



Dinámica institucional de la industria eléctrica colombiana: propuestas para un cambio

David Tobón
Germán Valencia

David Fernando Tobón Orozco*
Germán Darío Valencia Agudelo**

●**Resumen:** *A partir de las teorías del neoinstitucionalismo y de la regulación y usando los modelos de agencia, de incentivos y de contratos, este artículo analiza los problemas de la institucionalidad actual de la industria eléctrica colombiana. Se concibe la regulación como un juego de grupos de interés donde se busca la redistribución de la riqueza, entendiendo esta intervención pública como un problema que involucra una multiplicidad de agencias que establecen políticas generales, planifican, regulan, controlan y vigilan. El trabajo encuentra que la problemática obedece principalmente a la tradición institucional del país que comprende a todos los poderes públicos; sin embargo, la actividad propiamente reguladora se ha consolidado a partir de las reformas del decenio de 1990, con una industria tecnológicamente compleja y donde los desarrollos del mercado no son tan amplios como se había previsto.*

Palabras clave: *industria eléctrica, institucionalidad reguladora, problemas de agencia, teoría de los contratos, independencia y autonomía. Clasificación JEL: D4, L5, L94.*

●**Abstract:** *This paper analyzes the institutional problems of the electrical industry in Colombia from the perspectives of neoinstitutionalism, regulation, agency models and contracts. Regulation is perceived a set of interest groups that seeks wealth redistribution. This intervention involves multiple agencies which establish general policies, plan, regulate, control, and supervise. One of the outcomes of the project is that the problem can be explained because of the country institutional tradition that involves all public powers. However, the own regulation activity, has consolidated on the basis of the economic reforms in the 90s within a technologically complex industry where its market development has been less ambitious than expected.*

Key words: *Electrical industry, regulating institutionalidad, agency problems, contract theory, independence and autonomy. JEL: D4, L5, L94.*

●**Résumé:** *À partir des théories du néo-institutionnalisme et de la régulation, et en utilisant des méthodes d'agence, du salaire au rendement et des contrats, cet article analyse les problèmes de l'institutionnalité actuelle de l'industrie électrique colombienne. On voit la régulation comme un ensemble de groupes d'intérêt, dont le but est la redistribution de la richesse, cette intervention publique, vue comme un problème impliquant une multiplicité d'agences qui établissent des politiques générales, qui planifient, régulent, contrôlent et surveillent. Ce travail conclut que ces problèmes obéissent, notamment, à la tradition institutionnelle du pays, qui inclut tous les pouvoirs publiques; pourtant, l'activité de régulation proprement dite est devenue plus forte à partir des réformes de la dernière décade du XXe siècle, avec une industrie technologiquement complexe, dans laquelle le développement du marché n'est pas aussi notable qu'on en avait prévu.*

Mots clés: *Industrie électrique, institutionnalité de régulation, problèmes d'agence, théorie des contrats, autonomie et indépendance. JEL: D4, L5, L94.*

* Docente. Universidad de Antioquia. Dirección electrónica: davidfer@agustinianos.udea.edu.co

** Docente. Universidad de Antioquia. Dirección electrónica: gdvalencia@agustinianos.udea.edu.co

Dinámica institucional de la industria eléctrica colombiana: propuestas para un cambio*

-Introducción. -I. Evolución y estructura de la institucionalidad de la industria eléctrica colombiana, 1895-1990. -II. El sistema institucional después de la reforma de 1990. -III. Elementos para mejorar la institucionalidad. -Conclusiones. -Anexos. -Bibliografía.

Primera versión recibida en abril de 2003; versión final aceptada en julio de 2003 (Eds.).

Introducción

El desempeño de la industria eléctrica colombiana, después de las reformas del decenio de 1990, se considera poco satisfactorio. A pesar de los logros en materia de apertura a la competencia, cobertura y tarifas no se ha logrado reducir la carga financiera para el Estado ni separado claramente sus papeles de empresario y regulador; la industria todavía está integrada verticalmente, hay situaciones de poder de mercado, los poderes públicos regionales mantienen injerencia y se ha estancado la inversión. Además, hay incentivos débiles para promover la inversión de largo plazo, en un ambiente macroeconómico en recesión y con condiciones de inseguridad.

Si adicionalmente se considera la regulación como una interacción de grupos de interés, quienes usan el poder coercitivo del Estado o las agencias reguladoras para capturar rentas a expensas de los grupos menos organizados, esto hace más probable la presencia de problemas y demandas de los distintos grupos que cuando

* Este artículo es derivado del proyecto de investigación "Institucionalidad reguladora de la industria eléctrica colombiana", financiado por el Comité de Desarrollo de la Investigación —Codi— y al Centro de Investigaciones Económicas —CIE—, de la Universidad de Antioquia. Los autores agradecen a los investigadores Gustavo Castillo y Juan Enrique Hernández y a las estudiantes Luisa Fernanda Rodríguez y Claudia Valencia.

la economía y la industria se encontraban en expansión, y son más entendibles las presiones sobre la institucionalidad. Es decir, ante la existencia de menores rentas disponibles son previsible las distintas presiones por estos grupos, las críticas a las reformas y su dinámica.

La manifestación de estas interacciones es la institucionalidad que regula la industria, la cual puede o no promover su desarrollo al ser la que determina los incentivos que gobiernan el comportamiento de los agentes. Estos incentivos pueden motivar oportunismos al existir información asimétrica a favor de los regulados o respuestas inadecuadas por mal formulación de las reglas. Son producto de un proceso a largo plazo que involucra relaciones contractuales difíciles de cambiar o adecuar a los nuevos desarrollos de la industria y al papel del Estado como subsidiario. Esto plantea la necesidad de establecer en qué medida la institucionalidad sí es capaz, por lo menos, de sortear presiones de los distintos grupos de interés, pues solo así es posible avanzar en la consolidación de las reformas.

En Colombia ya se han realizado estudios sobre problemas institucionales relacionados con la industria. Alesina (2002), por ejemplo, destaca cómo la Constitución no establece las instituciones adecuadas para un sistema de chequeos y balances ni hay una clara separación de poderes. Benavides y Fainboim (1998) advierten que la tradición legalista francesa del país hace que los problemas se solucionen con reglas adicionales y no con medidas reales, y que no está correlacionada con la naturaleza de los entes reguladores, que es anglosajona. Ayala y Millán (2002) resaltan cómo la nueva institucionalidad es derivada, en parte, de un sistema de protección de la propiedad y acceso a los mercados basado en la ley común y no en la estatutaria y sus raíces legales están fundamentadas en sistemas diferentes de división de poderes y de derecho administrativo, que choca con lo establecido. Spiller (1998) señala cómo el acomodamiento de grupos hace que el oportunismo político en los servicios públicos se mantenga y se creen círculos cada vez más ineficientes. Kalmanovitz (2001) trata el problema estructuralmente y encuentra que la clave del rezago institucional se encuentra en la forma como se organizan políticamente los colombianos, pues no se ha tenido una revolución democrática que involucre a todos los grupos de interés y haga posible cogobernar y crear un sistema de división real de poderes que facilite el desarrollo de los mercados.

En este trabajo se considera pertinente volver a analizar el tema de la institucionalidad de la industria utilizando varios enfoques teóricos como aproximación, partiendo, como ya se ha mencionado, de que la regulación es un juego entre una institución con una multiplicidad de objetivos y varios grupos de interés por la distribución de la riqueza, donde no es claro que un grupo capture la institución y

se involucran cada vez más agentes en relaciones contractuales de largo plazo. Igualmente, se tiene en cuenta que el problema fundamental de la institucionalidad es que su origen y naturaleza no están explicados por la minimización de los costos de transacción —como sí puede ocurrir con las organizaciones privadas— y, además, que éstos se aumentan por los varios tipos de fallos propios de las organizaciones públicas. Así, puede resultar de poco poder la provisión de incentivos a los funcionarios o los arreglos institucionales; más bien, la sobrerregulación y la reducción de incentivos, producto de la compleja regulación, son los resultados principales. Esto es más claro cuando la regulación se soporta en diversas agencias con actividades complementarias. En este trabajo se tiene en cuenta una institucionalidad más amplia y más compleja que involucra todos los poderes públicos y los distintos niveles de gobierno.

Esto implica que los problemas institucionales de la industria abarcan otras esferas de gobierno por fuera de la relación regulación-planificación-control-vigilancia. Adicionalmente, se encuentra que la regulación ha madurado en el sentido de que los agentes reconocen la institucionalidad establecida, aunque recurren también a otras instancias cuando difieren de la norma, las cuales, sin embargo, han avalado las potestades del regulador; aunque se debe reconocer que la labor reguladora ha estado constreñida a una organización de mercado que favorece los poderes establecidos con antelación a las reformas y a resolver casos particulares. Por último, en otros trabajos, como el de Spiller (1998), se encuentran análisis adoptados de otros sistemas, no consideran las particularidades de la industria colombiana y, en gran parte, están estructurados de acuerdo con las percepciones de los grupos de interés, haciéndolos parciales.

Este artículo contiene cuatro secciones: la primera describe la evolución y estructura de la industria, así como la configuración institucional previa a las reformas del decenio de 1990. La segunda expone la macro y microinstitucionalidad reguladora actual. La tercera presenta unos elementos para mejorar la labor reguladora, que va desde aspectos técnicos en cada institución hasta aspectos que ameritan cambios constitucionales. En la cuarta se detallan las principales conclusiones y recomendaciones.

I. Evolución y estructura de la institucionalidad de la industria eléctrica colombiana, 1895-1990

La forma histórica como en Colombia se ha organizado el suministro de electricidad se puede dividir en cuatro modos: el primero es el modo privado de suministro local, ocurrido entre 1895 y 1920; el segundo es el modo centralista de

gestión local, que comenzó aproximadamente en 1920 y se extendió hasta 1945; el tercero es el modo estatal asistencialista que se inició en 1945 y que continuó hasta el decenio de 1990; finalmente, el llamado modo privado y de responsabilidad local, iniciado con la Constitución de 1991. La clasificación modal permite dar cuenta de la intrincada red de instituciones que ha tenido la industria y mostrar que el actual sistema es resultado de una evolución en continua maduración y que, dado el momento histórico, se adapta a las nuevas circunstancias.

El primer modo se caracterizó por la prestación local y privada, enmarcada en la Constitución de 1886, que estimulaba la iniciativa privada. La electricidad era suministrada por un grupo de empresarios a la industria y el comercio, bajo concesión otorgada por los municipios, lo que le daba un carácter exclusivo al servicio y lo hacía de difícil acceso para toda la población, que debido a sus condiciones precarias tampoco necesitaba de él.¹ Otras características fueron: 1) la electricidad no tenía el carácter de derecho social y 2) el papel de la nación era prácticamente nulo y la capacidad reguladora de los municipios débil. Finalmente, durante el primer decenio del siglo XX este modo de prestación presentó problemas asociados a la debilidad financiera de las empresas (el capital no estaba en correlación con el ritmo de crecimiento de las inversiones y el acelerado proceso migratorio elevó la demanda) y a que se realizaron continuos levantamientos cívicos en las principales ciudades del país que obligaron al Estado finalmente a intervenir el servicio, restringiendo los privilegios de exclusividad a los prestadores privados y comenzar a jugar un papel de empresario y regulador (Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997, p. 26 y Ochoa, Valencia y Ayala, 1990, p. 11).

El segundo modo se caracterizó por ser centralista de gestión local, o también llamado periodo del desarrollo regional o municipal (DNP, 1986, p. 9). En esta etapa se obtuvo una mayor participación del sector público, que llevó a buscar el control de las empresas existentes; ejemplo de ello fue cómo en 1927 Bogotá pasó a controlar la mayoría de las acciones de Empresas Unidas de Energía Eléctrica S. A. En la Ley 113 de 1928 se declaran de utilidad pública las caídas de agua y se otorgaron algunas concesiones para la explotación de este servicio; el Decreto 1551 de 1931 da paso a la regulación tarifaria y se destinan partidas del presupuesto nacional a las empresas municipales para aumentar la cobertura (Rojas y González, 1988, p. 4). Adicionalmente, con la reforma constitucional de 1936 se crea el

1 Las empresas privadas aprovechaban las caídas aledañas a las ciudades para generar electricidad; ejemplo de ello fueron la Sociedad Samper Brush (1896), que inauguró su planta de El Charquito, en el río Bogotá, en 1890 y la Compañía de Instalaciones Eléctricas (1895) de Medellín, en la que particulares establecieron en 1898 un servicio de alumbrado público (Rojas y González, 1988, p.93).

Ministerio de Obras Públicas y con la Ley 109 del mismo año se crea la Sección de Empresas de Servicios Públicos, adscrita al Ministerio de Industria, para que ejerciera control técnico y económico de las empresas. Más tarde, con la Ley 126 de 1938, se sustituye por el Departamento de Servicios Públicos y el Decreto 503 de 1940 crea el Fondo de Fomento Municipal adscrito al Ministerio de Hacienda. A pesar de esta participación más activa del Estado, Eduardo Wiesner (1992, p.32) dice que “en general, nunca se ejerció un control nacional efectivo y el sector eléctrico tuvo como base el financiamiento municipal y un marco general autónomo y local”, manteniendo el gobierno nacional una actitud al margen (Ochoa, 1986, p. 46). Los problemas de cobertura y financiamiento no fueron resueltos; la demanda domiciliaria e industrial siguió creciendo a un ritmo mayor que la oferta y el desbalance con el sector rural se tornó más crítico, con lo cual se abrió el paso a la tercera etapa (1946-1990).

En ésta se presentó un dominio absoluto del Estado en la prestación del servicio y, aunque finalmente tuvo problemas serios, los efectos fueron altamente positivos: se modernizó el sector, se amplió la cobertura, se multiplicó la inversión y se pudo atender con más rapidez a las necesidades sociales. La etapa se inicia con la declaración de utilidad pública la adquisición de las empresas prestadoras, abriéndose así la idea que el Estado contribuiría con la municipalización completa de las empresas privadas o de las sociedades de economía mixta, en iguales proporciones a las que aportaba en caso de nuevas inversiones (Rojas y González, 1988, p. 97). Durante este período el Fondo de Fomento Municipal (adscrito al Ministerio de Hacienda), que concedía auxilios para la construcción de centrales, se convirtió en el Instituto de Fomento Municipal —Insfopal—² que irrigaba fondos no reembolsables a los municipios,³ aunque con el tiempo este organismo destinó sus recursos al apoyo del sector aguas, quedando en un segundo plano la generación de energía. Todo esto provocó que la Nación ejerciera un mayor control sobre las empresas y los municipios, principalmente a través de la Oficina Técnica Nacional, poder que fue disminuyendo con los regímenes federales que más tarde se instituyeron.

Con la Ley 80 de 1946 se crea el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico —Electroaguas—, donde el Estado pasa de fomentar el financiamiento a realizar la planeación y la generación directa; esta institución

2 En el Anexo se presentan las abreviaturas, acrónimos y siglas usados en el artículo con sus respectivas equivalencias.

3 Insfopal era, en la práctica, un importante órgano de coordinación de la inversión pública y de conciliación de la política fiscal con las relaciones fiscales intergubernamentales.

estaba adscrita tanto al Ministerio de Obras Públicas como al Ministerio de Economía Nacional (Decreto 2702 de 1947); la Superintendencia Bancaria realizaba su inspección y control. Posteriormente se transforma en el Instituto Colombiano de Electrificación —Icel—, con el Decreto 3175 de 1968, y con el Decreto 636 de 1974 se adscribe al Ministerio de Minas y Energía.⁴ En 1952 se crea el Consejo Nacional de Planeación Económica y Social —Conpes—, para integrar la industria a una política más general (Wiesner, 1992, p.31).

El Estado, con la pretensión de ejercer un mayor control y una mayor coordinación de la planeación y de la generación, buscó, con la ayuda del Banco Interamericano de Desarrollo —BID— y del Banco Mundial, la interconexión de los dispersos sistemas eléctricos existentes. Con ello surgió el Comité de Interconexión, conformado por las principales empresas regionales de la industria. Como resultado de este Comité se crea en 1967 Interconexión Eléctrica S. A. —ISA—, para despachar conjuntamente la electricidad generada por las empresas accionistas y expandir el sistema.⁵ A pesar de que durante los primeros años del decenio de 1970 se logró consolidar la interconexión, se mantuvo la pugna entre los intereses regionales y los nacionales. Las empresas regionales mantuvieron una autonomía frente a la generación de proyectos. Aunque el sector eléctrico dependió hasta 1974 del Ministerio de Obras Públicas, éste nunca se ocupó seriamente del tema (Comisión Andina de Juristas, 1998, p. 96).⁶ Con la creación en 1971 del Ministerio de Minas y Energía se abrió la posibilidad a un manejo serio del sector y en 1974

4 El Instituto, además, tenía un miembro nombrado por los departamentos y los institutos descentralizados que llegaren a ser suscriptores de capital del Instituto y dos miembros designados por el presidente de la República de ternas enviadas por la Sociedad de Agricultores de Colombia y por la Sociedad Colombiana de Ingenieros. El Instituto estaba inspeccionado por la Superintendencia Bancaria. Actualmente al Instituto se le conoce como El Instituto de Planificación de Soluciones Energéticas —Ipse—, integrado por el Ministerio de Minas, el Ministerio de Hacienda, el Departamento Nacional de Planeación —DNP—, la Unidad de Planeación Minero Energética —Upme— y un decano de las facultades de energía de alguna universidad del país; su función principal es la interconexión de las zonas aisladas.

5 ISA era un organismo intrasectorial constituido por socios de raíces regionales que para la época definía y ejecutaba políticas de repercusiones intersectoriales de interés nacional y se nutría de aportes directos o indirectos del presupuesto nacional.

6 El sector eléctrico dependió en los años cuarenta del entonces llamado Ministerio de Fomento, luego, hasta 1974, del Ministerio de Obras Públicas y, finalmente, del Ministerio de Minas y Energía, desde su creación. Debe recordarse que las diversas administraciones del Ministerio de Obras Públicas no se sintieron muy comprometidas con el sector, entre otras razones porque las empresas más importantes eran del orden municipal y escapaban a su jurisdicción como, por ejemplo, se anota que ISA sólo inició una relación de importancia con el Ministerio de Minas y Energía desde finales de 1976 (Ministerio de Minas, 1991).

éste pasó a dicho Ministerio. Fue solo hasta 1974, con el Decreto-Ley 636, cuando el Gobierno Nacional logró reestructurar el Ministerio de Minas y Petróleos y convertirlo en el actual Ministerio de Minas y Energía.

A comienzos de 1980 se empezó a hablar de posibles racionamientos; la reacción inmediata del Gobierno fue contratar el Estudio Nacional de Energía —ENE—, “como un primer paso hacia la planeación integrada y la coordinación efectiva de las políticas energéticas” (DNP, 1982, p. 619). También se identificó la necesidad de fortalecer la capacidad institucional de ISA. Sin embargo, no se logró evitar el racionamiento en 1981, acompañado de diversas dificultades: atrasos en las obras, problemas financieros, disputas regionales y problemas institucionales. A pesar de aumentar las tarifas, de la utilización de los recursos del Fondo Financiero de Desarrollo Eléctrico, del crédito externo y de los aportes presupuestales, la grave situación financiera continuaba. Esto hizo que el gobierno nacional reabriera en 1981 el Fondo Financiero de Desarrollo Eléctrico del Banco de la República (Resolución 51 de 1976 de la Junta Monetaria), después de haber sido cerrado en 1979 por problemas de política monetaria. Luego, mediante la Ley 11 de 1982, se creó la Financiera Eléctrica Nacional, hoy llamada Financiera Energética Nacional —FEN—. ⁷

En 1985 y 1986 se adoptó un severo programa de ajuste de las finanzas y en general del sector público, agregándosele al problema eléctrico restricciones macroeconómicas y ajustes cambiarios que redujeron la inversión en el sector (Wiesner, 1992, p. 42). Bajo esta lógica se planteó hacer algunos cambios institucionales y organizativos de la industria. Por ejemplo, en lo institucional se tiene la creación de la Comisión Nacional de Energía —CNE—, el fortalecimiento de ISA y la asignación de la planeación financiera a la FEN; en lo organizativo se pensó en hacer una planeación energética integral, una reprogramación de algunas inversiones (en especial en la transmisión y distribución), una reforma tarifaria y, además, el velar por la protección del medio ambiente, desarrollar la industria del gas y establecer programas de reducción de pérdidas.

Lo más importante fue la creación en 1989 de la Comisión Nacional de Energía, que fue un valioso antecedente técnico y conceptual para la política energética integral. En la Comisión tenían asiento el Ministerio de Minas y Energía, el

7 La FEN ha tenido una gran importancia en el desarrollo del sector. Nació por medio de la Ley 11 de 1982 y su Decreto reglamentario 1471 del mismo año, así como el acta de constitución de la FEN, del 14 de julio de 1982, pues el capital de ésta fue suscrito en un 95% por el gobierno nacional. Tres de los seis miembros de la junta directiva de la institución son representantes del gobierno.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, al igual que las empresas del sector. A la Comisión se le dotó de una estructura administrativa y presupuestal especial para evitar su eventual burocratización y para que pudiera disponer de recursos técnicos calificados. La función era orientar, integrar y coordinar la planeación y políticas del sector y se integró por un secretario ejecutivo, dos asesores y dos consultores pertenecientes a la industria, un abogado y un estadístico.

Al observar esta conformación queda visible de nuevo que las labores de planeación, la ejecución y la evaluación quedaron en manos de la misma institución, lo que fue modificado en 1994 cuando se logró separar esas funciones en diversas instituciones. Además, los problemas institucionales continuaron, debido a las pugnas en la Comisión, y las empresas no pudieron atender a la solución de sus problemas internos debido, entre otros aspectos, a problemas organizativos y financieros. La consecuencia fue el fuerte apagón de 1991-1992.

II. El sistema institucional después de la reforma de 1990

A partir de 1990 el mercado eléctrico se reformó. Las razones que llevaron a su reestructuración fueron muchas pero se pueden reducir a tres: 1) la crisis de racionamiento, 2) la idea de que con la ampliación del mercado se mejora la eficiencia del sistema y 3) que el modelo de desarrollo estatal presentaba debilidades, debido al esquema de altos niveles de subsidios y a la reorientación de los créditos internacionales hacia otras industrias donde no era viable la participación privada. Con la reforma se buscaba igualmente: 1) separar las actividades de la industria (generación, transmisión, distribución y crear la comercialización), 2) incrementar la competencia en todo el sistema (particularmente en la generación), y 3) aumentar la participación privada y reducir la incidencia estatal cambiando el papel empresarial por el regulador y subsidiario del mercado.

En esta nueva dinámica, un paso fundamental lo constituyó la promulgación de la Constitución de 1991, la cual hace una gran transformación de la estructura estatal y del funcionamiento económico del país. En este escenario se le planteó al Estado la función de elaborar un marco regulatorio que redefiniera el papel de los distintos actores involucrados. Fue así como el diseño de las instituciones reguladoras se convirtió en un aspecto central en el funcionamiento del mercado eléctrico. La idea esencial es la de que del funcionamiento de las instituciones depende el desempeño de la industria. Con la aparición en 1994 de las leyes 142 y 143, llamadas Ley de Servicios Públicos Domiciliarios y la Ley Eléctrica, respectivamente, se da el segundo gran paso en la reestructuración de la industria; a partir de éstas se

ponen en funcionamiento el nuevo esquema institucional: se suprimen trabas legales con el fin de facilitar la entrada del sector privado; se desintegra verticalmente la industria para aumentar la participación privada y la competencia donde fuera razonable, por un lado con nuevos agentes en cada actividad y, por otro, con inversiones en las distintas etapas de la cadena productiva.

También se crearon los distintos entes que se encargarían de dirigir el mercado, les asignó labores y les estableció estructuras jerárquicas de dependencia y autonomía. Además, como se verá más adelante (p.17-26), se interconectó la industria con toda la institucionalidad que dirige las relaciones en Colombia, como son los tres poderes públicos del Estado y los órganos autónomos. En la estructura institucional se tienen tanto entidades que cumplen de manera directa la regulación como otras que, de manera indirecta, participan en la industria y hacen parte de la institucionalidad colombiana (véase Anexos 2 y 3).

También existen instituciones que hacen parte de la macroinstitucionalidad y otras que, creadas por la ley, hacen parte de la microinstitucionalidad de la industria. De las primeras se tiene: el Ministerio de Minas y Energía, la Unidad de Planeación Minero Energética —Upme—, la Comisión de Regulación de Energía y Gas —Creg— y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios —Sspd—. De manera indirecta se incluyen todas aquellas instituciones que la normatividad colombiana ha creado, y que se relacionan con los tres poderes y los órganos autónomos, todos ellos relacionados indirectamente con la industria y que, como se verá más adelante (p.23), determinan su funcionamiento. Por su parte, la microinstitucionalidad está conformada por aquellas instituciones que las leyes, los decretos y las resoluciones han creado para que ayuden a la labor reguladora: es el caso del Consejo Nacional de Operación —CNO—, el Comité asesor de la Comercialización —CAC— y el Comité Asesor de la Planeación de la Transmisión —Capt—⁷ (véase Anexo 3).

A. Macroinstitucionalidad de la industria

1. Instituciones del orden nacional relacionadas directamente con la industria

El primer agente es el Ministerio de Minas y Energía, quien cumple funciones de establecer los requisitos técnicos a las empresas, elaborar los planes de expansión, identificar el monto de los subsidios, recoger y divulgar información sobre tecnologías y sistemas de administración. Al ministro de Minas y Energía, como agente directo del presidente de la república,⁸ le corresponde adoptar la

8 Los ministros son de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente.

política sectorial y de planificación, ejercer las funciones de regulación, establecer requisitos técnicos de calidad, uso racional de la energía y el aprovechamiento y desarrollo de las fuentes convencionales y alternas. También, dictar los reglamentos para un manejo integral eficiente, que no implique restricciones indebidas a la competencia y que sea sostenible. Al Ministerio están inscritas la Unidad de Información Minero Energética —Uime—, la División de Información Minero Energética, la Upme y el Cuerpo Consultivo Permanente. Además, el ministro o el viceministro es quien preside la Creg.

El segundo agente es la Upme; es una unidad administrativa especial de carácter técnico,⁹ que tiene como funciones determinar las necesidades energéticas, orientar las inversiones, el aprovechamiento de los recursos y el desarrollo, en los que se tendrán en cuenta criterios económicos, sociales, tecnológicos y ambientales; además, elaborar el Plan de Expansión de Generación-Transmisión, en concordancia con el PND y las políticas macroeconómicas. Cuenta con asesoría del Comité de Planeación Minera y del Comité de Planeación Energética, cada una con la función de garantizar la planeación y el flujo oportuno de información. Le corresponde aprobar los planes de gestión y resultados de las empresas, de acuerdo con unos indicadores de evaluación; organizar, operar, mantener y divulgar la base única de información oficial del sector minero-energético (para esta última actividad cuenta con el apoyo de la Unidad de información Minera-Energética —Uime— y el soporte del Consejo Ambiental Minero Energético —Came—) y es asesora en la orientación y concertación de acciones en el manejo y la gestión ambiental e interlocutor ante el Sistema Nacional Ambiental —Sina—.

El tercer agente es la Creg, quien es por excelencia el ente regulador, organizado como unidad administrativa especial del Ministerio de Minas y Energía.¹⁰ En la actualidad, y según la Ley 143 de 1994, la Comisión está conformada por el ministro de Minas y Energía (quien la preside), el ministro de Hacienda y Crédito Público, el director del DNP (los ministros pueden delegar su participación en los viceministros; el director del DNP podrá delegar su participación en el subdirector)

9 Esta forma jurídica de derecho público, aunque confiere independencia administrativa, técnica y patrimonial, no les reconoce personería jurídica autónoma; ella las convierte en entidades híbridas que funcionalmente tienen cierto tipo de vinculación con cada ministerio pero no están sujetas a su control jerárquico, puesto que obedecen a una delegación presidencial (Ministerio de Justicia, 1997, p. 105).

10 La Comisión obtiene los recursos para su funcionamiento de los aportes realizados por los organismos sujetos a su regulación, siendo el monto total de la contribución no superior al 1% del valor de sus gastos de funcionamiento, excluyendo los gastos operativos y peajes, cuando hubiere lugar a ello.

y cinco expertos en asuntos energéticos de dedicación exclusiva, nombrados por el presidente de la República para períodos de cuatro años y sujetos a reelección (tienen la calidad de empleados públicos y no están sujetos al régimen de carrera administrativa). De los cinco se nombra a uno como director ejecutivo; los comisionados proponen a la Comisión la designación del director, que se hace en forma rotativa y debe contar con el voto favorable de al menos uno de los ministros o del director del DNP, o de sus delegados respectivos. El superintendente de la Sspd también hace parte de la Creg, con voz pero sin derecho a voto.

Le corresponde a la Creg establecer las reglas de juego orientadas a promover, crear y preservar la competencia, inicialmente en la generación y comercialización y, a partir de 1999, en la expansión de la transmisión; establece los límites a las operaciones entre empresas integradas verticalmente; define los criterios de eficiencia e indicadores para evaluar la gestión técnica, financiera y administrativa de las empresas; establece, en determinadas circunstancias, normas técnicas para obras, instalaciones y equipos; resuelve conflictos entre empresas; establece tarifas; identifica los grandes usuarios y determina escisiones, liquidaciones o fusiones. De esta manera la Creg es un órgano competente para establecer legislación secundaria en la industria eléctrica, dentro de los límites de la ley. Sus disposiciones son de contenido mandatorio y, en principio, no deberían regular en detalle el sector, sino que se limitarían a determinar el sentido en el cual se interviene en la economía. Como principio general regulador la Creg debe crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera y promover y preservar la competencia.

La cuarta y última institución es la Sspd, quien es órgano de carácter técnico, con autonomía administrativa y patrimonial y adscrita al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.¹¹ El superintendente y sus delegados son de libre nombramiento y remoción por el presidente de la República. Si bien hace parte de la Creg (sin voto), su función principal es controlar, vigilar e inspeccionar a las empresas prestadoras de todos los servicios públicos domiciliarios, así como evaluar su gestión financiera, contable, técnica y administrativa. Entre sus principios orientadores están: velar por la continuidad y calidad en la prestación del servicio, hacer prevalecer el interés general sobre el particular, hacer cumplir las leyes y actos administrativos, promover la libre competencia y la no utilización de abuso

11 En la actualidad, debido a los procesos de reestructuración el Ministerio de Desarrollo se ha fusionado a otros y la Sspd pasó al recién creado Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. La Sspd también funciona con el 1% de los gastos de funcionamiento de la industria (misma aclaración de nota 10).

de posición dominante, procurar transparencia en la información, coadyuvar en la aplicación del control social y defender a los usuarios. Con respecto a los usuarios, decidir los recursos de reposición interpuestos por causa de la aplicación del sistema de estratificación y solicitar su revisión, resolver las apelaciones contra las decisiones tomadas por los personeros, apoyar a los Comité de Desarrollo y Control Social, capacitar los vocales de control, apoyar técnicamente la participación comunitaria, atender los recursos interpuestos y señalar el procedimiento para hacer efectivo el silencio administrativo positivo. Además, puede sancionar e intervenir cuando las empresas incumplan de manera reiterada las regulaciones, los indicadores de gestión y resultados y cuando no respondan las quejas de los usuarios y, en general, cuando se ponga en peligro la continuidad en la prestación de los servicios.

2. Instituciones del orden nacional con relación indirecta

El segundo grupo de instituciones que de manera más específica influyen en la industria son: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Superintendencia de Industria y Comercio —SIC— y el Instituto Colombiano de Normas Técnicas —Icontec—, cada una de ellas encargada de regular un aspecto particular. El primero, por ejemplo, se encarga de definir las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el medio ambiente, para asegurar su sostenibilidad; formulará, garantizando la participación comunitaria, la política nacional ambiental y de recursos naturales renovables, de manera que se garantice el derecho a un ambiente sano y se proteja el patrimonio natural; además, coordinará el Sistema Nacional Ambiental —Sina— para asegurar la adopción y ejecución de las políticas y de los planes, programas y proyectos respectivos.

La SIC se encarga no solo de la protección del consumidor, sino también de fortalecer el desarrollo empresarial. Su ámbito resulta más amplio que el de la Sspd, porque incluye una tipología mayor de prácticas contrarias a la competencia (control y promoción de la competencia, prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal), autoriza, condiciona u objeta las integraciones de empresas y presta protección de los derechos del consumidor. El Icontec, que aunque es un organismo privado sin ánimo de lucro e integrado por representantes del sector público, productores y consumidores, se encarga de fomentar la normalización, la

certificación y la gestión de calidad en Colombia.¹² El Instituto vela por la calidad de los insumos que la industria utiliza, y su consejo técnico es el encargado de aprobar como normas los documentos sometidos a su consideración. Asimismo, otorga el Sello de Calidad Icontec.

Otras instituciones en la regulación de la industria y que hacen parte de la Creg son el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación —DNP— y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, a éste último está adscrita la Spdd. El primero tiene una alta incidencia sobre el proceso de planificación y dirección de políticas de los servicios públicos domiciliarios, al ser quien administra las finanzas públicas y evalúa, en coordinación con el DNP, la descentralización fiscal. En sus acciones se hace hincapié en que debe tener en cuenta el impacto económico sobre los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado y vigilar y prever por su sostenibilidad. También tiene la facultad para proponer proyectos de ley atinentes a tarifas.

El DNP, si bien es agente directo del presidente de la República, tiene un carácter técnico y no político. Tiene responsabilidades en la adopción de políticas de apoyo y asesoría a las entidades territoriales en las actividades de formulación, preparación, evaluación y tramitación de los programas y proyectos de desarrollo, labor conjunta con los ministerios respectivos. El DNP es quien debe adoptar cupos indicativos para las regiones, con base en un documento aprobado para el efecto por el Conpes, y organizar un comité técnico integrado por los funcionarios responsables de la planeación en los respectivos ministerios y por el director del correspondiente fondo de cofinanciación, que recomienda a la junta o al comité de administración la aprobación de los programas y proyectos que deban ser objeto de cofinanciación. También coordina la ejecución de los planes sectoriales de servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con el PND, y participa en la dirección de la Creg, con el objetivo de supeditar la regulación a las políticas generales de planificación.

Finalmente, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial es el organismo responsable, entre otras, de la fijación y seguimiento de las políticas generales en materia de desarrollo económico y social, relacionadas con la integración y desarrollo de los sectores productivos. Dentro de sus funciones se destacan: establecer las políticas de promoción de la competencia, protección al

12 Es el organismo nacional de normalización en virtud del Decreto 2746 de 1984, ratificado por el Decreto 2269 de 1993. Está acreditado ante la Superintendencia de Industria y Comercio —SIC— como organismo de certificación de productos industriales y sistemas de calidad.

consumidor, estímulo al desarrollo empresarial, desarrollo de la iniciativa privada y la libre actividad económica; promover la participación de entidades y personas privadas en la prestación de servicios y actividades relacionadas con su ámbito de competencia y velar por la conformación de sistemas sectoriales de información.

Dos instituciones más que tienen relación directa con la industria y que se deben a ella: son el Cuerpo Consultivo Permanente y la Financiera Eléctrica Nacional —FEN—. El primero, aunque la Ley 143 facultó al Gobierno para su creación, a la fecha (agosto de 2003) aún no opera; sin embargo, sería un organismo asesor adscrito al Ministerio de Minas y Energía, conformado por representantes de las empresas del sector energético del orden nacional y regional y por los usuarios, cuya función sería la de conceptuar previamente a la adopción de los planes, programas y proyectos de desarrollo de cada subsector y proponer las acciones pertinentes para garantizar que éstos se realicen de acuerdo con lo establecido en el PEN (art. 17, Ley 143 de 1994). En cuanto a la FEN, que se encuentra en desaparición, fue una sociedad por acciones creada en 1982, vinculada al Ministerio de Minas y Energía. Inicialmente tenía como misión la movilización de recursos provenientes del mercado interno, con el fin de asistir a las empresas para el pago del servicio de la deuda externa e interna. Pero la Ley 25 de 1990 amplió su campo de acción a la realización de operaciones financieras.

3. Otras instituciones de los cuatro poderes públicos con relación indirecta

Existen otras instituciones que participan bien sea en la elaboración de las normas, como es el caso del Congreso de la República, las asambleas departamentales y concejos municipales; en el nombramiento, remoción y financiamiento de las instituciones, como lo son la Presidencia de la República, las gobernaciones y las alcaldías; en el control, inspección y vigilancia del sistema institucional, como son las altas cortes y la Fiscalía; o en el control de las actuaciones de las instituciones y empresas, como lo son los órganos autónomos; inclusive hacen parte también otras instancias que protegen al usuario y lo defienden ante las empresas, como son la Defensoría del Pueblo, las personerías y los Comité de Desarrollo y Control Social.

El primer poder es el legislativo, al que pertenece el Congreso, integrado por el Senado y la Cámara de Representantes; son quienes cumplen las funciones predominantes del ejercicio del control político sobre el gobierno y la administración, la elaboración del derecho positivo, o sea el conjunto de normas jurídicas que rigen la vida del país; sus dos grandes facultades son: reformar la Constitución y expedir leyes, como por ejemplo las leyes 142 y 143 de 1994. Además solicitan

continuamente rendición de cuentas a los entes regulatorios, como son los ministerios, la Creg y las superintendencias.

El segundo poder es el ejecutivo, al que pertenecen todas las instituciones directamente relacionadas con la regulación. Esta rama la encabeza la presidencia de la República, quien puede proponer leyes a través de sus ministros, y si éstas no son aprobadas por el Congreso, la Constitución la faculta para aprobarlas mediante decretos.¹³ La Ley 142 le asignó de forma privativa al presidente de la República la planificación, asignación, gestión y control del uso de la electricidad, en cuanto sea económica y técnicamente posible, a través de empresas oficiales, mixtas o privadas. Son precisamente estas funciones las que le delegó a las cuatro instituciones reguladoras.

También hacen parte del ejecutivo los departamentos y municipios. Entre sus funciones están las de fomentar las empresas a su cargo, nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos o a las empresas industriales y comerciales de su jurisdicción, establecer remuneraciones y hacer cumplir las normas generales, las ordenanzas departamentales y los acuerdos municipales. También deben asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades prestadoras y disponer el otorgamiento de subsidios. Además, en las asambleas departamentales se debe reglamentar el ejercicio de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; expedir las disposiciones relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, el apoyo financiero y crediticio a los municipios; crear establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales departamentales. A los consejos municipales la labor de reglamentar las funciones y la prestación de los servicios a cargo del municipio y adoptar los correspondientes planes de desarrollo económico y social y de obras públicas.

El tercer poder es el judicial, cuya función es la de controlar, inspeccionar y vigilar el sistema institucional. Le corresponde aplicar e integrar el derecho, cuidar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes y resolver conflictos mediante sentencias. Está integrado por la Corte Constitucional, tribunales de lo Contencioso Administrativo, Consejo Superior de la Judicatura, Corte Suprema de Justicia, la Fiscalía General de la Nación y los juzgados. La Constitución consagra cuatro tipos de control de los servicios públicos: jurídico, penal, fiscal y social.

13 Tanto las leyes como los decretos, o cualquier otra disposición de los poderes ejecutivo o legislativo son examinados por la Corte Constitucional, quien da su aprobación o suprime la norma en función de su constitucionalidad.

Finalmente, están los organismos de control fiscal y social, que son considerados autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado; estos son la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación. La primera se encarga de vigilar la gestión fiscal de la administración pública y adelanta procesos de responsabilidad fiscal de los particulares o las entidades que manejan fondos o bienes del Estado. La segunda se encarga de ejercer funciones y procesos disciplinarios,¹⁴ en cuanto a las conductas de funcionarios públicos o particulares que ejerzan una función pública de manera temporal, promoviendo la ejecución de las leyes y demás normas jurídicas y de las sentencias judiciales e interviniendo en procesos cuando sea necesario.¹⁵ La Procuraduría, además, debe proteger y asegurar la efectividad de los derechos e intereses humanos y sociales, en especial el medio ambiente; velar por la prestación adecuada y oportuna de los servicios, realizar acciones encaminadas a asegurar la plena satisfacción de los usuarios para que los servicios se ajusten a los requisitos de eficiencia y calidad; asesorar y colaborar con la Personería y demás autoridades, para lograr su eficaz prestación; desarrollar políticas de participación de los ciudadanos, contribuir al perfeccionamiento de los mecanismos de control de gestión, atender las quejas de los usuarios e intervenir para que las personas de menos ingresos tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

Otras instituciones que protegen al usuario son la Defensoría del Pueblo y Personería Municipal y los Comité de Desarrollo y Control Social. La primera ejerce funciones bajo la dirección del procurador y le corresponde velar por la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos y realizar la tarea de apoyo a los personeros; estos últimos cumplen el papel de defensores del pueblo y veedores ciudadanos en el municipio. También tiene la función de velar por los derechos de los consumidores y sirve de mediador entre los usuarios y las empresas. Los personeros, junto a los alcaldes, tienen importantes funciones con respecto al control de la gestión y de los resultados de las empresas. Los Comité de Desarrollo y Control Social cumplen funciones de vigilancia y control importantes en los

14 El proceso disciplinario tiene como finalidad verificar si el hecho irregular ocurrió, si constituye falta disciplinaria, quién es el autor del hecho y cuál es su nivel de responsabilidad. Como consecuencia de un proceso disciplinario se puede o imponer una sanción o archivar definitivamente u obtener un fallo absolutorio.

15 Se ejerce a través del procurador general de la nación, el defensor del pueblo, los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, así como por los personeros municipales.

municipios. Ellos son representados en las empresas municipales por el Vocal de Control (véase Anexo 2).

B. Organización microinstitucional de la industria

También se cuenta con una microinstitucionalidad que ejerce presión e influencia sobre los entes reguladores. Esto permite entender mejor los principales problemas regulatorios estructurales, como son la integración vertical y la debilidad en el control y en la fiscalización. Ésta fue trazada, básicamente, por la Ley 143, que profundiza la desintegración al separar las actividades de generación, distribución, transmisión y crear la comercialización, identificándolas como negocios independientes con regulaciones distintas. Este cambio hace que el mercado sea más complejo y con ello se requiera de una nueva configuración de la organización industrial (Tobón y Castillo, 2001).

La microinstitucionalidad se compone de un mercado mayorista y un esquema de coordinación y administración del Sistema Interconectado Nacional —SIN—, cuyas dependencias están en ISA. Existe una función de administrar y liquidar el sistema de intercambios y comercialización de electricidad entre los agentes a cargo del Mercado de Electricidad Mayorista —MEM—, mediante una dependencia interna llamada el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales —Asic—. Finalmente, el Centro Nacional de Despacho —CND—, que opera las principales variables operativas y técnicas del sistema. Como la Creg tiene la atribución, por ley, de definir y establecer el reglamento de operación (que se convierte en la carta de navegación del funcionamiento, la planeación y la regulación del SIN), cuenta con unos cuerpos consultores que participan, ya sea como invitados a las reuniones de la Creg donde pueden emitir conceptos, si ésta lo considera pertinente, o en audiencias con el fin de aportar consultas, pruebas o debatir asuntos de interés. Estos cuerpos son el Consejo Nacional de Operación —CNO—, el Comité Asesor de la Comercialización —CAC— y el Comité Asesor de la Planeación de la Transmisión —Capt—.

El CNO está conformado por un representante de cada una de las generadoras que tengan una capacidad instalada superior al 5% del total nacional, dos de las generadoras que tengan una capacidad entre el 1% y el 5%, uno de las empresas propietarias de la red, uno de las demás generadoras, el director del CND, quien tiene voz pero no voto, y por dos de las distribuidoras cuya actividad principal no sea la generación siendo, al menos una de ellas, la que posea la mayor participación en este mercado. Tenía como atribuciones iniciales acordar los aspectos técnicos para garantizar que la operación integrada del SIN sea segura, confiable y económica,

además, el de ser el órgano ejecutor del Reglamento de Operación y velar por su cumplimiento (Art. 37, Ley 143 de 1994). Luego se creó dentro del CNO el subcomité de revisión y vigilancia del SIC, para asistir a la Creg en el seguimiento y revisión de los aspectos comerciales del MEM (Resolución 024 de 1995).¹⁶

A finales de 1999 la Creg crea el CAC, conformado por tres representantes de las empresas que desarrollan conjuntamente las actividades de generación y comercialización, tres que desarrollan conjuntamente las actividades de distribución y comercialización y tres que desarrollan única y exclusivamente la comercialización, ordenados de acuerdo con su demanda. Adicionalmente, se incluye un representante del Asic, perteneciente al MEM, con voz pero sin voto.¹⁷ Las funciones del CAC son las de asistir a la Creg en el seguimiento y la revisión de los aspectos comerciales del mercado mayorista, lo que significa que estas labores se le escinden al CNO. También tiene las atribuciones de seguir litigios o arbitrajes e investigar quejas, lo que no indica que suprima la vigilancia de la Sspd, sino que la complementa dado el carácter técnico de éstos. En el cumplimiento de sus funciones pueden surgir reportes, recomendaciones y propuestas a la Creg, que en todo caso deberá ser conceptuadas por el CNO (Resolución 068 de 1999). Sin embargo, posteriormente la Resolución 030 de 2001 elimina esta injerencia del CNO, para favorecer la independencia del CAC.

Finalmente, en 1999 se creó el Capt (Resolución Creg 072 de 1999), que está conformado por tres representantes de las generadoras, tres comercializadoras y tres transmisores (todas ellas seleccionadas de mayor a menor, según su participación en cada actividad). Las empresas integradas verticalmente así como aquellas con vinculación económica entre las distintas actividades (generación, transmisión, distribución y comercialización) no podrán tener más de un representante en el Comité. Entre otras labores se le ha asignado la función de someter a consideración de la Creg una propuesta de Costos Unitarios y Unidades Constructivas para el Sistema de Transmisión Nacional —STN— y una metodología para la revisión de los mismos. También se dispuso que con el fin de compatibilizar criterios,

16 Las acciones del CNO tienen como remitente directo el CND y el MEM. El CND, en su labor de operador del sistema, se sujeta a distintas reglamentaciones como son la regulación, el reglamento de operación y todos los acuerdos del CNO. En cuanto a la administración del mercado mayorista, esta se sujeta también al reglamento de operación, los acuerdos del CNO y ejecuta las normas expedidas por la Creg.

17 Como restricciones se tiene que una empresa con representante en el CNO no puede participar simultáneamente en el CAC, pero puede participar como invitada, siempre y cuando entre el miembro y ésta no superen el 25% de la demanda total que atienden.

estrategias y metodologías para la expansión del STN, la Upme constituiría un Comité Asesor de Planeamiento conformado por las principales empresas de la industria.

III. Elementos para mejorar la institucionalidad

Primero se analizan los problemas de la institucionalidad, entendidos como la posible provisión de incentivos inadecuados a los agentes y los altos costos de transacción de llevar a cabo sus funciones, producto de unas relaciones complejas y que involucran una multiplicidad de relaciones de agencia. Luego se hacen recomendaciones para reducir estos problemas, que van desde cambios organizacionales, provisión de estímulos a los funcionarios, hasta modificaciones a las normas que determinan las instituciones establecidas.

A. Sobre el poder legislativo

- Ante la gran inestabilidad normativa y jurídica, las leyes Eléctrica y de Servicios Públicos han mostrado fortalezas, pues son bastante completas en términos de principios orientadores y cobertura de problemas regulatorios, y los debates a la regulación terminan siendo más bien a quienes la implementan.¹⁸

- El poder legislativo, al contrario de lo estudiado en otros trabajos (Ayala y Millán, 2002), sí ejerce un fuerte control político a los reguladores. Aunque, en lugar de atacar las medidas reguladoras, sustentadas en distintos principios orientadores, se ataca la institucionalidad que la gobierna, lo que ha creado injustificados cuestionamientos a la Creg. Si se pudiese mejorar este único control a la regulación, es importante definir agendas de actuaciones de la Creg (de mediano y largo plazo) y políticas generales en materia sectorial (por ejemplo, en cuanto a señales de largo plazo y estabilidad del mercado, dependencia hidrológica, establecimiento de mecanismos de mercado, entre otros) que hagan posible su evaluación.

- La elección de los reguladores debe compartirse entre el ejecutivo y el legislativo, aunque hay que considerar que los congresistas representan a regiones y a empresas públicas municipales o departamentales, lo que reduce la independencia de sus acciones. Esta elección se podría mejorar definiendo altos criterios técnicos para los funcionarios que hagan parte de la Creg y su selección mediante concursos de méritos.

¹⁸ En 2001 había cerca de 42 proyectos de Ley radicados para tumbar la Ley 142 de 1994, aunque se hundieron en los debates.

B. Sobre el poder ejecutivo

- La Constitución le establece al presidente de la República demasiadas potestades, como es el nombramiento de todos los funcionarios que dirigen la institucionalidad reguladora, establecidas en función de objetivos contradictorios, como son regular, controlar y vigilar, promover la inversión, la suficiencia financiera, subsidios y bajas tarifas, y otros, lo que implica una alta injerencia en la industria. Un factor que incide en la independencia de la Creg es que nunca han coincidido los periodos del Presidente con el de los comisionados, y éstos no pueden ser destituidos. Sin embargo, los funcionarios de las otras instituciones son de libre nombramiento y remoción. El nombramiento de los organismos de control y vigilancia debería estar en manos diferentes al Ejecutivo, por ejemplo, mediante la elección del Superintendente de Servicios Públicos de una terna presentada por el Presidente al Congreso, para dar una mayor garantía de autonomía e independencia.

- La potestad para sancionar decretos coadyuva a la consolidación de reformas necesarias para optimizar la institucionalidad. No obstante se han establecido decretos que confirman la falta de independencia, como es la facultad sobre el voto decisorio dada al Ministro de Minas y Energía en caso de empate en la votación de las decisiones de la Creg (Decreto 314 de 2001).

- Las funciones que cumplen los departamentos y municipios son las mismas que traían antes de la reforma y se presentan como una malformación heredada. En Colombia todavía hay muchas empresas públicas donde estos entes territoriales tienen participación, lo cual los motiva a presionar al Congreso y a los ministerios para que defiendan sus intereses. Esto implica que se politicen las empresas y sea más fuerte la puja entre los poderes ejecutivo y legislativo con la Creg. La dualidad entre propietario y proveedor hace que tengan intereses encontrados, más si se debe promover la participación y defensa de los consumidores, dado que los incentivos para hacer valer sus derechos son escasos, debido al poco poder de los grupos de interés que los representan.

- Para evitar duplicidades, la coordinación de la planificación en el sector minero energético la debería hacer el Ministerio de Minas y Energía con el apoyo de la Upme y el DNP, y no haciendo parte de la Creg. Igual sucede con el Ministerio de Hacienda, para evitar que los temas de la sostenibilidad de las finanzas públicas se reflejen en las decisiones de la Creg; la participación ministerial en la Comisión se debería reducir al Ministerio de Minas y Energía; así se llega con una política unificada ministerial y se reducen las posibilidades de colusión en la Creg, evitando conflictos entre los ministros (el actual reglamento permite que una resolución sea

aprobada con el voto favorable de al menos uno de éstos, y es equivalente en materia de decisión). Esto es concordante con el sistema legal y constitucional imperante en Colombia. También es mejor en términos de responsabilidad, al recaer en menos agentes, y es consistente con el hecho de que los grupos de interés pueden influir más sobre la regulación cuando hay tres ministros en lugar de uno.

- Con relación a la política ambiental, si bien la Creg debe considerar en la regulación la sostenibilidad, enfatiza en otros principios —como son la eficiencia, la suficiencia financiera y la equidad— y regula fundamentalmente sobre la estructura y la conducta. El vínculo se hace, más bien, en la planificación, a cargo de la Upme, que elabora los planes de expansión, taxativos para la transmisión e indicativos para la generación. Las inversiones resultantes deben cumplir con la licencia, para que tengan el menor costo ambiental posible. La Upme cuenta para esto con el soporte del Consejo Ambiental Minero Energético —Came— y el Comité Ambiental del Sector Eléctrico Colombiano —Casec—. Ahora bien, la obtención de la licencia y el control a las prácticas ambientales se hace mediante la autoridad ambiental competente, lo que depende de la magnitud de las obras. Al contrario de lo que se piensa, la componente ambiental adquiere mayor relevancia por fuera de la regulación de la estructura y conducta (Creg y Sspd). Esto porque requiere de unidades especializadas y porque se aumentan los costos de transacción de la colusión para las empresas, al haber más instituciones reguladoras. Sin embargo, este proceso de obtener la licencia es largo y complejo: la autoridad ambiental es variable, no pertenece a una sola instancia, hay una yuxtaposición de instituciones e involucra a diversos agentes;¹⁹ en consecuencia, no hay claridad de la institución a la cual deban recurrir para obtener ésta. Además, cada vez se involucran más grupos de interés, pues es requerido que la licencia consiga la viabilidad social; el proceso suele ser conflictivo porque implica un juicio en donde el Ministerio de

19 La institucionalidad ambiental cobija los tres ámbitos territoriales del país: el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expide normas de prevención y evaluación y ejerce inspección a grandes empresas y proyectos; el Sina es un organismo gubernamental adscrito a este Ministerio e involucra a distintas organizaciones sociales que tienen que ver con el medio ambiente, trata de proponer los principios y políticas generales de la ley ambiental; el Consejo Nacional Ambiental —CNA— es un organismo planificador que cobija prácticamente todos los poderes públicos de distintos niveles y organizaciones sociales; las corporaciones autónomas regionales —CAR— son reguladoras y planificadoras en los ámbitos regional y local y ejercen inspección a empresas y proyectos de menor impacto. Los departamentos, áreas metropolitanas y municipios también son reguladores y planificadores.

Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial es juez, y este juicio tiene incidencia sobre la licencia *ex ante*, durante o *ex post*.²⁰

- La Sspd hace parte de un ministerio que tiene más funciones de promoción del desarrollo que de fiscalización, protección y participación de los usuarios. Como existen otras instancias que promueven estos últimos objetivos, como son los órganos autónomos, hay una duplicidad de instituciones que promueven el control y la participación social, y que tienen todas responsabilidades en la débil fiscalización a la industria.

- La Upme debería tener una estrecha relación con el DNP en la planeación, ya que este último se centra más en el tema presupuestal y no en el balance energético. Se podría conformar un comité de planificación minero-energético compuesto por el DNP, la Upme y la industria, y que la Unidad de Planeación sirviera como un asesor permanente de la Creg, por su carácter técnico y énfasis en la planeación. Además, los criterios para el nombramiento y remoción de los funcionarios de la Upme deberían ser, por lo menos, iguales a los de la Creg, pues su labor es la más complementaria a la de la regulación, y por ende a su calidad. En cuanto al financiamiento, no debería corresponder solamente a las más grandes empresas del sector minero energético sino que, como en la Creg, a toda la industria, para aumentar su autonomía.

- De los cuerpos consultivos para la planificación solo funciona el Capt, en el caso de la transmisión, más no es el órgano consultivo de la industria (Cuerpo Consultivo Permanente (Ley 143, art 17)). Es importante contar con estos cuerpos para ponderar la injerencia pública en la planificación con la participación de los agentes. En el Capt solo participan los grandes agentes, cuando estaba contemplado inicialmente la participación de los usuarios.

- En Colombia las labores de regulación, vigilancia y control se dividieron, lo que parecía positivo, porque aumentan los costos de transacción de la captura y permite evaluar desempeño y responsabilidades. Las funciones que adelanta la Sspd son muy variadas: van desde hacer cumplir la regulación hasta el cumplimiento de las políticas generales y evaluar e intervenir la gestión de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios; inclusive, ayuda a la protección del consumidor y la participación ciudadana, lo que hace que esta tarea sea más detallada de lo

20 Como factor positivo se tienen los convenios de producción limpia a nivel ministerial y empresarial, a los que particularmente se acogieron las empresas existentes antes de las reformas y que no requerían de licencia ambiental. A estos convenios se han ido vinculando paulatinamente todas las empresas, lo que permite mayor flexibilidad para el cumplimiento de las restricciones ambientales.

necesario, amplia, compleja y difícil, pues el aprovechamiento de economías de escala y la reducción de costos de transacción de integrar estas actividades se diluye cuando se tienen recursos técnicos y humanos limitados. Esta entidad se caracteriza por tener una menor independencia que la Creg, al ser sus funcionarios de libre nombramiento y remoción, y su financiación depende de la nación, lo que permite su politización y que esté sujeta a influencias y captura.

- La Sspd no participa activamente en las reuniones en la Creg, no ejerciendo plenamente su derecho a la voz, como lo consagra la Ley Eléctrica. Además, las decisiones de la Creg no se transmiten a niveles inferiores de la Sspd (solo llegan a un segundo nivel); por ejemplo, para entender las resoluciones también es crucial asistir a las presentaciones y exposiciones de motivos, a los que tampoco ésta asiste. Tampoco se contemplan canales de comunicación e interacción con la Creg, cuando los problemas regulatorios son tan complejos y sus funcionarios tienen una mayor rotación laboral. Y aunque mediante el Decreto 990 de 2002 se reestructuró la Superintendencia, las funciones siguen siendo las mismas.²¹

- Una vez la Sspd toma la decisión de intervenir las empresas, las funciones de sanearlas o liquidarlas deberían llevarlas a cabo entidades especializadas (fiducias). Cuando la Sspd ha intervenido a las empresas se han dado varios problemas: que se interviene sin sigilo, generando conducta evasivas o colusivas para evitar la posesión y hay carencias técnicas y financieras para sanear las empresas.

- El control social y apoyo a los ciudadanos también es función de la Sspd, lo que hace que ella se superponga con otros órganos de diferente nivel territorial, como la Defensoría del Pueblo, las personerías, entre otras, lo que hace dudar de la efectividad de sus labores.

- Hay actividades donde no es claro cuándo debe intervenir la Sspd o la SIC, debido a la falta de claridad en materia de competencias. Las fusiones las ha manejado la SIC pero el abuso de poder dominante lo ha hecho la Sspd. Estos temas deberían ser manejados por la SIC, en la que su ámbito resulta más amplio que el de la Sspd, porque contempla una tipología mayor de prácticas. La confusión se debe a que no existe lo que en otros países se denomina Comisión Antimonopolios.

21 El Decreto 990, por el cual se reestructura la Sspd, contempla, en primer lugar, la reorganización del esquema de inspección, vigilancia y control: en adelante será integral según la naturaleza del servicio; en segundo lugar, se eleva el nivel de la planta de personal en cuanto a exigencias de requisitos y remuneración; finalmente, se reorganiza el nivel regional de la entidad con el objetivo de estar más cerca de los usuarios, al asignar mayores competencias y recursos técnicos a las direcciones territoriales.

- La Sspd ha llevado a cabo pocas sanciones, a pesar de los numerosos casos de empresas quebradas y con corrupción, particularmente las públicas; esto muestra su escasa definición en estas labores y en su relación con el sistema judicial y los otros órganos de control del Estado. Como la Contraloría General de la República cumple funciones similares debería haber mayor coordinación y complementación de actividades. Esto al margen del cuestionamiento a ambas que se da por el fenómeno de la corrupción y la carencia de independencia, debido a los poderes involucrados en el nombramiento de sus directores, lo cual le da bastante injerencia al poder ejecutivo. Igual ocurre con la Procuraduría, las personerías y la Defensoría del Pueblo en cuanto a la vigilancia, control social y participación y defensa de los usuarios.²² La ineficiencia del control y vigilancia a las empresas de servicios de utilidad pública en Colombia debe ser extensiva a todos estos órganos.

- La composición ministerial de la Creg tiene objeciones: el hecho de que el ministro de Hacienda y el director del DNP la compongan y al mismo tiempo tengan principios orientadores contradictorios (como promover la inversión, la suficiencia financiera en oposición a subsidios y tarifas bajas), hace que se antepongan éstos a los de la regulación *per se*, restándole independencia a la Comisión. Además, si se considera la presión de grupos, que involucra también al poder político, el problema regulatorio se torna más complejo: el Estado debe ser garante de la prestación del servicio y es empresario a la vez, lo que crea un conflicto de intereses que afecta la calidad de la regulación.²³

- Uno de los problemas más serios de la regulación es que para tomar una decisión debe contarse con el aval de alguno de los ministros, lo que debilita más su independencia.²⁴ En el caso en que la propuesta provenga de los ministros solo

22 Un ejemplo que ilustra la injerencia de estos órganos se da cuando en la labor de control, inspección y vigilancia de una empresa pública pueden intervenir simultáneamente en un primer momento la Superintendencia, la Contraloría y la Procuraduría. Y en las labores de defensa al usuario la Defensoría del Pueblo, las personerías y las organizaciones de usuarios. Posteriormente pueden entrar la Fiscalía y los jueces como entes acusatorios y juzgatorios. Inclusive, en una tercera etapa, las altas cortes atendiendo a pedidos de los afectados mediante tutelas o acciones de nulidad y restablecimiento o apelando las decisiones de los jueces. En el caso de una empresa totalmente privada, es decir, donde no haya ninguna participación accionaria o en su junta directiva del Estado, la injerencia de los anteriores órganos se ve disminuida solo en la Contraloría.

23 También se ha dado el caso que el ministro de Minas y Energía quiere imponer la agenda reguladora, lo que lleva a conflictos que han motivado la renuncia de comisionados de la Creg.

24 La composición de la Creg se estableció en la Ley 143 de 1994 de forma diferente a como se concibió inicialmente en la Ley 142; las demás comisiones de regulación de servicios públicos, tanto la CRT como la CRA, conservaron la estructura dada por la Ley 142 (tres expertos comisionados y un director y varios ministros, según el caso).

se necesita del voto favorable de uno de los comisionados para aprobarse, debido al poder de doble votación que tiene el ministro de Minas. Lo anterior genera un debate sobre la conformación ideal de la Comisión, buscando en todo caso crear una institución autónoma, independiente y confiable por todos los agentes. En este sentido las recomendaciones serían:

a. El poder ministerial debería estar representado solo por el ministro de Minas, porque se disminuyen los costos de transacción de la regulación y las posibilidades de captura, lo que se entiende mejor si se considera: 1) se reducen los conflictos ministeriales; 2) sin el Ministro de Hacienda, se elimina la posibilidad de sesgar la regulación a favor de las empresas de propiedad pública y aumenta la transparencia; 3) al no estar el DNP las discusiones se centrarían en el tema balance energético y no en el presupuestal; 4) con el retiro de los dos ministros se logra una composición impar en la Creg, lo cual hace inocuo el decreto de desempate, lo que, además, permitiría la presencia de desacuerdos entre expertos, que siguen siendo mayoría.

b. En cuanto a la composición, nombramiento y duración de los expertos se recomienda: 1) ampliar el número a seis; 2) que cinco de ellos, los nombrados por el presidente de la República, tengan períodos prorrogables, reemplazando como máximo tres expertos en cada período presidencial, para evitar coincidencias con el ciclo político, y que su nombramiento sea mediante una convocatoria pública; 3) uno de éstos debe provenir de las universidades; 4) que el director lo nombren sin el aval presidencial.

c. De todas maneras, los comisionados, por tener un perfil técnico, no poder ser destituidos por el ejecutivo y tener un período de elección que no coincide con el presidente de la República, aunque son de igual duración, cuentan con un grado de independencia mayor al de los ministros. La no coincidencia en los períodos de elección de los expertos y del presidente ha sido un accidente histórico pues cuando la Comisión de Regulación de Energía —CRE— la inició en 1993, el presidente Gaviria nombró tres expertos; luego, el presidente Samper completó los otros dos, para cumplir con la Ley.

d. Pese a no haberse constatado contratos de gestión dentro de la Creg, ésta suministra informes de sus actividades al Congreso (control político) y otros entes de control, que incluyen informes técnicos, jurídicos y administrativos. Igualmente, se producen indicadores de gestión y resultados acerca de la utilización de los recursos para el alcance de la misión (principio de eficiencia); indicadores sobre ejecución presupuestal, avance en los planes y logro de objetivos en las diferentes áreas reguladas (principio de eficacia) y, finalmente, indicadores sobre asignación

interna de los recursos entre las diferentes actividades que realiza para buscar su optimización (principio de economía). Esta información apunta al mejoramiento en la eficiencia global y al logro de procesos de gestión acompañados por mecanismos de rendición de cuentas y búsqueda de la transparencia.

Prueba de lo anterior es el resultado presentado por Transparencia por Colombia donde la Creg ocupó un lugar destacado (Informe para 2001). Los indicadores utilizados apuntan a evaluar tanto los principios de transparencia (calidad de la información, atención a quejas y reclamos, percepción de autonomía institucional y de transparencia otorgada por funcionarios de la entidad, compromiso institucional de los agentes) como de eficiencia (simplicidad en los procesos organizacionales, desempeño en la función de control interno, nivel de incentivos a los funcionarios). Otros indicadores aportan información sobre la calidad de los mecanismos de control y de sanción (la percepción sobre la honestidad o deshonestidad de las entidades, el número de quejas, reclamos, pliegos y fallos proferidos por la Procuraduría, el número y el valor de los fallos fiscales emitidos por la Contraloría).

A pesar de que la Creg cuenta con una organización interna bien estructurada en materia de funciones y competencias (que le permite, entre otros, adelantar eficientemente las labores de coordinación interna, controles interno y externo y suministro oportuno de información a los agentes de la industria) que le ha permitido obtener reconocimiento, no se puede concluir sobre un desempeño óptimo en materia de cumplimiento de sus objetivos regulatorios: no existe un criterio claro para evaluar su gestión y desempeño por ejemplo, respecto a las señales de largo plazo; ni tampoco a su director ejecutivo; tampoco existe una cultura de evaluación del desempeño, para lo cual se requiere formalización de contratos de gestión, que permiten hacer explícitos los objetivos que, para el corto o largo plazo, se le definen a una política de Estado en materia de regulación de cualquier tipo de industria.

f. En cuanto a los nombramientos de los comisionados, la Ley no exige que sean expertos en temas regulatorios. Además, las inhabilidades son fáciles de eludir y solo funcionan para los expertos y no para los ministros.

g. Hay una contradicción en lo financiero: los funcionarios están sometidos al régimen salarial de administradores públicos y los ingresos de la Creg dependen de la industria, no del presupuesto nacional; esto le resta autonomía e independencia, al haber perdido los salarios de todos los administradores públicos poder adquisitivo. Inicialmente se previó un salario competitivo; sin embargo, lo que se ha dado es una disminución real de éste (partieron en 1994 con cuatro millones; y en 2003

se ganan menos del 50% de lo planeado: aproximadamente siete millones, a pesos corrientes).

h. Dada la multiplicidad de objetivos es difícil establecer un sistema de rendición de cuentas: sólo se presenta el control político del Congreso.

- La FEN no compite en el mercado financiero, pues las empresas solo recurren a ella porque es la única entidad dispuesta a asumir riesgos y refinanciar pasivos. Sus labores son mínimas: aún cuenta con personería jurídica, debido a la vigencia de sus contratos, pero se le ha integrado con otras entidades. Durante la reestructuración fue importante en el respaldo financiero generoso dado a las empresas públicas y a la entrada de agentes privados, particularmente térmicos, motivado por el alto riesgo asumido por el Estado, explicado en parte por el racionamiento de 1991-1992 y la necesidad de la sustitución tecnológica.²⁵

- El Icontec debería apoyar a la Creg con el suministro de información y como asesor temático en la regulación de la calidad. Incluso a la Sspd, pues en sus labores de vigilancia y control debe velar porque las obras, equipos y procedimientos cumplan con los requisitos técnicos señalados por los ministerios.

- Con respecto a la coordinación y administración de la industria se tiene:

a. La labor del CNO es adecuada, por la alta complejidad técnica de la industria. Aunque el regulador no debe delegar su función en este organismo sino contar con él como consultivo principal, porque puede haber intereses encontrados sobre la forma en que se debe regular la calidad, la seguridad y la confiabilidad, y los asuntos comerciales no son separables de los técnicos y operativos. Igual ocurre con sus labores como seguidor y revisor de primera instancia del MEM.

b. La multiplicidad de principales sobre las actuaciones del CND hace que se presenten conflictos, particularmente con el CNO, quien le da instrucciones al CND y pautas para el planeamiento operativo, dirime conflictos y ordena cómo se va a operar el sistema, así no sea lo que el CND, reconociendo su alta capacidad técnica, estime cómo más conveniente para la operación del sistema.

c. El MEM también cuenta con una multiplicidad de principales, y no es responsable ni individualmente ni solidariamente de los efectos de la regulación, cuando los agentes no estén de acuerdo con ella. Para mejorar esta administración y teniendo en cuenta que el MEM genera la información esencial del sistema, es

25 En una concepción más amplia sobre el problema del financiamiento de la industria, se incluiría también un análisis sobre El Instituto de Planificación de Soluciones Energéticas —Ipse—, encargado de la consecución de recursos para el cubrimiento de las zonas no interconectadas del país.

conveniente que ésta sea oportuna y tenga una alta calidad y disponibilidad a todos los interesados.

d. La creación del CAC permitió que en la asesoría que se le brinda a la Creg entren a participar nuevos agentes, lo que permite un juego más equilibrado entre los grupos de interés. Sin embargo, se defienden intereses distintos a los de la comercialización debido a que su composición da cabida a generadores y distribuidores, y en la industria hay casos de discriminación técnica y normativa y no hay reglas de juego claras para ejercer la actividad de comercialización (Aguilar, 2002).²⁶ El CAC ha propuesto crear una secretaría técnica para dinamizar sus labores y contar con una mayor fortaleza como grupo de presión, e incluso para ser quien conceptúe sobre la regulación antes de ser emitida (punto de partida). Esta secretaría tendría el inconveniente de aumentar los costos de transacción de la institucionalidad de la industria.²⁷

e. La anterior estructura, y particularmente las atribuciones del CNO, son inciertas desde el punto de vista normativo, lo que implica una institucionalidad irresoluta, pues mientras las resoluciones Creg ratifican las funciones conferidas al CNO en la Ley Eléctrica, el Gobierno Nacional las acota. El Decreto 2023 de 1999 limita las atribuciones conferidas a éste: “El Consejo Nacional de Operación del sector eléctrico, previsto en los artículos 172 de la Ley 142 de 1994 y 36 de la Ley 143 de 1994, tendrá exclusivamente funciones de cuerpo asesor a partir del 1º de enero del año 2001. En consecuencia, las funciones de expedir acuerdos sobre los aspectos técnicos para garantizar que la operación conjunta del sistema interconectado nacional sea segura, confiable y económica, y la de ser órgano ejecutor del reglamento de operación contempladas en los artículos 168, 169 y 172 de la Ley 142 de 1994 y 28, 29 literal b, 34 y 36 de la Ley 143 de 1994, se ejercerán hasta esta última fecha”.

Este Decreto corregiría la inconsistencia entre las funciones que debe desempeñar la Creg, el CNO y el órgano para “operar y administrar” el sistema. También

26 De hecho, una de las prioridades de la Asociación Colombiana de Comercializadores de Energía —Acce— es defender los intereses de agentes que solo tienen como actividad la comercialización. Otros gremios que también defienden sus intereses y que agrupan los diferentes sectores de la industria son la Asociación Colombiana de Generadores —Acolgen—, la Asociación Colombiana de Distribuidores —Asocodis—, la Asociación Colombiana de Gas Natural —Naturgas— y la Asociación Colombiana de Ingenieros —Aciem—.

27 En octubre de 2000 el CAC propuso una atribución adicional a la Creg: que ésta fuera la primera instancia para dirimir controversias entre los agentes en los asuntos comerciales del MEM. Esto permitiría descongestionar las labores de regulación, vigilancia y control de los entes centrales, pero podría presentar problemas debido al sesgo en la composición del CAC.

buscaría reestructurar la institucionalidad en la industria debido a las intenciones privatizadoras que se tenían con ISA y que hacían necesario tal cambio, donde se separaba la interconexión de las instituciones que se relacionan con ella, como es el CNO, el MEM, el CAC y el CND.

f. Si bien son esenciales los consejos como órganos asesores o vigilantes y árbitros de primera instancia, ya que reducen la ingerencia y los costos de la intervención reguladora, permiten algún grado de autorregulación y hacen más equitativo el juego entre grupos de interés, los costos institucionales actuales son mayores a los necesarios, porque hay entes que desempeñan funciones muy similares o complementarias, como son el CND y el CNO, el MEM y el CAC, producto tanto de las presiones de los grupos de interés y los poderes regionales, al establecerse las reformas de 1990, y no hay transparencia al estar el CND y el MEM como dependencias de ISA. En ninguno de estos grupos o consejos participan los usuarios, que tienen un papel importante que cumplir en el seguimiento de las conductas y el cumplimiento de los reglamentos.

Durante el gobierno de Andrés Pastrana (1998 – 2002) se presentó un segundo marco institucional, que aunque se decretó no se logró consolidar por parte del poder ejecutivo, debido a la no privatización de ISA. Si esto hubiese ocurrido, las labores del CND y el MEM desaparecerían, lo que creaba la necesidad de una nueva institución independiente, para la operación y la administración del sistema. La participación del Estado, la Creg y los consejos asesores actuales en este nuevo ente podría haber sido bajo la figura de una sociedad anónima, y era tema de discusión la participación relativa de cada uno de ellos, la de los gremios y los usuarios. Esta institución estaría compuesta de tres organismos: uno que operaba, otro que liquidaba las transacciones y el último que vigilaba la conducta de los agentes en tiempo real. En el ente vigilante no tenían cabida los agentes de la industria ni la Sspd.

Esto sirve para determinar algunos rasgos que deben corregirse, como son los altos costos de transacción de contar con más instituciones de las necesarias y la necesidad de tener la participación de los usuarios, y la provisión de información de calidad, oportuna y asequible a cualquier interesado, para propiciar una forma de autorregulación menos costosa.

Genera incertidumbre la no claridad sobre la estructura institucional que pueda resultar en un mediano plazo, porque existen varias opciones en consideración. Primero, la Creg ha sostenido que una de las necesidades más imperiosas de la regulación es la de fortalecer e impulsar los distintos entes que componen la microinstitucionalidad, que son el CND-MEM, el CNO, el CAC y el Capt, lo que

significa que se consolide la institucionalidad operante que no da cabida a otros grupos de interés, como son los usuarios. Segundo, está la actual política del gobierno de fortalecer la Sspd, cuando este ha sido el aspecto más débil y complejo de la regulación. Tercero, se tiene el segundo marco institucional mencionado, que permitiría tener una mejor perspectiva hacia la autorregulación.

C. El poder judicial

Existe una controversia en torno a la instancia más apropiada a la cual se debe recurrir para salvar alguna disputa jurídica de la industria y los agentes aprovechan esta confusión para recurrir a la que más les convenga. Ejemplo de ello es que se recurre a jueces, tribunales o altas cortes para litigar un asunto en cuestión. Además, otro problema es la pertinencia que tienen estas instancias legales para tratar temas técnicos y económicos que la normatividad contiene. Por ello, las altas cortes han ratificado las actuaciones de la Creg.

En cuanto a los órganos autónomos, en sus relaciones con la Sspd es donde mayores problemas se han detectado, porque hay duplicidad de funciones. Por ejemplo, con relación a la Contraloría, que fiscaliza las empresas públicas, también la Sspd ejerce labores similares en su control de gestión y resultados. En cuanto a la Procuraduría, no es muy clara la diferencia con la Sssp en su labor de velar por la prestación adecuada y oportuna de los servicios, mecanismos de control, participación ciudadana y defensa de los usuarios. Igual con la Defensoría del Pueblo que, como ella, interviene con otros poderes en su función de velar por los derechos del consumidor y mediar por éstos ante las empresas. Es labor de las personerías el control de gestión y resultados y velar por la participación ciudadana, pero igual vale para la Superintendencia. Por último, los Comité de Desarrollo y Control Social, que fomentan la participación y defensa del usuario. Lo problemático no es que se dupliquen las funciones de vigilancia y control, pues en un país con la grave situación de violación de derechos es necesario que se apunte desde varios lados, sino que es difícil establecer un sistema de chequeos y balances que haga posible criticar y castigar la negligencia en el cumplimiento de estas labores: como son muchas instituciones no se encuentra a quién responsabilizar.

Conclusiones

1. Considerar la intervención pública como un juego de grupos de interés permite comprender mejor las críticas que se le hace a la institucionalidad de esta industria. Esto ayuda a entender cómo los grupos de interés mejor organizados presionan al Estado o a las agencias reguladoras para capturar rentas a expensas de los menos organizados, y cuando se presenta una situación de crisis de la

economía, como la ocurrida en los últimos años, la riqueza que se puede distribuir es menor y, por tanto, todos los grupos, en particular los menos organizados, verán reducidos sus beneficios, lo que produce un malestar con la regulación, viéndola menos pertinente y más lesiva para sus intereses.

2. Las regulaciones son producto de un proceso a largo plazo que involucra relaciones contractuales difíciles de cambiar o adecuar a los nuevos desarrollos de la industria y al papel del Estado como subsidiario. Esto permite que la institucionalidad sea capaz de sortear las distintas presiones, consolidando las reformas, y establecer normas aceptadas por los diversos agentes.

3. El sistema institucional que sustenta la regulación es una intrincada red de relaciones entre los poderes públicos, que en Colombia se amplía dado que involucra además los órganos autónomos de vigilancia y control. Esto permite comprender con más realismo el complejo sistema de relaciones: multiplicidad de instituciones, labores complementarias y duplicidad de funciones; principios orientadores amplios y difusos y dificultad de definir sistemas de chequeos, de balances y de evaluación de gestión. Lo anterior genera que esta institucionalidad aumente los costos de transacción y se profundicen por los varios tipos de fallos propios de las organizaciones públicas.

4. Esta configuración institucional es propia de la evolución histórica del país, marcada por la influencia de los poderes regionales, organismos internacionales y los agentes privados —recientemente—, lo que produjo estructuras no deseadas de los sectores que conforman la industria, como, por ejemplo, las posibilidades de integración vertical previas a la reforma y su mantenimiento posterior.

5. El sistema normativo y legal colombiano se caracteriza porque las agencias regulatorias son dependientes del poder ejecutivo, lo que produce, de por sí, poca independencia en sus actuaciones; además sobrepone lo jurídico a los aspectos técnicos y económicos de la regulación. Adicionalmente, no se ha tenido una “revolución democrática”, con la participación de todos los grupos de interés, lo que haría posible cogobernar y crear un sistema de división real de poderes que facilite el desarrollo de los mercados.

6. Los problemas institucionales de la industria abarcan otras esferas de gobierno por fuera de la relación regulación-planificación-control-vigilancia y que son fundamentales para su buen desempeño. Aunque la regulación ha madurado, pues los agentes reconocen la institucionalidad y el poder judicial ha avalado las potestades del regulador. Pero debe reconocerse que la regulación se ha constreñido a una organización de mercado que favorece los poderes establecidos con antelación a las reformas y a resolver casos particulares y no generales.

7. Esta industria es compleja tecnológicamente, la profundización de los mercados es limitada y el rediseño organizacional de las instituciones es difícil; se trata de negociaciones complejas de demandas y ofertas entre grupos de interés, donde llegar a soluciones cooperativas y eficientes es complejo.

8. Se cuenta con órganos asesores y consultores que aumentan los costos de transacción al contar con más instituciones de lo necesario, aunque es conveniente tener la participación de los usuarios como veedores de la conducta de los agentes y el cumplimiento de los reglamentos, y la provisión de información, para propiciar una forma de autorregulación que resulte menos costosa para la industria y los usuarios del servicio de electricidad. De todas maneras, genera incertidumbre la no claridad sobre la estructura institucional que pueda resultar en un mediano plazo, porque existen varias opciones que han sido puestas en consideración ya sea por el ente regulador o por los poderes públicos.

9. Uno de los mayores problemas de la regulación se encontró en la vigilancia y control, debido a la diversidad de funciones que le toca cumplir a la Sspd, la relación de interdependencia con otras instancias de control y su baja capacidad de atender tantas funciones.

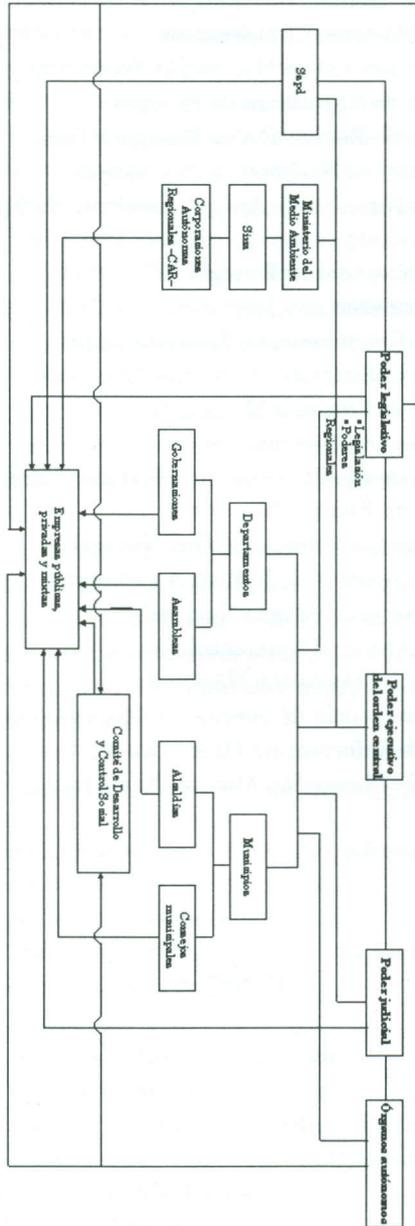
10. Las propuestas son variadas y complejas: van desde cambios internos en las organizaciones, en los sistemas de evaluación, en la provisión de incentivos directos a los reguladores, hasta cambios en la composición, estabilidad y calidad de sus funcionarios, todo esto tratando de aumentar su independencia; incluso cambios en la estructura global de la organización reguladora que implicarían cambiar la Ley Eléctrica y la Constitución Política.

Anexo 1. Glosario de abreviaturas, acrónimos y siglas

- Acce: Asociación Colombiana de Comercializadores de Energía
- Aciem: Asociación Colombiana de Ingenieros
- Acolgen: Asociación Colombiana de Generadores
- Asic: Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales
- Asocodis: Asociación Colombiana de Distribuidores
- BID: Banco Interamericano de Desarrollo
- CAC: Comité Asesor de la Comercialización
- Came: Consejo Ambiental Minero Energético
- Capt: Comité Asesor del Planeamiento de la Transmisión.
- Casec: Comité Ambiental del Sector Eléctrico Colombiano
- CAR: Corporación Autónoma Regional
- CNA: Consejo Nacional Ambiental

- CND: Centro Nacional de Despacho.
CNE: Comisión Nacional de Energía
CNO: Concejo Nacional de Operación.
Conpes: Consejo Nacional de Planeación Económica y Social
CRE: Comisión de Regulación de Energía
Creg: Comisión de Regulación de Energía y Gas.
DNP: Departamento Nacional de Planeación
Electroaguas: Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico
ENE: Estudio Nacional de Energía
FEN: Financiera Eléctrica Nacional.
Icel: Instituto Colombiano de Electrificación
Icontec: Instituto Colombiano de Normas Técnicas
Insfopal: Instituto de Fomento Municipal
ISA: Interconexión Eléctrica S.A.
Ipse: Instituto de Planificación de Soluciones Energéticas
MEM: Mercado de Energía Mayorista.
Naturgas: Asociación Colombiana de Gas Natural
SIC: Superintendencia de Industria y comercio
SIN: Sistema Interconectado Nacional
Sina: Sistema Nacional Ambiental
STN: Sistema de Trasmisión Nacional
Sspd: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
Uime: Unidad de Información Minero Energética
Upme: Unidad de Planeación Minero- Energética

Anexo 2. Colombia: poder ejecutivo del orden descentralizado



Bibliografía

- ALESINA, Alberto (editor), 2002. *Reformas institucionales en Colombia. Una agenda reformista para los desafíos del nuevo siglo*, Bogotá, Fedesarrollo y Alfaomega.
- AYALA, Ulpiano y MILLÁN Jaime, 2002. *La sostenibilidad de la reforma del sector eléctrico en Colombia*, Bogotá, Fedesarrollo.
- BENAVIDES, Juan y FAINBOIM, Israel, 1998. *Análisis de la regulación y los contratos de concesión en infraestructura en Colombia*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación —DNP—.
- COLOMBIA, Banco de la República, 1991. “Resolución No 9 de 1981 de la Junta Monetaria”.
- COLOMBIA, COMISIÓN de Regulación de Energía y Gas —Creg—. Todas las resoluciones. En: www.creg.gov.co/normas/energia/resoluciones.
- COLOMBIA, Departamento Nacional de Planeación —DNP—, 1986. Documento Conpes No. 2268 del 18 de julio de 1986: “Consideraciones para un replanteamiento institucional del sector eléctrico”.
- _____, 1982. *Estudio Nacional de Energía* —ENE—, Bogotá, DNP, Fonade y Ministerio de Minas.
- _____, 1986. *Bases para la formulación de una política energética en Colombia*, Bogotá, DNP, Banco Mundial, Pnud y Agencia Canadiense para el Desarrollo.
- COLOMBIA, “Ley 142 de 1994. Que regula los servicios públicos domiciliarios en Colombia”.
- _____, “Ley 143 de 1994. Que regula el servicio público de electricidad en Colombia”.
- COLOMBIA, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997. *Servicios públicos domiciliarios: calidad de vida y construcción del Estado social de derecho*. Bogotá, Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales “Gerardo Molina”, Universidad Nacional de Colombia.
- COLOMBIA, Ministerio de Minas y Energía, 1991. Comisión Nacional de Energía —CNE—. *Evaluación del sector eléctrico colombiano, 1970-1990*, Bogotá.
- COLOMBIA, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios —Sspd—, 1998. *Participación y control de los servicios públicos domiciliarios. Una interpretación de la mirada comunitaria*, Bogotá, Sspd y Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales y Políticas “Gerardo Molina”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia —Unijus—.
- KALMANOVITZ, Salomón, 2001. *Las instituciones colombianas en el siglo XX*, Bogotá, Libros de Cambio, Alfaomega.
- GUTIÉRREZ, Javier, 1988. “Planeación de la generación y la transmisión en el sistema interconectado colombiano”. En: *Energética. Revista de Estudios Energéticos*. Universidad Nacional de Colombia. Medellín, No 2, Julio 1988. p. 25-60.
- INTERCONEXIÓN Eléctrica S.A. ESP —ISA—, 1999. “Análisis del mercado mayorista de la electricidad en Colombia 1998-1999”. Gerencia Servicios de Información, Medellín.
- _____, 2002. Exposición: “Presentación General del Mercado”, Auditorio de ISA, Medellín. Sitio web -<http://www.isa.com.co>, acceso: julio de 2002.
- JIMÉNEZ De Cisnero, Francisco J., 1987. *Los organismos autónomos en el derecho público español: tipología y régimen jurídico*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- MANRIQUE Reyes, Alfredo, 1991. *La Constitución de la nueva Colombia*. Santiago de Cali. Cerec.

- OCHOA, Francisco, 1986. "Problemas de la configuración institucional del sector eléctrico colombiano". En: *Revista de Planeación de Desarrollo*, DNP.
- _____, Valencia, Darío y Ayala, Ulpiano, 1990. "Servicios públicos e intervención del Estado colombiano". En: Seminario sobre la intervención del Estado en la economía. Comisión Presidencial para la Reforma de la administración pública del Estado colombiano. Bogotá. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- PERRY, Guillermo, 1981. "Carta del Ministro de Minas Guillermo Perry R. Al Presidente del Banco Mundial, Barber Conable", Bogotá, septiembre 11.
- ROJAS Fernando y González, Jorge Iván, 1988. "Introducción al problema de los servicios públicos". En: Cuervo, Luis Mauricio *et. al.* *Economía política de los servicios públicos. Una visión alternativa*. Bogotá Centro de Investigación y Educación Popular —Cinep—.
- SÁNCHEZ, G. y Villegas, L., 2001. "Regulación de los servicios públicos: redefinición constitucional del Estado colombiano. Un estudio crítico constitucional de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios". En: *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*, Bogotá, Universidad de los Andes,
- SEMINARIO Internacional, 2001. "Tendencias regulatorias del sector eléctrico", Cartagena de Indias, Colombia, noviembre. Memorias.
- SPILLER, Pablo, 1998. Análisis institucional de la regulación. Implicaciones para Colombia. Bogotá. Departamento Nacional de Planeación.
- SPULBER, Daniel F., 1989. *Regulation and Markets*, Cambridge, MIT Press.
- TOBÓN, David y Castillo, Gustavo, 2001. "Las reformas regulatorias en la actividad de transmisión en la industria eléctrica colombiana", *Lecturas de Economía*, No57.
- TOBÓN, David y VALENCIA, Germán, 2003. "Indicadores: la intervención reguladora en la industria eléctrica colombiana". *Lecturas de Economía*, No 58.
- WIESNER, Eduardo, 1992. Plan Energético Nacional. Ministerio de Minas y Energía, Comisión Nacional de Energía —CNE—, Bogotá.
- YOUNES Moreno, Diego, 1998. *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá, 3ª. ed., Legis.