 2003 y C-827 de 2001 (MP ÁLVARO TAFUR GALVIS) reafirman lo anterior. En la primera sentencia básicamente se dice lo que se encuentra líneas arriba como epígrafe de este capítulo, es decir que la autonomía es más amplia y sólida que la independencia que depende de la voluntad del legislador. La sentencia C-827 de 2001 establece:

“Con el fin de que la función estatal alcance los fines constitucionales por los cuales ha de propender, la Constitución ha revestido a los órganos constitucionales de regulación de un rasgo institucional especial consistente en su autonomía. En el ámbito de la

---

36 Abogada de la Universidad de la Sabana. Especialista en derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en ciencia política y derecho constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Máster en derecho comparado del Instituto de Derecho comparado de la Universidad Complutense. Investigadora de la Universidad Sergio Arboleda.

37 Ibidem.

38 LENIS MEJIA, ANA LUCÍA, “Las agencias independientes o comisiones de regulación”, *Revista de Maestría en Derecho Económico*, n° 2, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2004, Bogotá, Colombia.

39 Ibidem.

regulación de los servicios públicos, la Constitución no exige esta garantía institucional sino que libra a la potestad de configuración del legislador la determinación del perfil institucional de los órganos de regulación por él creados, de tal manera que el legislador puede dotarlos del grado de independencia que estime necesario dentro del respeto a los límites constitucionales”.

Es decir que la independencia es otorgada por la ley, por la “voluble” voluntad del legislador. Mientras que la autonomía es una característica constitucional, es decir que no depende ni del legislador ni del gobierno.

En cuanto a la independencia de los órganos mencionados, la Corte en la misma sentencia C-827 de 2001 determinó que consiste en que mediante ella,

“se asegura la necesaria imparcialidad y neutralidad para el cumplimiento de actividades a cuya gestión directa pueden acceder los particulares, en concurrencia, generalmente, con agentes estatales. Por ello se ‘aisla’, se independiza el poder de regulación de los órganos del Estado encargados de la dirección política y de la gestión administrativa”.

De lo anterior se puede desprender una gran conclusión. La Constitución de 1991 ha creado dos tipos diferentes de órganos de regulación. Unos esencialmente autónomos y otros esencialmente independientes. A partir de este momento en el trabajo se enunciarán los órganos autónomos que cumplen con las funciones constitucionales, pero no se hará un análisis de ellos pues, como se explicó al comienzo del trabajo, la regulación que se tratará es la económica. Por esa razón se estudiará con mayor precisión el origen, la evolución y naturaleza de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, como mecanismo de intervención en la economía mediante agencias independientes *a la colombiana*. Hasta este punto parece que nos hemos adelantado a las conclusiones pues ya es evidente que constitucionalmente existen unos órganos autónomos y/o independientes que cumplen con las condiciones (en mayor o menor medida) de las agencias independientes en Colombia. Pero, ¿se habrá encontrado realmente un *punto medio*?

### **3.3.2. Los órganos esencialmente autónomos e independientes consagrados por la Carta**

Como ya se ha mencionado, la Constitución Política prevé en el artículo 113 que además de los órganos que integran las tradicionales ramas del poder, otros órganos, autónomos e independientes, ejerzan otras funciones del Estado como expresión del poder público,

“que tienen funciones separadas, pero que deben colaborar armónicamente para el logro de los cometidos estatales o la realización de los fines del Estado”<sup>40</sup>.

Entonces estamos frente a organismos autónomos, con naturaleza constitucionalmente única, que por sus características, analizadas líneas arriba, son ajenos a las interferencia política de cualquier índole, por lo cual no se pueden entender como integrantes de la administración o supeditados al poder político central. En palabras de la doctora ILEANA MELO SALCEDO su naturaleza es especial dada por su grado de autonomía e independencia frente a las exigencias de la comunidad o del sector que regulan, del resto de órganos o ramas del poder público del Estado.

Así, su finalidad es que mediante la reglamentación o regulación de un sector determinado, concretar las necesidades colectivas o el interés público, sin interferencia de los intereses políticos, partidistas de grupos sociales, etc. Es decir, lo que para el doctor BENTANCOR significa “la neutralidad de lo técnicos”<sup>41</sup>.

De esta manera se crearon, por virtud constitucional órganos que tienen personería jurídica como el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, o por vía jurisprudencial, las universidades oficiales, la Comisión Nacional de Servicio Civil y las corporaciones autónomas regionales. A su turno, con igual categoría, pero sin personería jurídica, los órganos que integran la organización electoral en su condición de autoridades electorales (el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional de Estado Civil) y, los órganos que integran la organización fiscalizadora o de control, esto es, los que cumplen funciones de control fiscal como la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República, y los órganos que cumplen funciones de Ministerio Público como la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, todos los cuales nos referimos a estos últimos que no tienen personería jurídica, se hallan ubicados dentro de la persona jurídica denominada “la nación”<sup>42</sup>.

### **3.3.3. Las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia**

Sin la intención de ser demasiado insistentes en la parte histórica del trabajo, es necesario ver la evolución de la intervención pública en los servicios públicos

---

40 MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT, “Los órganos autónomos e independientes”, *Revista Civilizar*, n° 5, [www.Usergioarboleda.edu.co](http://www.Usergioarboleda.edu.co)

41 BETANCOR RODRÍGUEZ ANDRÉS, *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.

42 MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT, “Los órganos autónomos e independientes”, *Revista Civilizar*, n° 5, [www.Usergioarboleda.edu.co](http://www.Usergioarboleda.edu.co)



domiciliarios para comprender el origen de la comisiones de regulación. El desarrollo se dividirá en cuatro breves etapas que el doctor GERMÁN DARÍO VALENCIA AGUDELO plantea de la siguiente forma<sup>43</sup>:

“1. *Finales siglo XVIII hasta comienzos del siglo XX*: los servicios públicos eran suministrados por el sector privado, teniendo un carácter suntuario y de difícil acceso para la población en general. El papel del Estado era nulo.

2. *Comienzos del siglo XX hasta mediados del mismo siglo*: los servicios públicos fueron cada vez más importantes y se presentó una fuerte participación del sector público en ellos, definiéndose algunos aspectos de regulación tarifaria e incluyéndose partidas en el presupuesto nacional para asegurar la ampliación de la cobertura de los servicios.

3. *Desde 1950 hasta 1990*: el Estado adopta una posición más intervencionista en la provisión de los servicios públicos, esto tanto en el fomento de la actividad como en la regulación de los servicios, ejerciendo control técnico y económico de las empresas del sector y protegiendo a los ciudadanos mediante regulación tarifaria. Así, la nación ejerce un mayor control sobre las empresas y los municipios a través de actividades de control, coordinación y financiamiento de los servicios públicos domiciliarios, logrando con ello centralizar y unificar el dominio sobre ellos. El Estado colombiano se convirtió en sujeto activo y promotor de los recursos disponibles, no como un Estado liberal que es meramente supervisor.

4. *Desde 1991 hasta nuestros días*: el Estado, enmarcado en la Constitución de 1991, adopta la posición de regular, controlar y vigilar, dejando que el sector privado participe también en su prestación e introduciendo la competencia”.

La Constitución de 1991 consolida el paso de una democracia representativa a una democracia participativa, y justamente desde esta perspectiva es que se enfoca el tema de los servicios públicos domiciliarios<sup>44</sup>. Además de esto, la norma constitucional procura darle a la gestión de los servicios públicos el estilo de una empresa privada. La razón es que aunque la prestación de estos servicios es social, también puede constituirse como actividad lucrativa para beneficio de quien la maneja y para garantizar su eficiencia<sup>45</sup>. Entonces hay libre competencia económica para la prestación de estos servicios. Sin embargo, como:

---

43 VALENCIA AGUDELO, GERMÁN DARÍO, “Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”, revista *Ecos de Economía* de EAFIT, n° 18, Medellín, abril 2004.

44 TRUJILLO CALDERÓN, MARTHA LUCÍA; MUTIS VANEGAS, ANDRÉS, “Las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios”, *Vniversitas*, n° 89, Pontificia Universidad Javeriana, julio de 1995, Bogotá, Colombia.

45 *Ibidem*.

- 1° Se está regulando un servicio fundamental para la vida digna de las personas,
- 2° La prestación de estos servicios tienden a constituirse en un monopolio natural y,
- 3° Debe protegerse a los usuarios mediante la libre competencia.

Es razonable el control, la vigilancia y dirección de estas actividades por parte del Estado. La Constitución ha determinado esta potestad regulatoria en cabeza del Presidente de la República conforme al artículo 370 de la Carta.

El art. 20 transitorio de la Constitución dio al gobierno la posibilidad, ordinariamente dada al legislador, de suprimir, fusionar, o reestructurar las entidades de la rama ejecutiva para ponerlas en consonancia con la reforma constitucional. Esta posibilidad estaba disponible hasta 1993. Fue sobre esta base que fueron creadas por primera vez las comisiones de Regulación de Energía Eléctrica, de Telecomunicaciones y de Agua Potable y Saneamiento Básico<sup>46</sup>. Posteriormente al expedirse la Ley 142 de 1994, el legislador posibilita al presidente de la República a delegar la función de potestad regulatoria de los servicios públicos domiciliarios; así como señala a las comisiones de regulación a las cuales podría hacerse dicha delegación, todo bajo el amparo del art. 211 de la Constitución.

A partir de ese momento, decretos y leyes se encargaron de establecer la organización, funciones y objetos de las comisiones de regulación. En general, se estructuraron como órganos colegiados (con composición mayoritariamente técnica pues está compuesta por tres expertos en la materia, además de incluir al ministro respectivo y el director del Departamento Administrativo correspondiente) con carácter de unidad administrativa especial adscrita a un ministerio, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, aunque carecen de personería jurídica<sup>47</sup>.

## **CONCLUSIONES**

En cuanto a la naturaleza misma de las comisiones, el punto que desde un principio se trató es que puede resultar inconstitucional, en una visión tradicional de las autoridades administrativas independientes, que ellas no observen ningún tipo de control respecto de sus actuaciones. Es decir que sean un brazo desarticulado de la

---

46 Ibidem.

47 Ibidem.

organización estatal. Sin embargo, como ahora conocemos las razones por las cuales surgieron en Colombia las comisiones (de ahí radica la importancia de conocer la historia y evolución) y como se toma como presupuesto que en ningún sistema del mundo las agencias independientes carecerán de algún tipo de control, parece que de forma involuntaria se ha encontrado un *punto medio* en su concepción en Colombia. Primero fue el hecho y luego el derecho. Es decir que en un comienzo prevaleció la necesidad de regular los servicios públicos domiciliarios como obligación institucional, y luego se acomodó la misma Constitución con el artículo 20 transitorio que facultó a su creación. En este sentido la sentencia C-1162 de 2000 hace un profundo análisis sobre la regulación de los servicios públicos por parte de las comisiones, determinando su alcance y características, pero sobre todo, considerándolas constitucionalmente válidas. Al respecto JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, como magistrado ponente determina que la naturaleza de las comisiones de regulación (establecida en el artículo 69 de la Ley 142 de 1994) radica en que son *unidades administrativas* con independencia administrativa, técnica y patrimonial. Asimismo afirma que desde la sentencia C-272 de 1998, se entiende que la normatividad legal está permitiendo la delegación de unas funciones presidenciales. Es decir, la posibilidad del ejecutivo de señalar de conformidad con la ley las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios<sup>48</sup>. Por esta misma razón, las comisiones están limitadas en:

1. Sus facultades, por obvia conclusión a la delegación presidencial, son administrativas.
2. Están sometidas a la Constitución y a la Ley.
3. Están sometidas a los decretos reglamentarios que expide el presidente.
4. No podrán jamás sustituir al presidente si éste llegare a faltar.
5. Requieren ser creadas por una norma legal (pues las facultades que permitían su creación por el ejecutivo cesaron en 1993 y desde la Ley 142 se atribuyó esta facultad al legislador) y necesitan el acto de delegación de las funciones que al presidente le corresponde ejercer.

---

48 Sobre las comisiones de regulación de servicios públicos. Análisis de la sentencia C-1162 de 2000 de la Corte Constitucional. Recopilación de conferencias de JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, VLADIMIRO NARANJO MESA y RICARDO HOYOS DUQUE, ALCOGEN, 2002, pág. 47.

Además, en palabras de RICARDO HOYOS DUQUE,

“la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado ha roto con el mito que pudiera rodear a las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios y ha hecho compatible sus supuesta independencia y neutralidad, con principios tan trascendentales para el Estado social y democrático de derecho como el de la dirección de la administración por el gobierno. No son entes realmente independientes sino dotados de autonomía para la supervisión de acuerdo con criterios técnicos de los sectores en los que actúan”<sup>49</sup>.

Esto quiere decir que están sometidas, como el resto de los poderes públicos, al control de legalidad presupuesto del estado de derecho. Lo que sucede es que necesitan, por virtud de sus funciones<sup>50</sup>, un aislamiento eficaz de las interferencias políticas y económicas que las puedan influenciar, guiándose fundamentalmente en criterios técnicos y neutrales.

Asimismo, para la Corte resulta clarísimo que la regulación de los servicios públicos domiciliarios es tan sólo otra forma de intervención estatal en la economía, para corregir un mercado imperfecto. Hilando esto con las primeras palabras del escrito, es decir en armonía con la tesis de que no es benéfica la total intervención del Estado, ni tampoco su ausencia absoluta en la economía, parece que la solución es regular de forma más técnica la economía para encontrar el equilibrio tantas veces mencionado en este escrito.

Podría entonces concluirse, que la real existencia de las comisiones de regulación en Colombia es una adecuación de las agencias administrativas independientes tradicionalmente concebidas, como un esfuerzo por armonizar la eficiencia con la democracia, armonizar la intervención excesiva del mercado, con el liberalismo puro, y la tendencia global económica con el conservatismo constitucional nacional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ARIÑO ORTIZ, GASPAR, *Principios de derecho público económico*, pág. 57.

BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS, *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.

LENIS MEJÍA, ANA LUCÍA, “Las agencias independientes o comisiones de regulación”, *Revista de Maestría en Derecho Económico*, n° 2, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2004, Bogotá, Colombia.

---

49 *Ibidem*.

50 Que básicamente son la credibilidad y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

- MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT, “Los órganos autónomos e independientes”, *Revista Civilizar*, n° 5, [www.usergioarboleda.edu.co](http://www.usergioarboleda.edu.co)
- SIFONTES, DOMINGO, *Regulación económica y agencias independientes: una revisión de la literatura*, Universidad de Carabobo, Universidad Complutense de Madrid.
- Sobre las comisiones de regulación de servicios públicos*. Análisis de la sentencia C-1162 de 2000 de la Corte Constitucional. Recopilación de conferencias de JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, VLADIMIRO NARANJO MESA y RICARDO HOYOS DUQUE, ALCOGEN, 2002, pág. 47.
- STARK, CARLOS, *Regulación, agencias reguladoras e innovación de la gestión pública en América Latina*.
- TRUJILLO CALDERÓN, MARTHA LUCÍA; MUTIS VANEGAS, ANDRÉS, “Las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios”, *Vniversitas*, n° 89, Pontificia Universidad Javeriana, julio de 1995, Bogotá, Colombia.
- VALENCIA AGUDELO, GERMÁN DARÍO, “Metamorfosis del Estado: de empresario a regulador: el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”, revista *Ecos de Economía de EAFIT*, n° 18, Medellín, abril 2004.