

Notas sobre la legalidad de la Resolución Superservicios n.º 1366/04 (Recusación expertos CREG)

LUIS IGNACIO BETANCUR

ANTECEDENTES

Mediante Resolución 1366/04, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios declaró que los cuatro Expertos de la CREG estaban impedidos para tomar la decisión relativa a la solicitud de modificación tarifaria presentada por unas empresas, cuyo apoderado los había recusado.

La Resolución designó cuatro expertos ad-hoc para que actúen en el asunto.

Las presentes notas examinan la legalidad de la citada Resolución.

I. ¿TIENEN LOS EXPERTOS SUPERIOR JERÁRQUICO?

La competencia de la Superintendente para resolver la recusación, se basa en el siguiente artículo de la Ley 142 de 1994:

Artículo 110. Impedimento y recusaciones. Cuando haya lugar a impedimentos y recusaciones y la persona que los declare o contra quien se formulen no tenga superior jerárquico inmediato, el Superintendente de Servicios Públicos asumirá las funciones que el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo atribuye al superior inmediato.

Si el Superintendente se declarare impedido o fuere recusado, la persona que designe el Presidente de la República asumirá sus funciones.

Por tanto, para establecer si la Superintendente es quien tiene la función para decidir sobre una recusación y designar quién sustituye al impedido, se necesita tener claridad sobre si los expertos de las comisiones de regulación tienen o no superior jerárquico.

La Resolución decidió que no tienen superior jerárquico. Para ello, argumenta que "La superioridad jerárquica" se determina en razón de "la posibilidad legal que se tenga de conocer y revisar en segunda instancia tales decisiones".

Esta no parece ser la base para establecer si un servidor público tiene superior jerárquico porque, si así fuera, los ministros, directores de departamento y los superintendentes tampoco tienen superior jerárquico: contra sus decisiones no hay recurso de segunda instancia: el Código Contencioso Administrativo en el artículo 50 de manera expresa excluye el recurso de apelación para sus decisiones.

Por tanto, la Resolución no define con un criterio legal razonable que la competen-

cia para decidir sobre los impedimentos y recusaciones de los expertos de las comisiones corresponde a la superintendente.

Debe entonces examinarse qué tipo de servidores públicos no tienen superior jerárquico. No hay una definición legal explícita. No obstante, hay distintos elementos en la normatividad sobre la Organización de la Rama Ejecutiva, que permiten tener criterios utilizando los que se utilizan en las técnicas de la administración en general.

Un primer elemento es estudiar el organigrama que se desprende de la naturaleza de las Comisiones de Regulación y lo primero que es evidente es que son Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica, cada una adscrita a un Ministerio¹, lo cual significa que forman parte del Sector Central de la Rama Ejecutiva². Este no es una definición legal sin consecuencias, puesto que hay incluso otros organismos con una menor dependencia porque son Unidades Administrativas Especiales con personería jurídica. Pero aun éstas tienen un superior jerárquico.

Utilizar un rígido criterio cartesiano es, por decir lo menos, anacrónico. En todos los países organizados, entre ellos Colombia, viene ocurriendo en la Administración Pública un fenómeno de fluidez sobre la estricta relación jerárquica, al punto que muchos Jefes no tienen todo el poder para imponer la totalidad de las decisiones a sus subordinados porque muchos funcionarios de menor nivel, inferiores en la organización jerárquica, tienen atribuciones para tomar ciertas decisiones por sí mismos, conforme a unas reglas que ni su superior puede hacerles ignorar.

Conceptos como los de coordinación, subsidiariedad y consulta forman parte de la legislación.

Lo que se da, a la luz de la normatividad, es una "suavización" de la subordinación principalmente en organismos o funcionarios que ejercen funciones de mucha complejidad técnica, justamente como las comisiones de regulación. Hay entonces una independencia "matizada" o –como algunos tratadistas han dicho– una "jerarquía debilitada". Así, por ejemplo, se expresa el tratadista RAMÓN PRADA:

El principio de jerarquía en general: poder impulsar y direccionar por instrucciones; facultad para anular actos por recurso de alzada o jerarquía disciplinada; facultad para delegar o, al revés, para avocar lo que al inferior compete; resolver conflictos de competencia entre órganos inferiores. Pero no es aplicada en toda su virtualidad sobre órganos que no obstante subordinados o inferiores, han sido creados con cierta vocación de neutralidad en razón de que ejercen funciones consultivas o cuasi jurisdiccionales (como los tribunales económico-administrativos) y actividades técnicas muy especializadas. Si su razón de ser está justificada precisamente por la necesaria independencia o especialidad [...] resulta obligado excluir el contenido de sus actuaciones de la influencia de algunos poderes de la jerarquía como la de recibir instrucciones directas acerca de como han de resolver o informar sus asuntos. Por ello se puede hablar de una *jerarquía debilitada* o, como otros prefieren, de un simple poder de dirección en los que el Organismo superior tendría la simple posibilidad de un condicionamiento externo de la actividad, pero sin llegar en ningún caso a la posibilidad de predeterminar el contenido mismo de la actividad del organismo inferior (SANTAMARÍA).

El principio mismo viene en proceso de deterioro en todas las administraciones modernas, públicas y privadas [...] A nivel de

técnica jurídica el principio de jerarquía resulta de difícil operatividad [...] Se ha remplazado por "relación de supremacía..."³ (mayúsculas y resaltados en el original).

Nótese que los párrafos citados son útiles como elementos de juicio para definir si los expertos de las comisiones tienen o no superior jerárquico, pero ese superior no tiene la totalidad de las atribuciones en sus manos. Es un caso típico de superioridad jerárquica, aunque "debilitada"; también puede hablarse de una independencia "matizada" de los expertos. Por eso las comisiones adoptan por resolución su reglamento interno, pero que para estar en vigencia tiene que ser adoptado por decreto⁴. Por eso es el Presidente quien decide los conflictos de competencia entre las comisiones y la Superintendencia⁵. Y el Presidente tiene facultad permanente para reestructurar las comisiones⁶, que no la tiene, por ejemplo, para reestructurar las Corporaciones Autónomas Regionales.

Para los expertos de manera específica, hay una superioridad jerárquica debilitada por el hecho de que, aunque son designados por el Presidente, por tener período fijo legalmente establecido, no son de "libre remoción". Pero no es el único caso de servidores públicos con esa protección: los empleados de carrera tampoco pueden ser removidos libremente, sin que a nadie se le ocurra afirmar que por esa razón no tienen superior jerárquico.

En el caso de los expertos de la CREG hay una diferencia no por sutil de menos consecuencias frente a los de la CRA y la CRT. Mientras que en la Ley 142 se dice sobre los integrantes de las Comisiones "Artículo 71.2- Tres expertos comisionados de dedicación exclusiva, designados por el Presidente de

la República, reelegibles y no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa.", la Ley 143 que sustituyó en este punto lo referente a lo que la CREG dice sobre los expertos: "Artículo 21: "d. Por cinco (5) expertos en asuntos energéticos de dedicación exclusiva nombrados por el Presidente de la República para períodos de cuatro (4) años [...] Los expertos tendrán la calidad que determine el Presidente de la República y devengarán la remuneración que el mismo determine".

Esto significa que si bien no puede ser removidos a voluntad del Presidente, sobre ellos (los de la CREG) él es quien dispone "la calidad" que tengan y su remuneración. En la Resolución de la Superintendencia se dice que el Comité de Expertos expuso esta norma para señalar que no carecen de superior jerárquico; la Resolución no analiza qué consecuencias jurídicas podrían tener y despachó prontamente el tema, afirmando que no tienen superior jerárquico porque sus decisiones no pueden ser apeladas, lo cual —como se mostró— elimina la superioridad jerárquica de los ministros y superintendentes, entre otros.

Es posible que la similitud entre las comisiones colombianas de regulación y las del mundo anglosajón, lleve a la conclusión jurídica a que llegó la Resolución de la Superintendencia. De hecho, es bien sabido que el modelo contenido en la Ley 142 se inspiró —con acierto— en la forma de regular del Reino Unido y de Estados Unidos. Similitudes hay, por ejemplo, en la asignación que de manera directa hace la ley a las Comisiones de las funciones de regulación; similitud hay en la idea misma de que los Expertos no sean de libre remoción, etc.

Pero hay diferencias sustanciales que la prouidad para resolver la recusación olvi-

dó. *Mientras que el poder reglamentario lo ejercen los entes reguladores en esos países, en Colombia lo ejerce el Presidente con el Ministro del ramo.*

Similitudes y diferencias analizadas por la Corte Constitucional, en sentencia bien conocida⁷.

La facultad reglamentaria es de particular relevancia, si se tiene en cuenta que justamente en los últimos dos años los decretos reglamentarios han proliferado para limitar la capacidad de regulación, "direccionando" la tarea de los expertos por decisiones del Presidente y el ministro respectivo; ejemplos notables son los que se refieren al servicio de aseo⁸ y electricidad⁹ en los que incluso se direcciona la forma de regular tarifas.

La Superintendencia fundamenta la existencia de superioridad jerárquica exclusivamente en la capacidad jurídica de que un funcionario pueda modificar o revocar las decisiones de otro. Si no tiene esa posibilidad, no es superior jerárquico. Es una argumentación cuestionable por dos razones:

- i. Ignora que la superioridad jerárquica se da también si un funcionario tiene la capacidad jurídica de "direccionar" las decisiones de otro. Es decir, si sus actuaciones ex ante pueden alterar lo que haya de decidir otro. Eso es tan claro en el caso de las comisiones, que para que pueda validamente tomarse una decisión expidiendo cualquier tipo de Resolución, se necesita que por lo menos un ministro o el director del DNP estén presentes y voten favorablemente.
- ii. Si solo la posibilidad de modificar o derogar decisiones ex post fuera el criterio, entonces los superiores jerárquicos serían los jueces (concretamente el Consejo de Estado).

Recapitulando: la base legal para determinar que los expertos de las comisiones son funcionarios sin superior jerárquico no es la que la Resolución de la Superintendencia utilizó. No hay norma explícita para definir cuáles son esos funcionarios a los que se refiere el artículo 110 de la Ley 142 aunque sí hay norma clara que dice que, sin dejar de tener un superior jerárquico, contra las decisiones de varios servidores públicos no hay recurso de apelación.

Hay, por lo menos, otras razones para afirmar que los expertos y, en particular, los de la CREG sí tienen superior jerárquico.

II. TIENE LA SUPERINTENDENCIA ATRIBUCIÓN PARA DESIGNAR PARTICULARES COMO EXPERTOS AD-HOC?

La Superintendencia decidió que los expertos estaban impedidos para actuar y procedió a designar cuatro particulares como expertos ad-hoc.

Invocó el artículo 30 del CCA que dice:

La autoridad ante quien se manifieste el impedimento decidirá en el término de diez (10) días y en forma motivada, sin que contra la decisión quepa recurso; y al decidir señalará quién debe continuar el trámite, pudiendo si es preciso designar funcionario ad-hoc.

Aun aceptando que la Superintendencia es la competente para decidir sobre las recusaciones de los expertos; y también aceptando que el hecho de haber elaborado un informe técnico integrado a una propuesta para la comisión constituya un peritaje—aspecto al que haré referencia en el capítulo tercero— cabe preguntarse:

- i. ¿Tenía que designar funcionarios ad-hoc?

ii. ¿Si resolvía –motivadamente– tomar ese camino, podía designar a particulares como Expertos ad-hoc?

Sobre el primer interrogante no hay análisis en la Resolución de la Superintendencia. En los considerandos se emplean las palabras del artículo 30 del CCA; en el artículo 2.º de la Resolución se hacen cuatro designaciones a cuatro profesionales –por lo demás excelentes– fijándoles honorarios y gastos de viáticos.

Parece oportuno plantearse si es ajustado a la normatividad hacer tales designaciones.

No hay ley –o no la conozco– expresa que indique si la designación de quienes hayan de actuar como ad-hoc deben ser otros funcionarios públicos. Tampoco la hay que permita la designación de particulares.

En contraste, para el caso de los integrantes de la Rama Judicial, la Ley¹⁰ señala los requisitos para designar conjuces en los casos de recusación, impedimentos y empates (en el caso de secciones o salas), ordena que sean remunerados, indicando que para la designación se procederá “de acuerdo con las leyes procesales y los reglamentos de las corporaciones judiciales”. Para citar solo la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Código respectivo (CCA)¹¹ precisa los requisitos, los eventos para la designación, la conformación de listas y el mecanismo de sorteo para los nombramientos. La regla es precisamente la de nombrar como conjuces a particulares.

Lo propio ocurre para los “auxiliares de la justicia” (peritos, secuestres, etc.). El Código de Procedimiento Civil¹² permite su designación, indica quién los nombra, señala sus calidades y requisitos y determina como remunerarlos.

Frente al silencio legal para situaciones similares en organismos administrativos, no

se ve claro que la Superintendencia tenga atribución para designar particulares.

Repitiendo la base legal, lo que el artículo 30 dice es “... pudiendo si es preciso designar funcionario ad-hoc”. Las palabras en una ley no son ociosas y allí se habla de “funcionario ad-hoc”, lo que parece significar que se nombrarán en este caso como expertos ad-hoc a quienes tengan el carácter de funcionarios. No a unos particulares.

Por otra parte, la designación de expertos está de manera muy explícita atribuida por las leyes 142 y 143 solo al Presidente de la República, condicionado tal designación a un período y, en el caso de los de la CREG, a que se reúnan unas determinadas calidades y requisitos. La Ley 142 los somete además a inhabilidades e incompatibilidades, unas frente a lo que hayan hecho antes de su nombramiento y otras para cuando dejen el cargo. La Corte Constitucional ha dicho que la forma de integrar las comisiones tiene reserva legal¹³.

No se ve entonces, en ausencia de una atribución expresa, cómo puede la superintendente no solo abrogarse la función de designar expertos sino de escoger a unos particulares para que desempeñen la función temporalmente.

No basta entonces designar a quienes reúnan los requisitos. Habría que saber qué inhabilidades previas se aplicarían y cuáles tendrían una vez que desempeñen la función transitoriamente. Materia esta en la que no caben las analogías.

Todo lo anterior se hace aun más imperativo si se analizan las rigurosas normas sobre la creación de gasto público. Cómo podrá sufragarse el gasto de unos expertos ad-hoc, si no hay autorización legal para crear el rubro presupuestal que, en la práctica significará pagar a los expertos recusa-

dos sus emolumentos normales y, durante un tiempo, a sus sustitutos?

Tan cuidadosa es la ley en esta materia, que en situaciones similares como son los empleados públicos supernumerarios, una norma con fuerza de ley¹⁴ expresamente faculta al Gobierno para designarlos sólo cuando se presentan vacancias temporales por licencia o vacaciones y cuando existe necesidad de desarrollar actividades de carácter meramente transitorio en un organismo de la Administración. En el mismo Decreto ley se autoriza a la entidad pública para hacer las erogaciones del caso imponiendo un límite temporal de tres meses, salvo situaciones de emergencia¹⁵. Pero el punto a resaltar es que es una ley la que lo autoriza.

La Corte Constitucional advierte que la Administración no puede, a su arbitrio, designar y remunerar personal temporal. Los siguientes apartes pueden ser tan aplicables a la designación de particulares como Expertos ad-hoc, como lo indica la sentencia para los designados como supernumerarios¹⁶:

Examen de constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978.

"15. Los incisos segundo y tercero del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, son del siguiente tenor:

"También podrán vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

"En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del gobierno cuando se trate de actividades que por su

naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores".

La Corte encuentra que la confrontación del inciso tercero transcrito, con el artículo 122 superior, conduce a deducir una contradicción tal, que le obliga a retirar del ordenamiento el referido inciso. En efecto, al tenor de la mencionada norma constitucional, "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

De esta manera, si bien la Administración Pública tiene facultades constitucionales que le permiten vincular transitoriamente personal para atender las necesidades de servicio que se requieran debido a labores ocasionales que hayan de adelantarse, o a reemplazos de personal vinculado en forma permanente, lo cierto es que, según lo ordena la norma constitucional, aun en estos casos las funciones correspondientes a estos cargos transitorios además de estar previamente detalladas en la ley o reglamento que regulen la función pública en la respectiva entidad, dichos cargos deben estar previamente dispuestos en la planta de personal y apropiados los rubros correspondientes a salarios y prestaciones sociales en el presupuesto respectivo.

Ello es así, como una derivación concreta de aquellos principios superiores de rango constitucional que dominan el ejercicio de la función pública. En ésta, los funcionarios no pueden hacer sino aquello que les está expresamente autorizado por la normatividad jurídica, al contrario de lo que sucede en el terreno de las relaciones entre los particulares. Adicionalmente, esta predelimitación de las labores y de la remuneración que a ellas corresponde, contribuye a la realización del principio de eficacia predicable de la función pública, en cuanto descarta criterios de improvisación en la prestación del servicio administrativo.

16. De otro lado, también la Constitución dispone en su artículo 150 numeral 11, que los gastos de la Administración deben ser determinados anualmente en la respectiva ley de presupuesto, y que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos debe ser determinado por el Gobierno bajo los parámetros consignados en la respectiva ley marco que expida el Congreso Nacional (art. 150 num. 19 lit. e). *Lo anterior corrobora que lo referente a las obligaciones laborales que asuma la Administración Pública respecto de su personal supernumerario, debe estar definido previamente en el presupuesto correspondiente.*

17. *Por lo tanto, las normas constitucionales reseñadas establecen, sin duda, ciertos parámetros restrictivos dentro de los cuales puede ejercerse la facultad del Gobierno de vincular personal temporal. Estas restricciones o requisitos son: a. Dichas funciones deben estar previamente detalladas en la Ley o Reglamento. En el evento de reemplazo del personal permanente este requisito no ofrece mayor dificultad, pero que cuando se trata de funciones ocasionales, no ordinarias, impone una actividad tendiente a prever dichas eventualidades, para poder cumplir con la exigencia constitucional de detallar anticipadamente las labores a las que se dedicará el personal que se vincule transitoriamente, previsión que, como se dijo, debe estar consignada en una Ley o en un Reglamento Administrativo. b. Los cargos temporales que la Administración vaya a proveer, deberán estar previamente incluidos dentro de la planta de personal de la respectiva entidad, y c. Los salarios y prestaciones correspondientes a los cargos temporales, deberán estar previamente apropiados en el presupuesto correspondiente, y las partidas deben estar disponibles (he destacado).*

Tal vez por eso, al menos hasta donde es factible saberlo, lo usual es que en los frecuentes casos de impedimentos de funcionarios, el Gobierno designe a otros funcionarios para que actúen ad-hoc.

Es entonces algo dudoso que la Superintendencia tenga atribución para designar a particulares como expertos ad-hoc.

III. LOS ANÁLISIS TÉCNICOS Y LAS RECOMENDACIONES DE LOS EXPERTOS SON PERITAJES?

Dice la Resolución de la Superintendencia:

Revisando los documentos [...] se encuentra que allí se consignan conceptos que constituyen desde el punto de vista material un informe técnico y especializado, cuyo texto contiene conclusiones sobre la procedencia o no de cada uno de los argumentos esgrimidos por las empresas [...] para obtener la revisión tarifaria solicitada.

Adicionalmente, estos documentos se integran al contenido de los proyectos de resolución presentados a consideración de la comisión [...]

De las conclusiones a que llega la comisión (sic) de expertos se desprende claramente que allí se consignan claramente opiniones anticipadas que dada su significación y relevancia en la decisión final que haya de tener la solicitud de revisión tarifaria, implica la existencia de un preconcepto por parte de los expertos, quienes habrán de pronunciarse posteriormente sobre el mismo tema en la sesión de la comisión.

A esta argumentación de fondo, la Resolución de la Superintendencia agrega—como elemento procesal— el hecho de que la directora ejecutiva de la CREG, mediante auto, corrió traslado a las empresas del documento elaborado por los expertos para que en un término de tres días “ejercieran su derecho de contradicción”.

Frente a lo cual la Resolución de la Superintendencia concluye:

Por lo tanto, este traslado, *sumado a las características de informe técnico de los Documentos de Análisis*, le imprime la connotación de informe técnico de entidad oficial...

Esta particular circunstancia hace evidente que [...] los miembros del Comité de Expertos asumieron el papel de peritos frente al caso... (he destacado).

Ya había dicho la Resolución que se analizaría la recusación examinando si *"de la función señalada en el numeral 1 del artículo 2.º del Decreto 1894 de 1999 (Estructura Interna de la CREG) de estudiar los asuntos que se sometan a conocimiento y decisión de la Comisión, no se infiere que el Comité de Expertos de la CREG pueda presentar a la comisión un peritaje técnico..."*.

Lo que hace la Superintendencia es preguntarse si los expertos pueden elaborar peritajes técnicos y se contesta a sí misma diciendo que no, lo cual es cierto. Luego identifica los análisis técnicos realizados, con peritajes, cerrando el silogismo: si hicieron análisis técnicos y agregaron recomendaciones elaboraron un peritaje técnico. Al hacerlo, se colocaron en situación de prejuzgamiento y, por ende, están impedidos para tomar parte en la decisión.

En gracia de discusión, podría aceptarse que, en el caso concreto, lo que pudo haber convertido los documentos de los expertos en peritaje, fue el traslado a las empresas para que lo examinaran y presentaran sus contra-argumentos.

Pero la Resolución de la Superintendencia utiliza esa razón como complementaria a la principal: todo informe que los expertos hagan, en la medida en que sea técnico y especializado, es un peritaje. En

el fondo, este es el aspecto más trascendental para la institucionalidad de las tres comisiones.

La razón de ser de este tipo de entidades radica, justamente, en que estén integradas, al menos parcialmente, por personas que tengan los conocimientos, la experiencia y el tiempo suficientes para hacer análisis altamente especializados, técnicamente justificados y, con base en ellos, recomienden decisiones.

Si, como en el caso colombiano, las comisiones están integradas además por ministros y el director del DNP, la verdadera innovación legal fue crear un cuerpo de funcionarios de tiempo completo, dedicación exclusiva y conocimientos muy especiales, para que analicen los proyectos de regulación. Tan es así que, sin este tipo de funcionarios, no se hablaría de comisiones y la regulación estaría en manos de los ministros. En cambio, sin ministros habría comisiones.

Lo que la Superintendencia ha hecho es crear una subcategoría de informes técnicos —no prevista en las leyes— que le permitirá subjetivamente calificar algunos como "apropiados" y otros como peritajes que conducen a impedimentos. No hay una línea divisoria clara entre unos y otros, como sí la hay en el caso de los informes que los peritos rinden para ayudar a un juez a tomar una decisión judicial. Pero en el caso de la regulación, si se quiere jugar con la semántica, la ley colombiana creó una categoría de funcionarios con el deber de ser "peritos permanentes", tal como se ha hecho en otros países.

La ley podría tomar otro camino, como ocurre en la mayor parte de las funciones regulatorias del Gobierno. Tómese el caso de la fijación de tarifas de transporte o la de los precios de la gasolina: en el primer caso

el Ministro del Transporte, los gobernadores o los alcaldes fijan las tarifas sin la necesidad legal de haber examinado las bases económicas con determinados criterios. Lo mismo ocurre cuando el Ministro de Minas fija los precios de los combustibles líquidos. Si, en la práctica, estos altos funcionarios ordenan a especialistas la realización de estudios técnicos, lo hacen como una buena práctica de política, pero, se insiste, bien pueden prescindir de tales estudios y, sin violar la ley, pueden determinar tales precios por intuición o conveniencia, sin la participación previa de unos técnicos.

Pero este no es el caso de la regulación –no solo tarifaria– que la ley confió a las comisiones para los servicios públicos domiciliarios.

Otro caso ilustrativo es la regulación monetaria. De 1923 a 1963 la Junta del Banco de la República era la competente y su integración incluía al Ministro de Hacienda a los banqueros y sectores empresariales privados. En 1963 salieron esos dos grupos, ingresaron los ministros de gasto y se creó la figura de dos asesores que, en la terminología de la Superintendencia, actuaban como “peritos permanentes”, porque no tenían atribución para tomar parte en las decisiones. En 1991 salieron los ministros del gasto y seis de los siete miembros son “peritos permanentes” pero, al mismo tiempo, toman las decisiones por mayoría.

Son mecanismos institucionales con ventajas y desventajas, pero jurídicamente lo que debe mirarse es qué decidió el legislador (en el caso de la Junta del Banco, el Constituyente).

Por mandato legal expreso, en resumen, los expertos tienen el deber de elaborar análisis técnicos y hacen recomendaciones ba-

sados en los criterios que las leyes les imponen para que la comisión respectiva, con el voto favorable de uno de los ministros o del director del DNP, tomen la decisión¹⁷. Si esos informes se parecen, como efectivamente ocurre, a los peritajes, la similitud no tiene otro origen que la ley misma.

CONCLUSIONES

Es muy dudoso que la Superintendencia de Servicios Públicos sea la competente para decidir sobre las recusaciones contra expertos de las comisiones, puesto que estos sí tienen un superior jerárquico. Pero lo que definitivamente es equivocado es basar la argumentación sobre este aspecto asegurando que no lo tienen porque contra sus actos no hay recurso de apelación. Si así fuera, ni los ministros ni los superintendentes –entre otros funcionarios– tampoco tienen superior jerárquico.

La Superintendencia no tiene potestad para designar a particulares como expertos ad hoc, aun si se concluyera que es la competente para resolver las recusaciones. No solamente extralimita sus funciones sobre designaciones de personas, sino que estaría decretando la creación de gasto público para sufragar la remuneración de los particulares nombrados.

La función del Comité de Expertos de realizar análisis técnicos y formular recomendaciones a la comisión en pleno, dentro de la actuación administrativa, no convierte tales documentos en peritajes.

BIBLIOGRAFÍA

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA.
 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-401 de 1998, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

PRADA, RAMÓN. *Derecho administrativo*, t. II: Organización y empleo público, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1999.

- 1 Leyes 142 artículo 69 y 143 artículo 21.
- 2 Ley 489 artículo 38.
- 3 Ramón Prada. *Derecho administrativo*, t. II: Organización y empleo público, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1999.
- 4 Ley 142, artículo 73.17.
- 5 Ley 142, artículo 83.
- 6 Ley 142, artículo 105.
- 7 Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA.
- 8 Decretos 1713 y 891 de 2002; 1505 de 2003.
- 9 Decretos 3734 y 3735 de 2003.
- 10 Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, artículo 61.
- 11 Decreto ley 01 de 1984, artículo 99 que remite al Decreto ley 1625 de 1970.
- 12 Decretos ley 100 y 2019 de 1970, en este punto modificado por Decreto ley 2282 d 1989, artículo 8.º
- 13 Sentencia C-150 de 2003 cit.
- 14 El Decreto ley 1042 de 1978.
- 15 Decreto ley 1042 de 1978, artículo 83. Debo advertir que un análisis somero indica que está vigente o al menos lo estuvo hasta el 2000. Es posible que haya sido sustituido por otra norma legal. Pero en todo caso indica que para este tipo de situaciones hubo, al menos, una regla expresa contenida en una ley.
- 16 Sentencia C-401 de 1998, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.
- 17 Artículo 6.º del Decreto 2461 de 1999, aprobatorio de la Resolución CREG 063/99 Reglamento Interno de la CREG. Para la CRA. Artículo 10.º del Decreto 1905 de 2000, aprobatorio de la Resolución CRA 126 de 2000, Reglamento Interno.