

**CONTRATO CREG 2021 - 062 ENTRE
LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS Y
GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA**



**CONSULTORÍA PARA APOYAR LA DEFINICIÓN DE LAS CONDICIONES
REGULATORIAS Y LOS ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES BAJO LOS
CUALES SE IMPLEMENTARÁ LA ACTIVIDAD DE LA GESTIÓN
INDEPENDIENTE DE DATOS E INFORMACIÓN -GIDI-**

PRODUCTO 2

**ANÁLISIS DE MECANISMOS DE COMPETENCIA A LA ENTRADA, VIABLES Y
VÁLIDOS DESDE EL PUNTO DE VISTA REGULATORIO Y JURÍDICO, PARA LA
SELECCIÓN DEL GIDI**

CONTROL DE VERSIONES		
FECHA	DESCRIPCIÓN	VERSIÓN
Noviembre 15 de 2021	<p>Producto 2 entregado a la CREG y que incluye los comentarios y observaciones formuladas por la Entidad en las reuniones de trabajo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 7 de septiembre (Acta de inicio) • 13 de septiembre • 5 de octubre • 12 de octubre • 10 de noviembre 	0
Noviembre 17 de 2021	Producto 2 entregado a la CREG, incluye los comentarios remitidos por la entidad el 16 de noviembre de 2021.	1.0

Tabla de Contenido

1. DESCRIPCIÓN Y ALCANCE DEL CONTRATO.....	6
2. INTRODUCCIÓN.....	9
3. ALCANCE Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD DE GESTIÓN INDEPENDIENTE DE DATOS E INFORMACIÓN Y DEL GESTOR INDEPENDIENTE DE DATOS E INFORMACIÓN -GIDI-	10
3.1. Alcance y naturaleza jurídica de la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información como una nueva actividad de la cadena de prestación del servicio de energía eléctrica.	10
3.2. Alcance y naturaleza jurídica del Gestor Independiente de Datos e Información -GIDI- como nuevo agente de la cadena de prestación del servicio de energía eléctrica.	15
4. DESCRIPCIÓN DE ALGUNOS TIPOS CONTRACTUALES Y MECANISMOS DE SELECCIÓN PREVISTOS EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO.....	17
4.1. Contrato de concesión	17
4.1.1. Origen normativo.....	17
4.1.2. Características y/o reglas.....	19
4.1.3. Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI	19
4.2. Los títulos habilitantes: Licencias, permisos y/o autorizaciones	20
4.2.1. La técnica de los títulos habilitantes en el derecho administrativo	20
4.2.2. Régimen constitucional de la técnica de los títulos habilitantes en Colombia	21
4.2.3. La técnica de los títulos habilitantes a la luz de la reserva de ley en materia de intervención del Estado y la potestad administrativa de regulación.....	22
4.2.4. Sobre la aplicabilidad de los Títulos Habilitantes frente a la selección del GIDI	25
4.3. Contratos del artículo 39 de la Ley 142 de 1994	28
4.3.1. Origen normativo.....	28
4.3.2. Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente	28
Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI	29
4.3.3. Contratos de administración profesional de acciones	29
Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI	31
4.3.4. Contratos especiales a ser celebrados con entidades oficiales.....	31
4.3.5. Contratos de acceso e interconexión de bienes indispensables para la prestación de un servicio público	32
4.3.6. Contratos para la extensión de la prestación de un servicio a una persona específica	33
4.4. Áreas de servicio exclusivo - ASE	34

4.4.1.	Origen normativo.....	34
4.4.2.	Características y/o reglas.....	35
4.4.3.	ASE en recolección de basuras en Bogotá	35
4.4.4.	ASE en el sector de energía eléctrica – Zonas no Interconectadas	36
4.4.5.	Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI	37
4.5.	Asociaciones público-privadas - APP.....	38
4.5.1.	Origen normativo.....	38
4.5.2.	Características y/o reglas.....	39
4.5.3.	Leyes y Decretos reglamentarios.....	40
4.5.4.	Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI	42
4.6.	Proceso de selección del Gestor del Mercado de Gas Natural - GMGN	42
4.6.1.	Marco normativo y regulatorio	42
4.6.2.	Proceso de selección diseñado en 2013	43
4.6.3.	Proceso de selección diseñado en 2019	47
4.6.4.	Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI	56
4.7.	Proceso de selección del EPISA.....	57
4.7.1.	Generalidades del proceso de creación y funcionamiento del EPISA	57
4.7.2.	Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI	58
4.8.	Proceso de selección del ABD	59
4.8.1.	Generalidades sobre el funcionamiento y el proceso de selección del ABD.....	59
4.8.2.	Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI	61
4.9.	Elementos transversales de evaluación	61
5.	ALTERNATIVAS VIABLES PARA LA SELECCIÓN DEL GIDI	62
5.1.	Proceso reglado de selección del GIDI a cargo de la CREG.....	62
5.2.	Proceso reglado de selección del GIDI de manera conjunta por parte de los OR, en cumplimiento de parámetros regulatorios fijados por la CREG.....	63
6.	RECOMENDACIÓN SOBRE EL MECANISMO DE SELECCIÓN DEL GIDI EN COLOMBIA	66
	ANEXO 1 – CUADRO COMPARATIVO DE MECANISMOS ANALIZADOS	70

Lista de Tablas

Tabla 1 - ASE del esquema de recolección de basuras en Bogotá D.C. 36

Tabla 2 - Leyes y decretos reglamentarios relacionados con las APP..... 40

Tabla 3 - Esquema del proceso de selección del GMGN en 2013..... 44

Tabla 4- Esquema del proceso de selección del GMGN en 2019..... 50

Tabla 5 - Reglas sobre participación accionaria 51

Tabla 6 - Aspectos generales del proceso de selección del ABD 60

Tabla 7 - Elementos transversales de evaluación 61

Tabla 8 - Ventajas y desventajas de las alternativas viables..... 64

1. DESCRIPCIÓN Y ALCANCE DEL CONTRATO

El 27 agosto de 2021, la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante “CREG”) adjudicó a Germán Enrique Bacca Medina, como persona natural, el contrato 2021-062 el cual tiene como objeto apoyar la definición de las condiciones regulatorias y los aspectos jurídicos relevantes bajo los cuales se implementará la actividad de la Gestión Independiente de Datos e Información (en adelante también “GIDI”), como nueva actividad dentro de la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, lo cual incluye el mecanismo de “selección” del agente que lleve a cabo la actividad. Lo anterior, como elemento integral y fundamental para la implementación de la Infraestructura de Medición Avanzada en el SIN.

El alcance del contrato se desarrolla en 3 entregables, distribuidos a lo largo de su ejecución, cuyas actividades se enuncian a continuación:

- Primer entregable (Producto 1)

Se realizará una revisión de experiencias internacionales sobre aspectos generales y de “mecanismos” de selección y “contratación” de agentes con características comparables a las del GIDI. Esta actividad, a su vez, estará compuesta por dos bloques de información. Por una parte, una recopilación sobre los diferentes mecanismos de selección y/o designación de los agentes centralizadores de datos, así como una evaluación de ventajas y desventajas de cada mecanismo, exponiendo las razones que llevaron a considerarlo para Australia, Reino Unido y Noruega. En este punto, se hará énfasis en la relación jurídica entre el agente centralizador de datos y el regulador, la intervención de este dentro del proceso de definición de relación contractual con aquel y las condiciones que garantizan la independencia e imparcialidad del agente.

En un segundo bloque, se hará referencia a los aspectos propios del funcionamiento del agente como son: (a) los diferentes modelos/mecanismos de remuneración; (b) las alternativas para la monetización; (c) las condiciones de entrada y salida del agente (periodo de operación garantizado); (d) términos sobre funcionamiento y gestión de quien haga las veces de GIDI (indicadores de gestión y de calidad de manejo de información, garantías de funcionamiento y responsabilidad de operación, revisiones o auditorías de cumplimiento, causales de terminación anticipada) y; (e) condiciones de intercambio de información con los agentes interesados y usuarios finales (tipo, cantidad, frecuencia, calidad y flujo de la información entregada por el gestor).

Adicionalmente y de manera específica en lo que se refiere a los mecanismos de selección, será presentado un caso nacional relacionado con el servicio público de recolección de residuos sólidos en Bogotá D.C., en donde se creó el Ente Procesador de Información del Servicio de Aseo – EPISA.

- Segundo entregable (Producto 2)

Teniendo como base las funciones y competencias legales con las que cuenta la CREG en el marco de las leyes 142 y 143 de 1994 y el artículo 290 de la Ley 1955 de 2019 y, considerando la propuesta contenida en la Resolución CREG 219 de 2020, los estudios previos contratados por la CREG, la estructura y operación del sector energético colombiano y las referencias internacionales de países y modelos relevantes de que

trata el Producto 1, se propondrán diferentes mecanismos de competencia a la entrada que sean viables y válidos desde el punto de vista regulatorio y jurídico para la selección del GID. Para este objetivo, se realizará una evaluación de ventajas y desventajas de cada mecanismo. Como parte de este análisis se evaluará la relación jurídica entre el agente designado y el regulador o el nominador que lleve a cabo su selección. Asimismo, se realizará una comparación entre los diferentes mecanismos planteados en la cual se abordarán sus diferencias estructurales y el vínculo jurídico que se deriva de su aplicación. En este ejercicio, se tendrán en cuenta las referencias internacionales y nacionales incluidas en el Producto 1.

Finalmente, con base en la recopilación y análisis efectuado, se sugerirá un mecanismo de selección a aplicar en Colombia para la estructuración del GID.

- Tercer entregable (Producto 3)

Se realizará un taller virtual con las partes interesadas (convocado por la CREG), con el fin de presentar las propuestas de la consultoría. Además, se elaborará un documento final en el que se atenderán los comentarios recibidos.

Si bien el contrato fue adjudicado a una persona natural, para su ejecución se solicitó la conformación de un equipo de trabajo multidisciplinario con experiencia y preparación en las distintas áreas fundamentales para la tarea encargada.

El presente documento corresponde al **segundo entregable** del contrato.

EQUIPO DE TRABAJO

Germán Enrique Bacca Medina
Gloria Liliana Calderón Cruz
Julián Gómez Pineda

2. INTRODUCCIÓN

Revisadas las experiencias internacionales sobre mecanismos de selección o creación de agentes encargados del análisis y procesamiento de información de AMI y sus condiciones generales de funcionamiento, en este producto se analizarán escenarios viables desde el punto de vista jurídico que permitan la formulación del mecanismo idóneo o expedito para la selección del GIDI en Colombia.

Para el efecto, se partirá de las premisas o presupuestos básicos tanto de la Actividad de Gestión Independiente de datos e información como del GIDI, definidos en la propuesta regulatoria contenida en la Resolución CREG 219 de 2020 (CREG, Resolución 219 , 2020).

Acto seguido, se realizará un análisis de instrumentos formalizados de actuación administrativa, tales como, el contrato de concesión; las licencias, permisos y autorizaciones; áreas de servicio exclusivo; asociaciones público-privadas; los contratos especiales del artículo 39 de la Ley 142 de 1994. Algunos antecedentes de instrumentos empleados para los servicios públicos domiciliarios de energía y aseo, esto es, el procedimiento de selección del Gestor del Mercado de Gas Natural y la creación del ente procesador de información del servicio de aseo EPISA, respectivamente; y el caso aplicado en el sector de telecomunicaciones con ocasión de la contratación del Administrador de Base de Datos de la portabilidad numérica. La aproximación y entendimiento conceptual de cada instrumento, permitirá establecer si resulta o no aplicable para la selección del GIDI en Colombia.

Definidas las alternativas viables de vinculación del GIDI, se revisarán los procedimientos de selección de agentes encargados de prestar servicios o desarrollar actividades económicas de interés público sujetas a la intervención del Estado, que pueden ser tomados como referentes por la CREG para la selección del referido agente, con el respectivo análisis de ventajas y desventajas.

Finalmente, con base en el análisis realizado, se definirá el mecanismo que a juicio de esta Consultoría resulta idóneo para la selección del GIDI y se formularán recomendaciones generales teniendo en cuenta las mejores prácticas internacionales que sean aplicables, teniendo en cuenta la información analizada en el producto 1, así como las recomendaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC, 2021) impartidas en el concepto de abogacía de la competencia sobre el particular.

3. ALCANCE Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD DE GESTIÓN INDEPENDIENTE DE DATOS E INFORMACIÓN Y DEL GESTOR INDEPENDIENTE DE DATOS E INFORMACIÓN -GIDI-

3.1. Alcance y naturaleza jurídica de la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información como una nueva actividad de la cadena de prestación del servicio de energía eléctrica.

En las bases del Plan Nacional de Desarrollo, se identificó que los problemas de baja competencia en los mercados energéticos, la falta de condiciones para la entrada de negocios descentralizados y los cambios requeridos por la incorporación de nuevas tecnologías, requieren acciones para adaptarse de forma apropiada a los nuevos retos y revisar los modelos y las estructuras de las cadenas de prestación del servicio. (DNP, 2019, pág. 663) Por esta razón, deberá avanzarse en la definición del enfoque de gobernanza de datos sectoriales que viabilice un mercado de datos armónico entre el usuario y los demás actores, que vaya articulado a la penetración de AMI, así como a la digitalización para los otros usos que se deriven de este nuevo mercado; para promover la competencia se debe migrar a un sistema donde los agentes y el público en general puedan conocer en tiempo real los datos del mercado y las transacciones, a fin de que les sea posible optimizar sus decisiones. (DNP, 2019, pág. 668)

En desarrollo de lo anterior, el artículo 290 de la Ley 1955 de 2019 “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*” (Congreso de Colombia, 2019) determinó que la CREG en el ejercicio de sus funciones de garantizar la prestación eficiente del servicio público, promover la competencia, evitar abusos de posición dominante y garantizar los derechos de los usuarios, en el marco de la regulación de los servicios de gas combustible, energía eléctrica y alumbrado público, incluirá:

- (i) La definición de nuevas actividades o eslabones en la cadena de prestación del servicio que estarán sujetas a la regulación vigente;
- (ii) La definición de regulación aplicable a los agentes que desarrollen las nuevas actividades que también estarán sujetos a la regulación vigente;
- (iii) La determinación de la actividad o actividades en que cada agente de la cadena puede participar;
- (iv) Las reglas de gobernanza de datos e información que se produzca como resultado del ejercicio de las actividades de los agentes que interactúan en los servicios públicos y
- (v) La optimización de requerimientos de información y su validación a los agentes de los sectores regulados.

Asimismo, en los parágrafos de esta norma, se estableció lo siguiente:

“PARÁGRAFO PRIMERO. No obstante, lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, la CREG podrá modificar las fórmulas tarifarias durante su vigencia cuando ello sea estrictamente necesario y motivado en la inclusión de nuevos agentes, actividades o

tecnologías, cumpliendo con los criterios establecidos en dicho artículo para la implementación de la regulación.

PARÁGRAFO SEGUNDO. El objeto de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, junto con sus actividades complementarias, en lo que tiene que ver con la prestación de los servicios de que trata la Ley 142 de 1994, continuará siendo prevalente con respecto a las demás actividades desarrolladas por aquellas en los términos de lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes del Código de Comercio.

PARÁGRAFO TERCERO. Las competencias establecidas en este artículo podrán ser asumidas por el Presidente de la República o por el Ministerio de Minas y Energía según a quien corresponda la función delegada en la CREG.” (Destacado intencional)

Previo a definir la naturaleza jurídica de la Actividad de Gestión Independiente de Información y Datos a partir de la propuesta de definición de dicha actividad contenida en la Resolución 219 de 2020 (CREG, Resolución 219, 2020), es preciso analizar el alcance de las facultades conferidas por el legislador a la CREG en el artículo 290 de la citada ley.

La ley asignó la facultad a la CREG de definir nuevas actividades o eslabones en la cadena de prestación de los servicios públicos regulados, en este caso, energía eléctrica; estableciendo que esas actividades estarán sujetas a la regulación vigente. Así mismo, la Comisión podrá definir la regulación aplicable a los agentes que desarrollen dichas actividades, quienes por ministerio de la ley, también serán sujetos a la regulación y adicionalmente podrá determinar la actividad o actividades en que cada agente puede participar.

Teniendo en cuenta que la finalidad de esta Consultoría consiste en la formulación del mecanismo idóneo para la selección del Gestor que desarrollará la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información, es importante establecer si la CREG tiene competencia para establecer las reglas para la selección de este nuevo agente al amparo del artículo 290 o si, para el efecto, requiere de un desarrollo reglamentario que le permita expedir regulación para adelantar un proceso de selección del GID¹.

Al respecto, debe señalarse que la jurisprudencia y doctrina especializada han señalado que la función de regulación es distinta a la función legislativa y reglamentaria y aun cuando es típicamente administrativa, tiene características especiales que le permiten diferenciarse; en este sentido, cuando el Presidente ejerce la función regulatoria no debe hacerlo a través de actos reglamentarios, ni constitucionales u otra clase de actos administrativos, pues la competencia regulatoria se ejerce mediante actos de intervención del Estado en la economía y, en el caso de los servicios públicos domiciliarios, en desarrollo de las atribuciones constitucionales atribuidas al Presidente.

La función de regulación deriva de la Constitución Política, en especial de los mandatos contenidos en el artículo 334, que ordena la intervención del Estado en la economía, previo mandato de la ley; en el artículo

¹ Ver artículo 45 del proyecto de resolución publicado mediante la Resolución CREG 219 de 2020

365 el cual establece que, en todo caso, la regulación de los servicios públicos estará a cargo del Estado; y en el artículo 370 que faculta al Presidente de la República para señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Se trata de una función que, en principio, le corresponde al Presidente pero que puede delegar con los límites previstos en el artículo 211 de la Carta. (Atehortúa Ríos, 2006, pág. 80 y 81)

La función regulatoria del Presidente se encuentra delegada en las Comisiones de Regulación, en virtud de los Decretos 1524 y 2253 de 1994, en concordancia con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, quienes se encuentran facultadas para expedir normas de orden público de intervención económica sobre los servicios públicos a su cargo, que permitan el control y eficiencia de tales servicios.

La Corte Constitucional (Corte Constitucional, 1998), (Corte Constitucional, 2000) ha señalado que es necesario establecer una diferencia entre la potestad reglamentaria y la función regulatoria de los servicios públicos. Por ello, circunscribe la facultad reglamentaria únicamente a la expedición de ciertas disposiciones que permitan verificar o desarrollar el cumplimiento de la ley, sin que ello conlleve la posibilidad de vaciar la competencia de los organismos especializados de carácter técnico que coadyuvan al Presidente de la República en el desarrollo de los aspectos de regulación económica de los servicios públicos.

En el caso concreto, por tratarse de una actividad típica y propia de la intervención económica en materia de servicios públicos, la Ley Nacional del Plan de Desarrollo 2018-2022, le confirió la posibilidad de manera directa a la CREG de definir nuevos agentes y actividades en la cadena de prestación de los servicios por ella regulados; competencia que a juicio de esta Consultoría, es completa, en la medida en que establece con precisión lo que puede y debe hacer la CREG cuando identifique la necesidad de regular nuevos agentes para garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos, promover la competencia, evitar abusos de posición dominante y garantizar los derechos de los usuarios.

Por lo tanto, si la CREG cuenta con facultad expresa de ley para definir la actividad, el agente, las actividades en las que puede participar y las reglas de gobernanza de los datos que gestione, en consecuencia también puede expedir las reglas del mecanismo de selección y condiciones de creación del agente, como en efecto se plantea en la propuesta regulatoria sometida a discusión sectorial desde 2020, sin que para ello requiera de un acto reglamentario que le permita proceder en ese sentido.

Ahora bien, para el ejercicio de la facultad conferida, consideramos que la CREG puede definir nuevas actividades y agentes en el marco del procedimiento para expedir regulación de carácter general con observancia de lo previsto en el artículo 8 y siguientes del Decreto 2696 de 2004; así mismo podrá, de manera concomitante o posterior a la definición regulatoria de la nueva actividad en la cadena de prestación de los servicios regulados, modificar fórmulas tarifarias de conformidad con lo establecido en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con el párrafo primero del artículo 290 de la Ley 1955 de 2009.

Finalmente, en cuanto a lo establecido en el párrafo tercero del ya citado artículo 290, respecto a que las competencias establecidas en dicha norma podrán ser asumidas por el Presidente de la República o por el Ministerio de Minas y Energía según a quien corresponda la función delegada en la CREG; debe señalarse que este artículo será aplicable únicamente en tanto el Presidente o el Ministerio decidan avocar competencia porque estiman que tienen la potestad de retomar o asumir la actividad delegada en la CREG, lo cual será un asunto a definir coordinadamente por las autoridades administrativas sectoriales, sin que ello implique de manera alguna que la CREG requiere, en este momento, un acto reglamentario como presupuesto para ejercer las facultades delegadas en la ley.

Superado lo anterior, la CREG analizó que la gestión independiente de datos, como elemento esencial de AMI, es una nueva actividad del servicio público domiciliario de energía eléctrica, diferente a las actividades tradicionales y complementarias de generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión establecidas en el artículo 14.25 de Ley 142 de 1994.

Se trata de una actividad que trasciende la esfera del interés particular de los usuarios y prestadores del servicio público de energía e involucra el interés general asociado con el control, la prestación eficiente del servicio y la gestión eficiente de la energía en el marco de la Ley 1715 de 2014, el Decreto 1073 de 2015 y las Resoluciones MME 40072 de 2018, 40483 de 2019 y 40142 de 2020, como quiera la gestión de la información proveniente de los medidores servirá, entre otros, para la gestión comercial, la planeación y operación del sistema, la gestión de pérdidas; así como para facilitar esquemas de eficiencia energética, la respuesta a la demanda y la implementación de nuevas tecnologías; todo esto sin dejar de lado el rol dinamizador de competencia que tendrá el desarrollo de esta nueva actividad. Para la CREG la gestión independiente de datos e información es una actividad que se encarga de un activo intangible esencial para la organización y la prestación del servicio de energía eléctrica; en este sentido, este activo debe gestionarse de forma centralizada para alcanzar las economías de escala de dicha actividad y garantizar el libre acceso de los demás prestadores. (CREG, Documento D-175-2020 CONDICIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE AMI EN EL SIN, 2020, págs. 70 -71)

Con sustento en lo anterior y con fundamento en el artículo 290 de la Ley 1955 de 2019, el artículo 40 del proyecto de resolución publicado mediante la Resolución 219 de 2020 (CREG, Resolución 219 , 2020) definió la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información así:

“Artículo 40. Gestión Independiente de Datos e Información. Atendiendo lo dispuesto en el artículo 290 de la Ley 1955 de 2019, como parte de la actividad complementaria de medición avanzada dentro de la cadena de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica se establece la actividad de Gestión Independiente de Datos e Información que consiste en recopilar, administrar, mantener, procesar, transferir y publicar los datos de energía eléctrica obtenidos de los medidores avanzados, y los resultantes de agregaciones o análisis en los términos requeridos en la regulación. También incluye los procesos asociados con el diseño de la herramienta tecnológica que permita al usuario realizar el cambio de comercializador en línea, la garantía al acceso a la información de tarifas, así como de productos y servicios ofrecidos por los prestadores

del servicio y las demás funciones que defina esta resolución y la regulación adicional donde se especifique el modelo de su remuneración.”

Para la CREG la gestión independiente de datos e información es una actividad que involucra un activo intangible para la organización y la prestación del servicio de energía eléctrica: la información derivada de AMI, considerada como un bien esencial de este servicio público. Este activo puede emplearse, entre otros objetivos, para promover y reforzar la competencia entre los diferentes actores o agentes para mejorar el bienestar de los usuarios.

La gestión de la información resultante de AMI se caracteriza, en primer lugar, por servir de insumo para la organización y prestación del servicio de energía eléctrica a cargo de todos los agentes que intervienen en la cadena de prestación del servicio, en la medida en que el acceso a dicha información servirá para el óptimo desarrollo de las respectivas funciones de los prestadores, comercializadores y distribuidores del servicio, así como para las autoridades administrativas sectoriales encargadas de las funciones de regulación, inspección, vigilancia y control y fijación de política pública.

En segundo lugar, la gestión de la información de AMI no es una actividad susceptible de ser replicada ni sustituida de manera rentable, dadas las restricciones técnicas y las economías de escala asociadas; por tratarse de un activo único dentro de la cadena de prestación del servicio de energía y dado el volumen de la información, la economía de escala eficiente para la actividad de gestión independiente de datos e información es uno (1). Es decir, replicar esta actividad de manera rentable y sostenida en el tiempo no es un proyecto viable para más de un participante en el largo plazo.

En tercer lugar, la gestión de datos es una actividad necesaria para atender a los usuarios y para permitir la optimización de las actividades de comercialización y distribución de la cadena de prestación del servicio de energía eléctrica. Lo anterior, porque promueve la adecuada prestación del servicio al permitir condiciones simétricas de acceso a la información de los patrones de consumo de los usuarios por parte de los comercializadores del servicio de energía eléctrica, lo cual elimina barreras de entrada a potenciales competidores en el eslabón de comercialización, asociadas a la asimetría o imposibilidad de acceder a la información (CREG, Documento D-175-2020 CONDICIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE AMI EN EL SIN, 2020, pág. 65).

De otra parte, la gestión de la información que arrojen los medidores inteligentes, facilitará la lectura de los consumos ya que se realizará de forma remota; mejorará la relación y comunicación con los usuarios; facilitará la obtención de información sobre el estado de la red de distribución e identificación de fallas; contribuirá a mejorar los índices de calidad del servicio en la red de distribución; facilitará los procesos de corte y reconexión de usuarios porque serán de forma remota y, se reducirán las pérdidas no técnicas por fraude y manipulación de medidores².

² Ministerio de Minas y Energía, ABC sobre Infraestructura de Medición Avanzada (AMI). Página web consultada en: <https://www.minenergia.gov.co/infraestructura-de-medicion-avanzada>

En virtud de lo anterior, el artículo 42 del proyecto titulado como “*Información esencial para la prestación del servicio*” señaló que los datos de energía eléctrica y los resultantes de agregaciones o análisis constituyen un bien esencial para la prestación del servicio público domiciliario de energía.

Teniendo claridad sobre el concepto y alcance de la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información y sobre la caracterización de esta última como bien esencial para la prestación del servicio público de energía, como presupuesto básico del análisis que sigue sobre el instrumento de formalización de la actuación administrativa que permitirá la selección del agente que tendrá a cargo las funciones del GIDI, se concluye que la naturaleza jurídica de la actividad en mención no es otra que una actividad económica de interés público definida por la CREG al amparo del artículo 290 de la Ley 1955 de 2019, primordial e indispensable para la implementación de AMI, con efectos y alcances sobre la competencia en el mercado de energía eléctrica, sujeta a la intervención del Estado y sometida a la regulación de la CREG en virtud de la referida ley.

3.2. Alcance y naturaleza jurídica del Gestor Independiente de Datos e Información -GIDI- como nuevo agente de la cadena de prestación del servicio de energía eléctrica.

El Gestor Independiente de Datos e Información -GIDI- es el agente que desarrollará la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información, cuya responsabilidad se traduce en: recolectar y gestionar de manera transparente, neutral e independiente la información arrojada por los medidores inteligentes, así como su procesamiento, análisis, reporte y difusión que servirá de insumo para actividades tales como la facturación del servicio, entre otras.

A partir de la revisión de la experiencia internacional, la CREG identificó la tendencia a la centralización de la gestión de la información, lo que conlleva a la posibilidad de asignar esta actividad a un tercero que deberá desempeñar sus funciones con neutralidad y transparencia frente a los demás agentes que participan en la prestación del servicio de energía eléctrica. En consecuencia, no podrán desempeñar las funciones de GIDI ninguno de los actuales agentes de la cadena de prestación del servicio de energía (generadores, transmisores, comercializadores, distribuidores, SIC, LAC, CND), así como tampoco podrá el GIDI encontrarse en situación de control directo o indirecto, conflictos de interés o acuerdos con agentes que desarrollen alguna de las actividades de la cadena de prestación del servicio y sus actividades complementarias. (CREG, Documento D-175-2020 CONDICIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE AMI EN EL SIN, 2020, pág. 66)

Respecto de las responsabilidades del GIDI, además de ser el centralizador de la información del país y, por ende, el encargado de mantener la integridad de los datos de manera continua, la CREG estima que este nuevo agente: (i) desarrolle plataformas que permitan realizar consultas de energía eléctrica por parte de todos los usuarios (sumado a los usuarios del servicio público se incluyen como usuarios de la información a los comercializadores que toman los datos para facturación o a las entidades de regulación, vigilancia y control para sus propósitos particulares) desde cualquier dispositivo; (ii) sea el centralizador de información de las tarifas que ofrecen los distintos comercializadores en un mismo mercado y (iii) sea el punto inicial

para adelantar trámites de cambio de comercializador en línea, de tal manera que el procedimiento de cambio de comercializador sea más ágil y visible para el usuario.

Tomando en cuenta este nuevo rol que dinamizará la competencia, la CREG insiste -de manera reiterada y categórica- en la independencia que debe tener el GIDI frente a los demás actores de la cadena de prestación del servicio actual, con el fin de tener una completa imparcialidad en la presentación, procesamiento y análisis de los datos. (CREG, Documento D-175-2020 CONDICIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE AMI EN EL SIN, 2020, pág. 57)

La propuesta regulatoria contenida en la Resolución 219 de 2020, define al GIDI en el artículo 41 del proyecto de resolución así:

“Artículo 41 Gestor Independiente de Datos e Información, GIDI. Es la persona prestadora de servicios públicos domiciliarios, organizada en los términos del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 y con objeto social de carácter cerrado, encargada de realizar las funciones de la actividad de gestión independiente de datos e información.

El agente que lleve a cabo el desarrollo de estas actividades deberá hacerlo de manera neutral, transparente, objetiva e independiente, para lo cual no podrá encontrarse en situación de control directo e indirecto, conflictos de interés o acuerdos con agentes que desarrollen alguna de las actividades de la cadena de prestación del servicio y sus actividades complementarias.”

Según la naturaleza jurídica formulada para el Gestor en la propuesta de la CREG y teniendo en cuenta la independencia que debe tener frente a los demás actores de la cadena de prestación del servicio, esta Consultoría considera que la persona que haga las veces de GIDI, deberá enmarcarse dentro de los supuestos del artículo 15.2 de la Ley 142 de 1994³, es decir, una persona jurídica que produzca como consecuencia de su actividad principal, bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos. En efecto, el GIDI realizará la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información que servirá de insumo fundamental para el desarrollo de múltiples actividades propias del objeto de las empresas del servicio público domiciliario de energía eléctrica, esto teniendo en cuenta que la actividad, recae sobre los datos e información derivada de AMI, considerados como un bien esencial para el servicio.

Consecuentemente, el GIDI estará sometido a la regulación de la CREG y a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y le serán aplicables las reglas previstas en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 142 de 1994.

³ ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS. Pueden prestar los servicios públicos: (...)

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

4. DESCRIPCIÓN DE ALGUNOS TIPOS CONTRACTUALES Y MECANISMOS DE SELECCIÓN PREVISTOS EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO

En este capítulo se hará referencia a algunos tipos contractuales y mecanismos de selección propios de la legislación colombiana, con el fin de abordar sus características principales y determinar cuáles de ellos pueden ser idóneos para el diseño e implementación del proceso de selección del GIDI. Es importante mencionar que, si bien estas figuras se presentarán en un mismo bloque argumentativo, esto no quiere decir que sean de la misma categoría desde el punto de vista de derecho administrativo. Por una parte, los contratos de concesión, los títulos habilitantes (licencias, permisos y/o autorizaciones) y los contratos del artículo 39 de la Ley 142 de 1992, son tipos contractuales del sector público, cuya función es la de formalizar la vinculación de personas naturales o jurídicas seleccionadas para ejecutar un proyecto o actividad determinada. De otro lado, las Asociaciones Público-Privadas - APP, Áreas de Servicio Exclusivo - ASE son estructuras jurídicas diseñadas para buscar objetivos particulares de la administración como pueden ser el de vincular al sector privado de manera más estrecha a un proyecto de infraestructura o, establecer la existencia de zonas geográficas particulares sobre las cuales se concede un monopolio, respectivamente. Por último, se incluirán 3 experiencias particulares de procesos de selección, con el fin de obtener una visión holística, previa a la recomendación objeto de la presente consultoría.

4.1. Contrato de concesión

4.1.1. Origen normativo

Desde la perspectiva del derecho positivo colombiano, el contrato de concesión se encuentra definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 así:

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, basada a su vez en la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la anterior norma resulta que el contrato de concesión tiene las siguientes características o elementos básicos:

“(i) implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii) la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación,

gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; (iii) puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo; (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas” (Corte Constitucional, 2009)

Ahora bien, a pesar del carácter unitario que la norma citada pretende darle al contrato de concesión, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ ha identificado, por lo menos, tres modalidades distintas de dicho contrato: (i) concesión para la prestación de un servicio público; (ii) concesión para la construcción, operación y explotación de una obra pública, y (iii) concesión para la administración y explotación de un bien de carácter público. Sin embargo, también ha precisado el Consejo de Estado que *“el contrato de concesión no necesariamente debe circunscribirse, en su objeto, a las tres modalidades enunciadas”*, sino que también puede a otras modalidades atípicas que puedan tener elementos de cada una de ellas u otros necesarios para la satisfacción de la necesidad⁵.

Para el propósito de esta Consultoría, nos interesa el contrato de concesión de servicios públicos, el cual, según la jurisprudencia, *“tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente”* (Corte Constitucional, 1996).

En ese sentido, como se desprende del anterior marco, para que pueda darse aplicación a la figura del contrato de concesión y, más específicamente, a la concesión de servicios públicos, el primer requisito se encuentra en que el objeto del negocio jurídico recaiga sobre un servicio público del cual sea titular o competente la autoridad administrativa que obra concesionaria o, como dice la jurisprudencia constitucional citada, que se trate de un servicio que es responsabilidad de la administración.

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 23 de agosto de 2013, radicación 2.148; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 13 de agosto de 2009, radicación 1.952, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de marzo de 2007, expediente 11.542

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 26.939

4.1.2. Características y/o reglas

En términos generales, cuando se habla de contrato de concesión se hace referencia a un mecanismo contractual a través del cual una autoridad administrativa (concedente) entrega a un particular (concesionario) la gestión de un bien, obra o servicio a efectos de que este asuma el riesgo de tal gestión y reciba como retribución los réditos derivados de la explotación económica del bien, obra o servicio (Richer, 2016).

El contrato de concesión es una de las modalidades contractuales más tradicionales del derecho administrativo (Escola, 1979), el cual ha sido utilizado con diversas finalidades, pero especialmente como mecanismo para delegar en un particular el ejercicio de un poder o de un derecho del cual es titular el Estado (Garrido Falla, 2012). Desde esa perspectiva, la figura de la concesión ha servido históricamente como un medio para la gestión de servicios públicos, el desarrollo de obras públicas y la explotación de bienes públicos, siendo incluso relevante en ámbitos industriales y del ejercicio de funciones públicas (Blanquer Criado, 2012).

El contrato de concesión opera entonces sobre bienes, obras y servicios de titularidad pública (Santofimio Gamboa, 2012) o, al menos, cuya gestión es de competencia de una autoridad administrativa (Carlón Ruiz, 2019). Así, para la celebración de un contrato de concesión, se exige una especie de *publicatio* -declaración de carácter público de la actividad- del bien, obra o servicio que será objeto del contrato de concesión (Blanquer Criado, 2012), pues lo cierto es que solo es posible entregar en concesión aquello de lo que el poder público es titular o competente (Gordillo, 2014).

Sin perjuicio de la anterior precisión, en términos generales, el contrato de concesión supone: (i) la titularidad o competencia administrativa del bien, obra o servicio; (ii) la financiación privada por parte del concesionario de las actividades; (iii) la gestión del bien, obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario, y (iv) una remuneración que suele ser basada en la explotación del bien, obra o servicio (Blanquer Criado, 2012).

4.1.3. Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GDI

De lo expuesto hasta aquí, surge la inquietud de si la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información que se prevé que sea realizada por el GDI es, en efecto, un servicio público y, en caso de que lo sea, si se trata de un servicio público que es responsabilidad de la CREG, aspectos sobre los cuales la propia Comisión asumió una posición clara desde la formulación de la propuesta regulatoria contenida en la Resolución 219 de 2020 (CREG, Resolución 219, 2020), como se analizó en el numeral 2 de este producto. La definición y alcance de la actividad son entonces el punto de partida necesario para la solución de la inquietud mencionada.

Señalamos que la Actividad de Gestión Independiente de Datos e información se caracteriza por ser una actividad de interés público primordial e indispensable para la implementación de AMI, con efectos y alcances sobre la competencia en el mercado de energía eléctrica, sujeta a la intervención del Estado y sometida a la regulación de la CREG en virtud de la ley. De esta manera, es claro que no se trata propiamente de un servicio público, sino de una actividad privada en la cual tiene interés el Estado y que

tiene una relación directa con la adecuada y eficiente prestación del servicio público de energía eléctrica, como quiera que recae sobre la gestión de un bien esencial para la prestación del servicio público domiciliario, como lo señala expresamente el artículo 42 del proyecto regulatorio.

Entonces, como la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información no se trata propiamente de un servicio público desde el punto de vista del artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993, no puede considerarse su entrega en concesión pues, como se vio, las concesiones operan sobre bienes públicos, obras o servicios públicos, categorías en donde no encaja la actividad objeto de análisis. Adicionalmente, ni de la naturaleza de la misma ni de las funciones legales y reglamentarias de la CREG, puede concluirse que esta entidad sea la titular, la competente o la responsable de la actividad en sí misma, consideración adicional que impide la posibilidad de su otorgamiento a un particular a través de un contrato de concesión.

4.2. Los títulos habilitantes: Licencias, permisos y/o autorizaciones

4.2.1. La técnica de los títulos habilitantes en el derecho administrativo

La técnica de los títulos habilitantes o más tradicionalmente conocidas en el derecho administrativo como autorizaciones -que incluye, por supuesto, a las licencias y permisos que suelen ser simplemente denominaciones que la legislación da a la misma figura de los títulos habilitantes-, es uno de los mecanismos que más frecuentemente utiliza el Estado para la intervención en una actividad económica, sea como condicionamiento específico para el ejercicio de la actividad o requisito previo para el disfrute de un derecho preexistente. Se trata, de una de las herramientas más importantes de la policía administrativa, como actividad mediante la cual se hace la ordenación de la vida social de los administrados.

En ese sentido, la doctrina ha expresado que *“las autorizaciones, en general, también calificadas en las normas como licencias y permisos, son la fórmula principal por la que las administraciones públicas controlan previamente la legalidad, adecuación o idoneidad de ejercicio de derechos preexistentes o actividades pretendidas por parte de los ciudadanos u operadores económicos”* (Bermejo Vera, 2018). Ahora bien, esta fórmula de intervención del Estado sobre los derechos o actividades privadas se concreta formalmente con la producción de un acto administrativo que habilita el ejercicio del derecho preexistente o la realización de la correspondiente actividad económica, que son las llamadas autorizaciones administrativas.

Al respecto, se destaca que la doctrina especializada ha definido esa clase de actos administrativos como aquel que *“declara el derecho a realizar una actividad, previa comprobación de que el interesado cumple los requisitos previstos en la normativa”* (Laguna de Paz, La autorización administrativa, 2006) o como *“un acto de la administración por el que esta consiente a un particular el ejercicio de una actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente”* (García de Enterría, 2020).

Para la aplicación de la noción de autorización administrativa, debe partirse en todo caso de que uno de los principios básicos de la actividad de ordenación o de policía administrativa -que, sin duda, se traslada

al ejercicio de la potestad de intervención del Estado en la economía- consiste en la prohibición general de someter el ejercicio de una libertad pública, incluyendo por supuesto, las libertades económicas, a una autorización o habilitación previa por parte del Estado (Delvolvé, 2021). De esta manera, el punto de partida será siempre la existencia de una libertad para el ejercicio de las actividades económicas privadas y la excepción será la necesidad de una autorización administrativa o de cualquier otra clase de título habilitante para el ejercicio de una actividad o el disfrute de un derecho.

4.2.2. Régimen constitucional de la técnica de los títulos habilitantes en Colombia

Ese principio general mencionado se encuentra consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, según el cual, *“la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”*. Sin embargo, el mencionado principio general no es absoluto, pues lo cierto es que el artículo 334 de la misma Constitución señala que el Estado *“intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”*.

Es decir, que en Colombia el principio básico es la libertad en el ejercicio de los derechos y la realización de las actividades económicas, pero que la ley puede disponer la posibilidad de que, por motivos de interés público, el Estado pueda limitar o delimitar esa libertad general, lo cual se hace a través de diversos instrumentos, incluyendo a la denominada regulación económica y a las autorizaciones administrativas. Por ello, la Corte Constitucional ha sostenido que:

“...si bien la Constitución ha elevado la libertad de empresa a la calidad de principio rector de la actividad económica, el Legislador se encuentra facultado para establecer restricciones en este campo [...] La libertad del individuo en materia económica, si bien está protegida por la Constitución, también se encuentra limitada por la prevalencia del interés general, por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha desarrollado” (Corte Constitucional, 1998).

De esta manera, para que en el derecho colombiano sea posible solicitar un título habilitante o un acto de autorización para el desarrollo de una actividad económica específica se requiere que previamente el legislador hubiera intervenido la respectiva actividad y fijado el régimen jurídico correspondiente que permita a las autoridades administrativas, implícita o explícitamente, la solicitud de títulos habilitantes.

En ese sentido, se destaca que si bien existe una especie de reserva de ley para la exigencia de actos de autorización de una actividad económica, esto es, que se requiere de una habilitación legal expresa para el efecto, dicha habilitación no puede ser entendida en términos absolutos en el sentido de que

necesariamente se requiere de una ley que de manera explícita e inequívoca establezca la autorización administrativa y el régimen jurídico, pudiendo entonces limitarse la ley a fijar el régimen básico de la intervención del Estado y deferir a las autoridades administrativas el desarrollo de los instrumentos específicos de intervención, lo cual es especialmente cierto cuando se trata de la intervención en materia de regulación de servicios públicos prevista en los artículos 365 y 367 de la Constitución Política, como se pasa a explicar con más detalle a continuación.

4.2.3. La técnica de los títulos habilitantes a la luz de la reserva de ley en materia de intervención del Estado y la potestad administrativa de regulación

Frente a ese régimen constitucional de las autorizaciones administrativas aparece la inquietud de cuál es la extensión de la necesidad de la habilitación legal para su exigibilidad por parte de las autoridades. En esa dirección, podrían interpretarse las normas constitucionales en el sentido de que impliquen una interdicción para que, vía regulación, pueda crearse la exigencia de un título habilitante especial o una autorización administrativa para la realización de una actividad económica relacionada con la prestación de los servicios públicos.

Al respecto, en primer lugar, de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional, *“la función de regulación de las actividades económicas por parte de las autoridades del Estado es una modalidad de la potestad de intervención del mismo en ellas, cuyo propósito general es lograr la efectividad de los fines sociales de aquel y corregir los defectos o imperfecciones del mercado”* (Corte Constitucional, 2005). Así mismo, ha dicho la Corte Constitucional que *“la regulación de los servicios públicos es entonces una de las formas de intervención del Estado en la economía”* (Corte Constitucional, 2013).

Frente a ese entendimiento de la función administrativa de regulación, debe hacerse notar que la Corte Constitucional igualmente ha reconocido que, si bien es cierto que de los artículos 150-21, 365 y 367 resulta que existe una especie de reserva de ley en la materia, la realidad es que dicha reserva de ley solo se extiende a *“las decisiones básicas con el fin de definir el régimen de la regulación”* (Corte Constitucional, 2003) y no es absoluta. Así, para la jurisprudencia constitucional es claro que al legislador únicamente le corresponde de manera exclusiva *“la misión de formular las normas básicas relativas a la naturaleza, la extensión y la cobertura del servicio público”* (Corte Constitucional, 2003).

En ese orden de ideas, asumir que todo debe estar detalladamente predeterminado por el legislador, resultaría contrario al entendimiento que tiene la Corte Constitucional sobre la reserva de ley en materia de intervención del Estado en la economía y, particularmente, sobre la reserva de ley en materia de regulación de servicios públicos. En ese sentido, no es cierto que se requiriera una norma de rango legal que expresamente autorice una habilitación administrativa para la realización de una actividad económica asociada a la adecuada prestación de los servicios públicos, pues ello no forma parte de las normas básicas del régimen del servicio público, que son las que tienen reserva de ley.

Pero, pretender una reserva de ley absoluta resultaría absurdo desde el punto de vista de la naturaleza y la lógica de la función de regulación económica. En efecto, como también lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, dentro del contenido de la función de regulación se encuentra *“la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos*

predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador” (Corte Constitucional, 2003), facultad que carecería de sentido si se aceptara que la reserva de ley tiene un alcance absoluto, pues ello implicaría que todo debe estar autorizado expresamente en la ley, lo cual vaciaría de contenido el ejercicio de la facultad normativa de regulación, en tanto que la reserva de ley, con ese alcance absoluto, llenaría todo el posible contenido de la función de regulación.

En concordancia con lo anterior, debe recordarse lo expresado por la Corte Constitucional en el sentido de que *“la potestad regulatoria implica una libertad relativamente amplia en cuanto a los medios que están al alcance de las entidades gubernamentales encargadas de ejercer la facultad regulatoria”* (Corte Constitucional, 2018), lo cual es perfectamente coherente con la idea de que la reserva de ley en materia de regulación de servicios públicos tiene un carácter muy limitado en tanto que solo se extiende a los asuntos básicos y esenciales de los servicios públicos. Así, la consecuencia principal del carácter limitado de la reserva de ley es el reconocimiento de una importante amplitud de las potestades administrativas, entre ellas, de la potestad de regulación de los servicios públicos, en virtud de las cuales será posible que, siempre que no viole la ley y que cumpla con las finalidades constitucionales de dicha potestad, se adopten medidas que no se encuentran expresamente previstas por el legislador.

En ese sentido, se insiste en que en el ejercicio de la función administrativa de regulación la jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de una variada clase de contenidos específicos en los cuales ella se puede concretar. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

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

regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.

“A estos elementos de la función estatal de regulación, se puede sumar otro que ha conducido a que el esquema de regulación adoptado por el constituyente o el legislador adquiera rasgos específicos. En efecto, en algunos sectores, se presenta la necesidad de proteger los derechos de las personas. Cuando ello ocurre, la función de regulación se orienta en sus aspectos estructurales, instrumentales y procedimentales al cumplimiento de esa finalidad primordial. Es lo que sucede en el sector de los servicios públicos donde la Constitución ha protegido específicamente los derechos de los usuarios (artículos 78 y 369 C.P.). Ello conduce a que en estos ámbitos la función de regulación estatal esté orientada constitucionalmente al logro de unos fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367 C.P.) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365 C.P.)” (Corte Constitucional, 2003).

Así las cosas, el órgano regulador tiene a su disposición una variada gama de medios para ejercer la función administrativa de regulación, medios que deben tener como finalidad no solo la protección del mercado y de la libre competencia, sino también la protección de los usuarios y el fin de solidaridad. Entonces, la función de regulación, como expresión de la intervención del Estado en la economía, que *“es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones – además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad (...)– se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad”* (Corte Constitucional, 2003). Con ello, es claro que no es correcto exigir que el legislador señale de manera exhaustiva la totalidad de las actividades o de decisión que puede llevar a cabo o adoptar un órgano regulador, pues lo cierto es que la naturaleza propia de la actividad administrativa de regulación involucra una importante carga de discrecionalidad que le permite adoptar las medidas necesarias para cumplir con el deber de garantizar el funcionamiento adecuado de los servicios públicos.

Pero, además, la misma Corte Constitucional ha destacado la importancia de la intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos, la cual, de acuerdo con las valoraciones que haga la autoridad competente sobre lo estratégico de la actividad o servicio, permite la posibilidad de eliminar la iniciativa privada y obligar a que sea el Estado quien determine el otorgamiento de un título habilitante para la realización de la actividad o servicio. Así se expresó la Corte:

“La intervención estatal en la economía tiene distinta modulación según el sector económico sobre el cual recaiga, pues mientras en determinadas actividades o servicios públicos considerados estratégicos puede ser muy intensa al punto de eliminar la iniciativa privada (Art. 365 Constitución Política), en otros sectores tiene un menor grado en forma tal que se faculta a los particulares para desarrollar determinadas actividades económicas con un permiso, autorización o licencia por parte del Estado, e incluso, en algunos casos no se requiere ningún permiso o autorización previa para el ejercicio de una determinada

actividad, industria u oficio, pues allí opera como regla general la libre iniciativa sin permisos previos (Art. 333 Constitución Política)” (Corte Constitucional, 2001).

Del anterior entendimiento constitucional puede afirmarse que, aunque en principio, de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política, la prestación misma de los servicios públicos no requiere de título habilitante de naturaleza administrativa alguno (Montaña Plata, 2005), ello no implica que la intervención del Estado en la materia no pueda crear la obligación de que ciertas actividades específicas en el mundo de los servicios públicos (por las razones de interés general que ha predeterminado el legislador) pueda ser sujeto a que una autoridad administrativa exija una habilitación administrativa previa, incluso una autorización única otorgada por la autoridad administrativa, eliminando con ello la iniciativa privada respecto de la correspondiente actividad. En ese sentido, la Corte Constitucional ha avalado normas que limitan esa iniciativa privada, pues lo cierto es que una norma en tal sentido *“no viola el artículo 333 de la Carta, en cuanto a que establece una limitación a la libertad de empresa y la iniciativa privada, pues, como lo indican las sentencias citadas, la intervención estatal tratándose de servicios públicos puede ser tan intensa, que puede eliminar la iniciativa privada”* (Corte Constitucional, 2004).

En conclusión, en el derecho colombiano, ni la intervención del Estado en la economía ni el contenido de la función administrativa de regulación de los servicios públicos se encuentran sometidos a una reserva legal estricta, de tal manera que el legislador se debe limitar a señalar los principios básicos del régimen de los servicios públicos, pudiendo deferir a las autoridades administrativas de reglamentación y de regulación la definición de las condiciones específicas para la prestación del servicio público, condiciones dentro de las cuales el órgano de regulación tiene una amplia libertad de medios y de contenido, pudiendo entonces, crear autorizaciones administrativas para la ejecución de ciertas actividades asociadas a la prestación del servicio público, e incluso, crear una autorización administrativa única otorgada por el órgano regulador.

4.2.4. Sobre la aplicabilidad de los Títulos Habilitantes frente a la selección del GIDI

Debe recordarse que la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información fue objeto de definición en la Resolución CREG 219 de 2020 (CREG, Resolución 219 , 2020), definición de la cual resulta, con toda claridad, que se trata de una actividad de interés público primordial e indispensable para la implementación de AMI, con efectos y alcances sobre la competencia en el mercado de energía eléctrica, sujeta a la intervención del Estado y sometida a la regulación de la CREG en virtud de la ley.

Como se dijo, se trata entonces de una actividad privada en la cual tiene interés el Estado y que tiene una relación directa con la adecuada y eficiente prestación del servicio público de energía eléctrica, con las siguientes características básicas:

- Tiene como propósito ayudar en la organización y la prestación del servicio público de energía eléctrica.
- No es una actividad susceptible de ser replicada ni sustituida de manera rentable dadas las restricciones técnicas y las economías de escala asociadas.

- Es una actividad necesaria para atender a los usuarios y para permitir que los agentes optimicen el desarrollo de las actividades de comercialización y distribución de la cadena de prestación del servicio de energía eléctrica.

A la luz de lo anterior y, en concordancia con lo expresado en la Resolución CREG 219 de 2020 (CREG, Resolución 219 , 2020), así como en todos sus antecedentes ya descritos, la mencionada Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información puede ser catalogada como una actividad estratégica para la adecuada prestación del servicio público de energía eléctrica, asunto que precisamente es el que, a la luz de la jurisprudencia constitucional explicada antes, justifica la intervención del órgano regulador y la eliminación de la iniciativa privada, más aún cuando se trata de una actividad que debe ser ejecutada por un gestor único -el GIDI- y bajo las condiciones que defina el propio regulador.

En ese orden de ideas, conceptual y legalmente al amparo del artículo 290 de la Ley 1955 de 2019, resulta posible que el órgano regulador, de una parte, determine que existirá la actividad de gestión de información y cuáles son las condiciones regulatorias específicas en que debe ser desarrollada dicha actividad al interior del mercado de energía eléctrica y, de otra, habilite a un sujeto específico para ser el gestor único de la información, lo cual implica que determine un mecanismo para esa habilitación.

En términos de los instrumentos formalizados de actuación de las autoridades administrativas y, de acuerdo con el marco conceptual desarrollado antes, la habilitación a un sujeto específico para ser el gestor único de la información constituye un acto administrativo de autorización o un título habilitante en estricto sentido. En efecto, el órgano regulador está determinando de manera exclusiva y excluyente, como lo requiere la naturaleza de la actividad, a la persona o empresa encargada de realizar la actividad que se ha considerado como estratégica para la prestación del servicio público de energía eléctrica, lo cual se hace por medio de un acto administrativo particular de autorización.

En ese sentido, no puede perderse de vista que, entre otras situaciones, las autorizaciones administrativas se exigen respecto de *“actividades en las que el número de operadores está limitado por una decisión jurídico-pública”* (Laguna de Paz, Derecho administrativo económico, 2020). Además, los llamados títulos habilitantes sirven a la administración como un mecanismo a través del cual *“ejerce un control no solo inicial, sino también sucesivo, sobre el ejercicio de la actividad”* para *“dirigir u orientar el desarrollo de la actividad con el fin de obtener un nivel óptimo de la misma desde el punto de vista de su adecuación a los intereses públicos o de la consecución de los objetivos de política económica marcados para el sector por la administración”* (Santamaría Pastor, 2015).

Dado que es necesario que, por políticas regulatorias y teniendo en cuenta su propia naturaleza, la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información sea desarrollada por un gestor único y que la CREG pretenda no solo controlar el inicio sino también el ejercicio mismo de la citada actividad a fin de garantizar su adecuación al interés general y a la política regulatoria, el instrumento de la autorización administrativa es el que, sin duda, se adecúa mejor al vínculo jurídico que debe establecerse entre el GIDI y la CREG.

Ahora bien, con fundamento en lo previsto en el artículo 290-2 de la Ley 1955 de 2019, la CREG tiene la función de llevar a cabo la *“definición de la regulación aplicable a los agentes que desarrollen tales nuevas actividades”*, función esta que, en concordancia con lo previsto en el numeral 1 del literal a) del artículo 4 del Decreto 1260 de 2013, no solo habilita su competencia para establecer el régimen regulatorio al cual someterá la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información y el GIDI, sino que también le permite, como parte de esa regulación, establecer un título habilitante que garantice que se trate de un gestor único de la información, sin que esto contravenga lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, en cuanto a que las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias en materia ambiental o que resulten aplicables según la planeación municipal y la naturaleza de sus actividades.

Sobre esta última disposición normativa, se advierte que es el desarrollo de la coherencia de la ley con el artículo 365 de la Constitución Política que estableció la liberalización de los servicios públicos y que por regla general, no se requiere de un título habilitante para su prestación, sin embargo, esto no quiere decir que todas las actividades asociadas con los servicios públicos puedan enmarcarse o adscribirse en los supuestos del artículo 22 de la ley 142, por el contrario y de conformidad con la jurisprudencia aquí citada, el Estado tiene el deber de intervenir sobre determinadas actividades que considere como estratégicas, como ocurre en efecto con la actividad de Gestión Independiente de Datos e Información, sobre la cual se pueden establecer exigencias o requerimientos especiales, como establecer la autorización previa para su desarrollo.

Ahora, para lograr consistencia entre la propuesta regulatoria que exige que el GIDI debe ser una ESP en los términos del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 22 *ibídem*, una alternativa puede ser eliminar la exigencia consistente de que tiene que ser una sociedad con objeto único, de manera tal que pueda prestar otros servicios que no requieran de autorización de la CREG y si tiene el carácter de GIDI, no podrá prestar servicios o actividades que entren en conflictos de interés como en efecto se prevé en el inciso segundo del artículo 41 del proyecto de resolución publicado mediante la Resolución CREG 219 de 2020.

Se destaca que, dado que una de las características más importantes de los actos administrativos de autorización consiste en que no existe un régimen general que gobierne su otorgamiento y, en general, su funcionamiento (a diferencia de lo que ocurre con otros instrumentos administrativos formalizados como los contratos públicos), la CREG deberá, de una parte, establecer mediante su regulación el procedimiento específico que debe seguirse para la selección del GIDI (Artículo 45 del proyecto regulatorio contenido en la Resolución 219 de 2020) y, de otra, el régimen de las actividades que desarrollará el GIDI.

Finalmente, sobre el procedimiento para la selección del Gestor, la CREG podrá adelantar un proceso de selección que culminará con la expedición de un acto administrativo particular mediante el cual se confiere autorización para desempeñarse como GIDI y desarrollar la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información de AMI, concurso que puede considerarse como un procedimiento administrativo de adjudicación de un *“derecho limitado en número”*, que ocurre cuando la Administración se enfrenta situaciones de escasez por el carácter restringido o naturaleza especial de la actividad que debe ser

autorizada. Para este tipo de situaciones, la doctrina ha determinado que la necesidad de adelantar un procedimiento administrativo abierto se encuentra en *“la existencia de una situación de concurrencia a ser resuelta por la Administración”*, lo cual conlleva a que se realice *“un único procedimiento administrativo multipolar”* (Wollenshlager, 2015).

4.3. Contratos del artículo 39 de la Ley 142 de 1994

4.3.1. Origen normativo

El artículo 39 de la Ley 142 de 1994 le da tipicidad legal y un mínimo régimen jurídico a diversos contratos que resultan necesarios para la adecuada gestión de los servicios públicos domiciliarios. Se trata de modalidades contractuales que la propia ley reconoce como útiles para el mundo de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, para las empresas de servicios públicos domiciliarios. Concretamente, la citada norma se refiere a cinco tipos contractuales especiales para la gestión de los servicios públicos domiciliarios, cuyas características y aplicación al GIDI se explican a continuación:

4.3.2. Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente

El primero de los contratos especiales a los que se refiere el artículo 39 de la Ley 142 de 1994 constituye una de las utilidades excepcionales del contrato de concesión en el mundo de los servicios públicos domiciliarios. En efecto, como se anticipó, la consecuencia de la liberalización de estos consiste en que la utilización del contrato de concesión, como medio de gestión privada pasó a ser excepcional y, muy por el contrario, la utilización de dicho contrato se reservó para casos específicos en donde se encuentren de por medio especiales intereses públicos (Atehortúa Ríos, 2006).

Uno de los escenarios donde resulta procedente la utilización del contrato de concesión es precisamente en la utilización de los recursos naturales o del medio ambiente en donde el citado tipo contractual constituye el título legal para el acceso al recurso necesario para la adecuada y eficiente prestación de los servicios. Así, es frecuente que para la adecuada prestación de los servicios públicos domiciliarios se requiera hacer uso de ciertos recursos que son de titularidad del Estado, como es el caso del agua o, como ocurría antes de la Ley 1341 de 2009, del espectro electromagnético. En estos eventos, dado que por disposición constitucional -artículo 63- se trata de bienes que son de propiedad del Estado (Pimiento Echeverri, 2015), se requiere de una autorización del propio Estado para su utilización, así dicho uso sea para la prestación de un servicio público. El artículo 39-1 de la Ley 142 de 1994 define esta clase de contratos de concesión así:

“39.1. Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. El contrato de concesión de aguas es un contrato limitado en el tiempo, que celebran las entidades a las que corresponde la responsabilidad de administrar aquellas, para facilitar su explotación o disfrute. En estos contratos se pueden establecer las condiciones en las que el concesionario devolverá el agua después de haberla usado.

El acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las leyes especiales pertinentes, pero sin que se aplique el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 a bienes distintos de los estatales.

La remuneración que se pacte por una concesión o licencia ingresará al presupuesto de la entidad pública que celebre el contrato o expida el acto.

Cuando las autoridades competentes consideren que es preciso realizar un proyecto de interés nacional para aprovechamiento de aguas, o para proyectos de saneamiento, podrán tomar la iniciativa de invitar públicamente a las empresas de servicios públicos para adjudicar la concesión respectiva.

Las concesiones de agua caducarán a los tres años de otorgadas, si en ese lapso no se hubieren hecho inversiones capaces de permitir su aprovechamiento económico dentro del año siguiente, o del período que determine de modo general, según el tipo de proyecto, la comisión reguladora.

Los contratos de concesión a los que se refiere este numeral se regirán por las normas especiales sobre las materias respectivas.”

Bajo ese entendimiento, en virtud de estos contratos de concesión, el Estado otorga al prestador de servicios públicos domiciliarios la utilización y explotación temporal de bienes pertenecientes a la categoría de recursos naturaleza o del medio ambiente, sin que ello implique un traslado de su propiedad (Corte Constitucional, 1998). Se insiste en que se trata simplemente de un medio previsto en la ley para que los prestadores de servicios públicos domiciliarios puedan acceder a los bienes públicos que son necesarios para la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos.

Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI

Como se ha expresado en apartes anteriores, la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información que se prevé es una actividad económica de interés público que tiene una relación directa con la adecuada y eficiente prestación del servicio público de energía eléctrica. Es evidente, entonces, que la actividad analizada no es un recurso natural o del medio ambiente; conclusión que, de manera directa, torna inaplicables los contratos de concesión objeto de análisis del caso concreto.

4.3.3. Contratos de administración profesional de acciones

El artículo 32 de la Ley 142 de 1994, al referirse al régimen de derecho privado para los actos de las empresas, establece:

“Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. (...)”

La norma además faculta al representante legal de una entidad que haga parte de una empresa de servicios públicos organizada por acciones para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas, todos los actos que la ley y los estatutos permitan. De esta manera, una forma de administrar esta facultad es a través de la suscripción de uno de los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, en este caso, el contenido en el artículo 39.2 de la Ley 142 de 1994:

“Contratos de administración profesional de acciones. Son aquellos celebrados por las entidades públicas que participan en el capital de empresas de servicios públicos, para la administración o disposición de sus acciones, aportes o inversiones en ellas, con sociedades fiduciarias, corporaciones financieras, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, o sociedades creadas con el objeto exclusivo de administrar empresas de servicios públicos. Las tarifas serán las que se determinen en un proceso de competencia para obtener el contrato.

En estos contratos puede encargarse también al fiduciario o mandatario de vender las acciones de las entidades públicas en las condiciones y por los procedimientos que el contrato indique.

A los representantes legales y a los miembros de juntas directivas de las entidades que actúen como fiduciarios o mandatarios para administrar acciones de empresas de servicios públicos se aplicará el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los funcionarios que hayan celebrado con ellos el contrato respectivo, en relación con tales empresas.”

En relación con su régimen legal, el párrafo del artículo 39 establece que a excepción de aquellos contemplados en el artículo 39.1, los demás relacionados en la disposición, se rigen por el derecho privado con las salvedades consignadas en el párrafo según las cuales los previstos en los numerales 39.1, 39.2 y 39.3 no podrán ser cedidos a ningún título ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte. De acuerdo con lo anterior, las principales características de este tipo de contratos son:

- La existencia de acciones de empresas de servicios públicos cuya titularidad sea de una entidad pública.
- Se contrata a un tercero para que administre las mencionadas acciones.

- Se trata de un contrato de mandato en donde el tercero cumple las instrucciones de la entidad contratante.
- Se paga por la actividad encomendada.
- Se rigen por el derecho privado.

Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI

La estructura y funcionalidad del contrato en mención no guarda relación alguna, directa o indirecta, con la estructuración de un proceso de selección como el previsto para el GIDI. No existe de por medio, ningún tipo de titularidad por parte de alguna entidad pública sobre participaciones accionarias en una empresa de servicios públicos que amerite el encargo para su administración a un tercero.

4.3.4. Contratos especiales a ser celebrados con entidades oficiales

Las entidades prestadoras de servicios públicos tienen la posibilidad de tercerizar de manera temporal ciertas actividades relacionadas con la prestación de un servicio sin transferir la titularidad de dicha prestación. Para este efecto, es dable contratar personas naturales o jurídicas. De acuerdo con la doctrina sobre el tema *“Los agentes con los que se celebran contratos a través de los cuales se vinculan terceros a colaborar en la prestación de los servicios, pero que no tienen relaciones contractuales con los usuarios, no tienen necesariamente que constituirse como ESP”* (Atehortúa Ríos, 2006, pág. 155). De manera específica, el artículo 39.3, señala:

“Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.”

En este tipo de contratos, la asunción de riesgos se mantiene en cabeza del prestador del servicio ya que, al no transferirse la titularidad, no es posible extender una responsabilidad respecto de los usuarios. Normalmente se someten a las reglas del derecho privado; sin embargo, debido a la importancia que en algunos mercados pueden tener, como ocurre en el de agua y saneamiento básico, se ha exigido a través de regulación que sean adjudicados mediante procedimientos que garanticen la competencia ente oferentes (Atehortúa Ríos, 2006, pág. 154).

De manera general, se puede afirmar que sus características principales son las siguientes:

- Existencia de bienes destinados a la prestación de servicios públicos propiedad de entidades oficiales.
- Transferencia de dichos bienes a un tercero para que realice actividades propias del servicio público.
- No transferencia de la titularidad sobre la prestación del servicio público.
- No existe relación entre el tercero y los usuarios.
- Se paga por la realización de la actividad encomendada.

Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI

De las características propias de este tipo de contrato es posible concluir que no sería un mecanismo idóneo en el diseño e implementación del procedimiento para la selección del GIDI, principalmente porque la CREG no es una entidad oficial que preste servicios públicos ni tiene a su cargo la administración o propiedad de bienes para la prestación de servicios públicos. Además, la inexistencia de relación entre el tercero encargado y el usuario desnaturaliza la función esencial del GIDI.

4.3.5. Contratos de acceso e interconexión de bienes indispensables para la prestación de un servicio público

Para la adecuada y eficiente prestación de servicios públicos domiciliarios -y en general, de cualquier clase de servicio público- se requiere necesariamente la utilización de infraestructuras, las cuales no necesariamente son de propiedad del prestador, situación que ha dado lugar a que, en general, se plantee hacer una separación entre prestador del servicio y titular de la infraestructura (Muñoz Machado, 2015).

Esa diferenciación entre prestador del servicio y titular de la infraestructura ha dado lugar a la necesidad de una intervención del Estado sobre dicha relación para efectos de garantizar una adecuada competencia entre los diferentes prestadores, especialmente cuando se trata de un servicio que ha sido objeto de liberalización. En ese sentido, a efectos de evitar distorsiones en el mercado y mejorar las condiciones de competencia entre operadores de un servicio, además de que se hace una separación entre servicio e infraestructura (Laguna de Paz, Derecho administrativo económico, 2020), se imponen derechos y obligaciones de acceso e interconexión (Montero Pascual, 2018).

En ese marco, el artículo 39 de la Ley 142 de 1994 prevé que uno de los tipos especiales de contratos que pueden celebrar los prestadores de servicios públicos domiciliarios para la gestión del servicio es aquél en virtud del cual pueden obtener el acceso -es decir, la posibilidad unilateral de utilización de la red ajena- o la interconexión -es decir, el intercambio de uso de dos redes para la prestación de servicios públicos de diferente titularidad-. Se trata, entonces, de un medio para permitir la mejor prestación de los servicios públicos y que, a la vez, garantiza que la titularidad de las infraestructuras no constituirá un obstáculo para la prestación del servicio, sin que ello implique un desconocimiento del derecho de propiedad del titular de la infraestructura, pues aquél que accede o se interconecta deberá pagar una remuneración por el uso de la infraestructura ajena. El artículo 39-2 de la Ley 142 de 1994 define estos contratos de la siguiente manera:

“39.4. Contratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable.

Este contrato puede celebrarse también entre una empresa de servicios públicos y cualquiera de sus grandes proveedores o usuarios.

Si las partes no se convienen, en virtud de esta Ley la comisión de regulación podrá imponer una servidumbre de acceso o de interconexión a quien tenga el uso del bien.”

De acuerdo con lo anterior, este tipo contractual permite que un prestador de servicios públicos domiciliarios pueda, a cambio de una remuneración, o bien acceder a los bienes de propiedad de otra persona que son necesarios para la prestación del servicio público domiciliario o bien conectar sus propios bienes con los bienes de un tercero y, con ello, llevar a cabo la prestación del servicio.

Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI

En el marco expuesto, es evidente que los contratos de acceso e interconexión no son útiles para la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información que se prevé que sea realizada por el GIDI, pues lo cierto es que estos no tienen por objeto la realización de dicha actividad, sino la regulación de las condiciones en que el titular de una infraestructura permitirá a otro sujeto su uso o aprovechamiento.

4.3.6. Contratos para la extensión de la prestación de un servicio a una persona específica

El último de los contratos especiales que prevé el artículo 39 de la Ley 142 de 1994 tiene como punto de partida la libertad que se reconoce a los prestadores de servicios públicos en el sentido de que son autónomos para determinar el área de cobertura del servicio ofertado. Así, corresponde al prestador de servicios públicos domiciliarios, en concordancia con su plan de negocios, establecer el alcance de su red o de su área de cobertura del servicio, sin que se encuentre obligado a llevar servicios a sujetos o a zonas que no le sean rentables o que se encuentren fuera de su plan de negocios. El artículo 39-5 de la Ley 142 de 1994 define estos contratos así:

“39.5. Contratos para la extensión de la prestación de un servicio que, en principio, sólo beneficia a una persona, en virtud del cual ésta asume el costo de las obras respectivas y se obliga a pagar a la empresa el valor definido por ella, o se obliga a ejecutar independientemente las obras requeridas conforme al proyecto aprobado por la empresa.”

Como resulta de la norma transcrita, frente a la citada autonomía general que se reconoce a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, la ley ofrece alternativas para que se extienda la prestación del servicio a zonas y usuarios para quienes extender la red puede no ser rentable en términos económicos. En ese sentido, la ley prevé que puede celebrarse un contrato especial entre el prestador y el beneficiario del servicio (usuario), en virtud del cual este último pacta con el prestador que se extenderá la infraestructura para la provisión del servicio y que efectivamente se prestará el servicio, siendo el usuario quien asume los costos de extensión de la red, sea pagándolos al prestador o ejecutando directamente las obras.

Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI

Este tipo especial de contrato no resulta útil para la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información que se prevé que sea realizada por el GIDI, pues lo cierto es que estos no tienen por objeto la realización de una actividad de administración y gestión de información, sino la determinación de las condiciones económicas en que se extenderá la provisión de un servicio específico a un área en la cual no opera la red instalada.

4.4. Áreas de servicio exclusivo - ASE

4.4.1. Origen normativo

Conforme con lo previsto en la Ley 142 de 1994, la regla general en la prestación de servicios públicos domiciliarios como el de aseo, corresponde a la libre competencia en el mercado, en donde los operadores compiten simultáneamente por el favoritismo de los usuarios. De otra parte y de manera excepcional, la ley permite la conformación de Áreas de Servicio Exclusivo - ASE, en donde los operadores compiten por una fracción del mercado, es decir, para prestar el servicio de forma exclusiva en una de las áreas geográficas ofrecidas. Esta figura se plasma en el artículo 40 de la norma, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 40. ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

PARÁGRAFO 1o. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo

en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.”

De lo dispuesto en la norma antes transcrita se evidencia que las ASE fueron creadas con la finalidad de garantizar la cobertura de los servicios públicos a las personas de menores ingresos. Esta figura implica que existe la posibilidad de establecer ASE, mediante licitación pública, en las que puede establecerse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos en estas zonas, durante un tiempo determinado.

Adicionalmente, conforme al citado artículo, existen dos competencias atribuidas a autoridades diferentes. Mientras la competencia para establecer el área de servicio exclusivo está en cabeza de la autoridad o autoridades territoriales, a las comisiones de regulación, les corresponde establecer, mediante acto general, los motivos para incluir un área de servicio exclusivo, así como las condiciones generales a las que debe someterse dicha área. En este sentido, bajo lo dispuesto en la Ley 142, no es la autoridad regulatoria a la que corresponde definir el área en sí misma, sino las condiciones que se deben cumplir para que un área o zona determinada pueda ser excepcionada de la aplicación del principio de libre competencia.

4.4.2. Características y/o reglas

- La adjudicación de las ASE debe realizarse a través de contratos de concesión, previo agotamiento de un proceso licitatorio público en el que se garantice la competencia y la transparencia (competencia “por” el mercado), así como la verificación de los motivos para la utilización de esta figura por parte de la comisión de regulación respectiva.
- No hay libertad de elección de operadores por parte de los usuarios. Al asignarse una ASE, el operador encargado de la misma ejerce como monopolista. Es por esta razón que la competencia debe garantizarse en la elección de los operadores.
- Con su implementación se busca superar principalmente problemas de cobertura a los usuarios alejados o de menores ingresos económicos. Ahora bien, en poblaciones con baja densidad no son eficientes porque no generan economías de escala.
- Se crean prestadores exclusivos en un área y por un tiempo determinado con restricción para la entrada a nuevos prestadores del servicio.

4.4.3. ASE en recolección de basuras en Bogotá

Probablemente uno de los casos más relevantes y representativos de ASE ha sido el de la recolección de basuras de Bogotá, cuyo último proceso de selección culminó en 2018 con la concesión de 5 áreas para la prestación del servicio. Los contratos de concesión suscritos con 5 operadores tienen una duración de 8 años a partir del acta de inicio. Las áreas asignadas fueron las siguientes:

Tabla 1 - ASE del esquema de recolección de basuras en Bogotá D.C.

ASE	Zona geográfica	Operador
ASE 1	Usaquén, Chapinero, Santa Fe, San Cristóbal, Usme y Sumapaz.	Promoambiental
ASE 2	Teusaquillo, Los Mártires, Puente Aranda, Antonio Nariño, Rafael Uribe Uribe, Tunjuelito, Ciudad Bolívar y Bosa.	Lime (Limpieza Metropolitana)
ASE 3	Kennedy y Fontibón	Ciudad Limpia
ASE 4	Engativá y Barrios Unidos	Bogotá Limpia
ASE 5	Suba	Área Limpia D.C.

Fuente: Alcaldía de Bogotá: <https://bogota.gov.co/servicios/operadores-de-recoleccion-de-basura-en-bogota>

4.4.4. ASE en el sector de energía eléctrica – Zonas no Interconectadas

El Plan nacional de desarrollo 2006-2010 contenido en la Ley 1151 de 2007 dispuso en su artículo 65:

“El Ministerio de Minas y Energía diseñará esquemas sostenibles de gestión para la prestación del servicio de energía eléctrica en las Zonas No Interconectadas. Para este propósito, podrá establecer áreas de servicio exclusivo para todas las actividades involucradas en el servicio de energía eléctrica”.

Posteriormente, en la Ley 1715 de 2014, por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al sistema energético nacional, en relación con las áreas de servicio señaló:

“ARTÍCULO 9o. SUSTITUCIÓN DE GENERACIÓN CON DIÉSEL EN LAS ZONAS NO INTERCONECTADAS. El Gobierno Nacional implementará un programa destinado a sustituir progresivamente la generación con diésel en las ZNI con el objetivo de reducir los costos de prestación del servicio y las emisiones de gases contaminantes, para lo cual implementará las siguientes acciones:

a) Áreas de servicio exclusivo de energía eléctrica y gas combustible: El Gobierno Nacional podrá establecer áreas de servicio exclusivo para la prestación por una misma empresa de los servicios de energía eléctrica, gas natural, GLP distribuido por redes y/o por cilindros en las ZNI. Estas áreas se podrán crear con el objetivo de reducir costos de prestación de los servicios mediante la sustitución de generación con diésel por generación con FNCE y deberán cumplir con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y demás disposiciones de dicha ley;

b) Esquema de incentivos a los prestadores del servicio de energía eléctrica en Zonas no Interconectadas: El Ministerio de Minas y Energía desarrollará esquemas de incentivos para que los prestadores del servicio de energía eléctrica en las ZNI reemplacen parcial o

totalmente su generación con diésel por FNCE. Estos incentivos deberán cumplir con evaluaciones costo-beneficio resultantes de la comparación del costo de los incentivos con los ahorros producidos por la diferencia de costos entre la generación con FNCE en lugar del diésel.”

Así, en las Zonas no Interconectadas – ZNI- las entidades territoriales podrán establecer, mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivo por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos se pueda extender a las personas de menores ingresos. Del mismo modo, el gobierno nacional podrá también establecer áreas de servicio exclusivo en ZNI con el fin de sustituir la de generación con diésel en dichas zonas.

Debe mencionarse que en las Resoluciones CREG-091 de 2007, CREG-161 de 2008 y CREG-097 de 2009, se han señalado tres objetivos en la conformación del área geográfica de un área de servicio exclusivo (ASE): (i) asegurar la extensión de la cobertura y el mejoramiento de la calidad, (ii) asegurar la gestión sostenible y (iii) buscar los menores costos mediante el aprovechamiento de economías de escala, economías derivadas de localización geográfica y dotación de recursos naturales.

Para la prestación del servicio de energía eléctrica en Colombia, las únicas áreas de servicio exclusivo existentes son las que pertenecen a San Andrés y Providencia, y al Departamento de Amazonas (Superservicios, 2018). Las competencias sobre las concesiones de las ASE recaen: (i) en el ente territorial en cuanto a su establecimiento; (ii) en la CREG en cuanto a la definición por vía general de la existencia de los motivos así como el señalamiento de los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse, (iii) en la SSPD en cuanto a las acciones de vigilancia y control a la prestación del servicio de energía y al cumplimiento de la normatividad aplicable a las ASE, más no al cumplimiento específico del objeto del contrato de concesión, y (iv) al concedente en relación con el cumplimiento del contrato de concesión que, para los casos existentes en el país, es el Ministerio de Minas y Energía.

4.4.5. Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI

Luego de una evaluación del origen y características principales de las ASE, así como de los casos en donde se han utilizado para la prestación de servicios, es claro que se trata de una figura jurídica que no es compatible con las intenciones y objetivos que enmarcan el proyecto de selección al GIDI por parte de la CREG. Las principales razones para esta afirmación son:

- La iniciativa para determinar la creación de ASE está a cargo de los entes territoriales o por disposición legal, no estando la CREG situada en ninguno de esos escenarios. De acuerdo con la norma específica, la función de las comisiones de regulación es la de verificación de motivos más no la de plantear la iniciativa para su utilización.
- Su esencia es la de suplir problemas relacionados con cobertura de usuarios de bajos ingresos o aislados geográficamente, lo cual no ocurre en el presente caso.

- La propuesta del GIDI planteada por la CREG tiene como eje la selección de un único agente para la ejecución de las actividades relacionadas en todo el territorio nacional, por lo que un fraccionamiento geográfico no solo sería ineficiente sino que iría en contra de la definición de un agente único.
- La contratación se realiza normalmente a través de un contrato de concesión entre los diferentes agentes que compiten “por” el mercado y a los que se adjudica una ASE y el ente territorial y no entre aquellos y la comisión de regulación respectiva.

4.5. Asociaciones público-privadas - APP

4.5.1. Origen normativo

Ante la necesidad de modernización y gestión de los activos fijos públicos, en el año 2009, el Gobierno Nacional mediante el CONPES 3615 (DNP, 2009) fijó los lineamientos de política pública para la identificación de alternativas de consecución de recursos complementarios al Presupuesto Nacional, así como esquemas de gestión de activos fijos, con la participación del sector privado. Lo anterior con el fin de modernizar la infraestructura existente, construir y desarrollar los proyectos para contar con nueva infraestructura en aras de la eficiencia de entidades públicas; en dicho proceso se identificaron algunas dificultades que debían ser superadas, tales como: (i) mecanismos inadecuados para el desarrollo y financiación de infraestructura, (ii) rezago de los activos públicos frente a los privados, (iii) concentración del conocimiento de gestión de los activos fijos en los ociosos o improductivos (CISA y PROGA), (iv) mínima inversión en la modernización de infraestructura.

De esta manera, se consideraron los esquemas de Asociación Público-Privada (en adelante “APP”), entendidos como procesos de vinculación de capital privado, como alternativa idónea de búsqueda de nuevas fuentes de financiación y de gestión de los bienes públicos que permitiría resolver las dificultades antes descritas. En este sentido, desde los lineamientos mismos de política pública del CONPES antes citado, se definieron las APP, como *“una tipología general de relación público-privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento.”* (DNP, 2009, pág. 13)

Lo anterior pone de presente las características principales de las APP, donde existen responsabilidades tanto del sector privado, quien normalmente es el encargado de financiar, diseñar, construir la infraestructura necesaria para prestar los servicios públicos y los presta materialmente, como del sector público, quien mantiene la responsabilidad de la prestación de dicho servicio y paga por su prestación. El

uso de las APP implica necesariamente la evaluación de sus beneficios, actividad conocida como “valor por dinero”, es decir, un análisis cuantitativo y cualitativo del costo por la transferencia de riesgo de un proyecto desarrollado mediante este esquema, frente al costo de realizarlo su bajo un proyecto tradicional de obra pública, para lo que debe incluirse un análisis el costo para el sector público de mantener el activo en óptimas condiciones a lo largo de su vida útil.

En este contexto, en el año 2011 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público lideró la presentación ante el Congreso de la República de un proyecto de ley que permitiera contar con un régimen jurídico de vinculación de capital privado a los proyectos productivos y de desarrollo de infraestructura, lo cual culminó con la expedición de la Ley 1508 de 2012, como herramienta para impulsar el uso de un esquema de gestión de proyectos en el marco de las APP, para el desarrollo de infraestructura.

En la exposición de motivos (Gaceta del Congreso, 2011) se dejó sentado que las APP resultan ser óptimos esquemas de colaboración entre el sector público y privado que permiten la financiación y provisión en el largo plazo por parte del sector privado de infraestructura, equipos, servicios públicos, a cambio de una remuneración. En este sentido, con la expedición de la Ley 1508 de 2012, se generan estructuras contractuales para el desarrollo de infraestructura pública con el fin de proveer servicios públicos a largo plazo, con la participación del sector público y del privado. Dicha Ley define normativamente las APP, así:

“Artículo 1°. Definición. Las Asociaciones Público-Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.”

Al respecto, es importante mencionar que de acuerdo con la norma, las APP no pueden ser consideradas como una figura contractual, sino como un instrumento de vinculación de capital privado que se materializa en un contrato. Es por esta razón que la misma ley en su artículo 2º incluye los contratos de concesión como una de las tipologías contractuales que pueden utilizarse para concretar este tipo de asociaciones.

4.5.2. Características y/o reglas

Dentro del ámbito de aplicación de la ley⁶, se identifican las siguientes reglas sobre la utilización de esta figura:

- Es aplicable a todos los contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la

⁶ Artículo 3º de la Ley 1508 de 2012.

operación y mantenimiento de dicha infraestructura; o que la infraestructura esté asociada a la prestación de servicios públicos.

- La retribución de la actividad se realiza otorgando el derecho a la explotación económica de la infraestructura o servicio, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.
- Las reglas de selección de contratistas y celebración y ejecución de los contratos se rigen por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y demás normas que las modifiquen o adicionen, salvo reglas específicas contenidas en la Ley 1508.
- Solo podrán desarrollarse proyectos bajo esquemas de APP cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv – que para el año 2021 equivale a proyectos de al menos \$ 5.451.156.000 pesos.
- Este mecanismo podrá utilizarse cuando los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.

Tal como lo ha mencionado la doctrina, la ley tomó una visión restrictiva sobre la finalidad de las APP limitándola, como regla general, a acuerdos de diseño, construcción, financiación y operación de infraestructura, con la posibilidad de concluir contratos de construcción, tenencia, operación y reversión (Barreto, 2016, pág. 23).

La ley contempla, además, dos tipos de APP: el primero cuando la iniciativa se origina en el sector público, de manera que la idea conceptual del proyecto es estructurada por la entidad pública con participación del sector privado y la fuente de pago del proyecto puede ser a través de aportes de recursos públicos, de la explotación económica del APP o una combinación de estas. Cuando la APP es de iniciativa pública siempre habrá recursos públicos. La segunda, de iniciativa privada, implica que la idea conceptual, los estudios de prefactibilidad y factibilidad y propuesta provengan del sector privado, quien tendrá la responsabilidad de realizar, por su propia cuenta y riesgo, la estructuración del proyecto sin obligación del sector público a reconocerle los costos asociados a dicha estructuración. Cuando la APP es de iniciativa privada puede haber recursos públicos o exclusivamente privados.

4.5.3. Leyes y Decretos reglamentarios

Si bien la norma que fundamentalmente regula las APP en Colombia se concreta en la ya citada Ley 1508 de 2012, se han expedido una serie de instrumentos que acompañan el desarrollo y aplicación de la referida ley, así:

Tabla 2 - Leyes y decretos reglamentarios relacionados con las APP

Tipo normativo	Número	Año	Objetivo
Decreto	1467	2012	Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012.
Resolución DNP	3656	2012	Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público-privada como una modalidad de

			ejecución de proyectos de que trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012.
Decreto	1610	2013	Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012.
Ley	1682	2013	Por la cual se adaptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.
Decreto	2043	2014	Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012.
Decreto	1553	2014	Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012.
Decreto	0301	2014	Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012.
Ley	1753	2015	Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".
Decreto	1082	2015	Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional.
Decreto	063	2015	Por el cual se reglamentan las particularidades para la implementación de Asociaciones Público-Privadas en el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico.
Resolución DNP	1464	2016	Por la cual se establecen los requisitos y parámetros que deberán cumplir las entidades públicas responsables del desarrollo de proyectos de Asociación Público-Privada para solicitar el concepto previsto en el artículo 206 de la Ley 1753 de 2015.
Decreto	2100	2017	Por el cual se sustituye el artículo 2.2.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015, relacionado con el derecho a retribuciones en proyectos de Asociación Público-Privada.
Ley	1882	2018	Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones
Decreto	1974	2019	Por el cual se adiciona a la Sección 12 al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar las particularidades para la implementación de Asociaciones Público-Privadas en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Fuente: Elaboración propia

De las anteriores normas, vale la pena mencionar la definición de infraestructura que presenta el Decreto 1974 de 2019, sobre APP en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:

“Para la aplicación de las reglas especiales dispuestas en la presente sección, el concepto de infraestructura será definido como el conjunto de estructuras de ingeniería y sus respectivas instalaciones que constituyen la base sobre la cual se produce la prestación de sus servicios asociados.”

4.5.4. Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI

Teniendo en cuenta lo anterior y en aras de analizar las APP a la luz de la selección del GIDI, se considera por parte de esta consultoría que las características esenciales de esta figura no encajan en las necesidades, expectativas y retos afrontados para el gestor de datos, principalmente por las siguientes razones:

- Las APP constituyen un mecanismo de gestión de bienes públicos con vinculación de capital privado, a través del cual se busca la construcción de infraestructuras y la prestación de servicios. En Colombia han sido utilizadas especialmente en el desarrollo de infraestructura de transporte. El artículo 33 de la Ley 1508 de 2012 prevé que *“En los contratos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público-Privada se deberán especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán.”* En el caso del GIDI, se está creando una actividad para la gestión de datos en el mercado que, en principio, no requiere ni implica la construcción de infraestructura, así como tampoco el involucramiento de bienes muebles o inmuebles del Estado o los particulares.
- Otra de las características fundamentales de las APP es la distribución de riesgos entre el Estado y el privado. De acuerdo con la doctrina (Barreto, 2016), la evolución en los procesos concesionales se ha materializado en mayor asunción de riesgos por parte del concesionario como ocurre con esta figura. Sin embargo, se mantiene un riesgo a cargo del Estado, siendo un caso recurrente en nuestro país el de las concesiones para la construcción de carreteras. Bajo estas consideraciones, el proyecto de selección del GIDI no tiene como uno de sus objetivos el de compartir los riesgos de la actividad por parte del agente. Si bien se buscaría mitigar dichos riesgos a través de mecanismos propios de la supervisión contractual, auditorías y presentación de garantías, no existe una intención de asumir desde lo económico la materialización del riesgo por parte de ninguna entidad del Estado.

4.6. Proceso de selección del Gestor del Mercado de Gas Natural - GMGN

4.6.1. Marco normativo y regulatorio

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, literal a), numeral 7, del Decreto 1260 de 2013, corresponde a la Comisión de Regulación de Energía y Gas en relación con los sectores de energía eléctrica y gas combustible *“Establecer la metodología para seleccionar y remunerar los servicios del gestor del mercado de gas natural, asegurando la neutralidad, la transparencia, la objetividad y la total independencia del prestador de los mismos, así como la experiencia comprobada en las actividades a desarrollar”*.

En este sentido, la competencia a ser ejercida por la CREG versa sobre la definición de dos asuntos: establecer la metodología para la selección del gestor y establecer el esquema de remuneración, para lo cual debe asegurar el cumplimiento de cuatro principios fundamentales, esto es, neutralidad, transparencia, objetividad e independencia del prestador quien debe contar con experiencia comprobada.

Para el ejercicio de dicha competencia la Comisión debe tener en cuenta los lineamientos sobre el mercado mayorista de gas natural contenidos en el Decreto 1710 de 2013, según el cual la CREG podrá:

“a) Establecer los lineamientos y las condiciones de participación en el mercado mayorista, las modalidades y requisitos mínimos de ofertas y contratos, los procedimientos y los demás aspectos que requieran los mecanismos de comercialización de gas natural y de su transporte en el mercado mayorista.

b) Señalar la información que será declarada por los participantes del mercado y establecer los mecanismos y procedimientos para obtener, organizar, revisar y divulgar dicha información en forma oportuna para el funcionamiento del mercado mayorista de gas natural.”

Así mismo, la CREG debe establecer el alcance de los servicios que prestará el gestor de los mecanismos de comercialización y de la información, las reglas para la selección del gestor y las condiciones de prestación de sus servicios. En desarrollo de los postulados normativos señalados, la CREG ha expedido varias resoluciones a lo largo de los años⁷, las cuales han definido el concepto de gestor del mercado como aquel responsable de la prestación de los servicios de gestión del mercado primario y del mercado secundario, según las reglas dispuestas por el regulador.

En lo que tiene que ver con el objeto del presente estudio, es relevante mencionar que la CREG ha diseñado en dos momentos el proceso de selección para el GMGN. El primero de ellos en 2013, cuando por primera vez se definieron las reglas para la selección del gestor, así como las condiciones en que prestaría sus servicios y remuneración. El segundo, en 2019, el cual parte del cumplimiento del período inicial de prestación de servicios por parte de la Bolsa Mercantil de Colombia, actual prestador. En ambos casos, el eje normativo y regulatorio está representado en la Ley 142 de 1994 y en los Decretos 1260 y 1710 ya mencionados. No obstante, en el primer proceso las reglas se incluyeron en las resoluciones CREG 124 de 2013 y 021 de 2014, mientras que en el segundo, dichas reglas y condiciones están plasmadas en las resoluciones CREG 114 de 2017 y 055 de 2019.

A continuación, se realizará una descripción de ambos procesos, entendiendo que se trata de experiencias valiosas para el diseño y estructuración del proceso de selección del GIDI.

4.6.2. Proceso de selección diseñado en 2013

De acuerdo con la Resolución CREG 124 de 2013, el proceso de selección a través del cual la entidad seleccionaría al gestor del mercado de gas, debería ser un concurso público con las siguientes etapas:

⁷ Tal es el caso de la Resolución CREG 089 de 2013 por la cual se reglamentaron aspectos comerciales del mercado mayorista de gas natural. Dicha resolución fue compilada por la Resolución CREG 114 de 2017 vigente a la fecha, salvo respecto de las disposiciones derogadas por las Resoluciones CREG 185 y 186 de 2020.

Tabla 3 - Esquema del proceso de selección del GMGN en 2013

Etapas	Actividad y tiempo previsto
Apertura del proceso de selección	
Atención de preguntas y observaciones	Se plantearon 6 semanas desde la apertura para la presentación de preguntas y observaciones por parte de los interesados y la respuesta a estas por parte de la CREG.
Precalificación	Para aplicar y presentar la información de precalificación se calcularon 3 semanas a partir de la terminación de la actividad anterior. Luego de la presentación de la información, la CREG contaba con 2 semanas para la precalificación.
Selección	Esta etapa constaba a su vez de 5 momentos sucesivos: <ul style="list-style-type: none"> • Levantamiento de información por parte de los interesados precalificados (4 semanas). • Presentación de ofertas por parte de los interesados precalificados (2 semanas). • Demostración por parte de los interesados precalificados (2 semanas). • Definición de precalificados elegibles (1 semana). • Evaluación de propuestas y selección del gestor del mercado (2 semanas).

Fuente: Construcción propia con base en la Resolución 124 de 2013

A continuación se hará referencia a los aspectos más relevantes del proceso:

4.6.2.1. En cuanto a la transparencia, objetividad e independencia

Con el fin de garantizar la transparencia, objetividad e independencia buscadas, debía acreditarse a través de una declaración bajo la gravedad del juramento que el interesado no tenía vínculo económico con participantes del mercado de gas natural. Para el efecto, la norma definió vínculo económico en los siguientes términos:

- El interesado no podía ser un participante del mercado.
- Ningún participante del mercado podía tener participación directa en el capital o en la propiedad del interesado o viceversa.
- Ningún participante del mercado podía tener una participación indirecta en el capital o propiedad del interesado que excediera el 20% y viceversa.
- Los participantes del mercado no podían tener una participación indirecta agregada en el capital o en la propiedad del interesado que excediera el 30%.
- Ningún participante del mercado podía ser controlante del interesado en términos societarios y viceversa.

4.6.2.2. Acerca de la reputación y capacidad financiera

Se exigía a los interesados presentar una declaración en donde contara que no habían sido objeto de fallos o sanciones en firme por prácticas anticompetitivas, fraude, abuso de autoridad o violación de reglas relacionadas con el manejo de información reservada. En cuanto a la solvencia financiera, se exigió: (i) un EDITDA anual de al menos US\$500.000 dólares durante los últimos 3 años; (ii) ingresos anuales de al menos US\$5 millones de dólares durante los últimos 3 años y (iii) activos corrientes valorados en US\$1 millón de dólares. Para sustentar el respaldo financiero, el interesado debía declarar por escrito que cumplía con los requisitos y aportar los respectivos soportes.

4.6.2.3. Respecto de la experiencia a demostrar

En cuanto a la experiencia, se exigió que el interesado demostrara amplia experiencia en la operación de plataformas de negociación y/o procesamiento de información de transacciones, así como amplia experiencia en la administración de subastas, la cual debía demostrarse con información relacionada con uno de los siguientes dos aspectos: (i) la operación de plataformas de negociación en que se hayan realizado transacciones diarias y/u horarias durante no menos de 5 años, así como la implementación, operación y mantenimiento de la plataforma tecnológica de al menos una subasta (simultánea de reloj ascendente, simultánea de reloj descendente, o simultánea de sobre cerrado) en la que hubieran participado al menos 10 vendedores o compradores o se hayan realizado transacciones por al menos US\$100 millones de dólares; (ii) el procesamiento de información de transacciones diarias y/u horarias durante no menos de 5 años, así como la implementación, operación y mantenimiento de la plataforma tecnológica de al menos una subasta (simultánea de reloj ascendente, simultánea de reloj descendente, o simultánea de sobre cerrado) en la que hubieran participado al menos 10 vendedores o compradores o se hayan realizado transacciones por al menos US\$100 millones de dólares.

4.6.2.4. Frente a la oferta

La oferta de los interesados debía incluir 3 documentos, a saber: (i) descripción de la organización; (ii) plan detallado del período de planeación y acciones para el inicio de la prestación de los servicios y; (iii) descripción de las acciones previstas para administrar los procedimientos de negociación mediante el mecanismo de subasta en el mercado primario y secundario.

Como parte de la descripción del plan, era necesario especificar el software que se utilizaría, así como los mecanismos mediante los cuales se recopilaría, verificaría y conservaría la información. Del mismo modo, era necesario hacer referencia a las características de seguridad del Boletín Electrónico Central – BEC, en las cuales se debía incluir un plan general de manejo de datos. Adicionalmente, se exigió describir la manera en que se desarrollaría la plataforma con la que se daría aplicación a los procedimientos de negociación mediante el mecanismo de subasta en el mercado primario y secundario. Junto con el plan era necesario aportar un cronograma para la ejecución de cada una de sus actividades, identificando de manera mensual los avances esperados.

En cuanto a la propuesta económica, el proponente debía especificar su ingreso mensual esperado para cada uno de los años de vigencia de la obligación de prestación de los servicios. Dicho ingreso debía incluir todos los costos y gastos en que se incurriría durante el período de planeación y vigencia de la prestación de los servicios (incluyendo también el valor de la comisión de éxito que debería pagarse al promotor contratado por la CREG para la promoción del proceso de selección).

4.6.2.5. Sobre la demostración in situ

El proceso de selección incluyó la demostración preliminar de las plataformas de los interesados precalificados, con el fin de verificar cómo funcionarían en caso de ser seleccionados como gestor. Con esto se buscó verificar el entendimiento del alcance de los servicios, el desempeño de las plataformas en cuanto al manejo de la información, el desarrollo de las negociaciones directas entre compradores y vendedores y los procedimientos de negociación mediante el mecanismo de subasta a corto plazo.

4.6.2.6. En relación con las auditorías

La norma prevé las condiciones específicas para la prestación de los servicios enfocadas en dos aspectos estructurales: la salvaguardia de la información recopilada y el funcionamiento del BEC. Del mismo modo se diseñaron indicadores de gestión para medir la disponibilidad del BEC, oportunidad de publicación de la información y oportunidad de registro de contratos. Con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones, se plantearon dos tipos de auditorías:

- **Auditoría inicial:** con esta auditoría se verificaría la oportunidad en la implementación y puesta en funcionamiento del mecanismo para la prestación de los servicios y el avance en el cronograma de implementación.
- **Auditoría de gestión:** se revisarían de manera permanente los sistemas de información y comunicaciones; la precisión de los resultados obtenidos en el procesamiento de información; las responsabilidades y deberes propios de las subastas; la precisión de los indicadores obtenidos; la certificación en gestión de calidad; y todos aquellos aspectos adicionales que solicite la CREG.

4.6.2.7. Acerca de las garantías exigidas

Dentro del proceso se exigió la presentación de garantías por parte de los interesados. Por una parte, se debía presentar una garantía de seriedad de la oferta para responder por el cumplimiento oportuno del proponente de las especificaciones de la oferta, en especial, la relacionada con la independencia frente a los participantes del mercado. El valor de la garantía fue de US\$500.000 y su vigencia debería ser por 4 meses. Por otro lado, el proponente seleccionado debía presentar una garantía de cumplimiento para cubrir tanto las obligaciones de planeación e implementación, como la obligación de presentar una tercera

garantía, específicamente relacionada con las obligaciones de cumplimiento de puesta en operación. De esta suerte, en el proceso, el oferente ganador debía presentar en total 3 garantías.

4.6.3. Proceso de selección diseñado en 2019

En este punto vale la pena destacar que en la Resolución CREG 114 de 2017⁸, se identifican las reglas específicas asociadas a los servicios que ha de prestar el gestor del mercado. A manera de referencia, el artículo 6 de la resolución indica que le corresponde prestar los siguientes servicios:

- **Diseño, puesta en funcionamiento y administración del Boletín Electrónico Central (BEC)**

En el desarrollo de esta actividad, el gestor debe diseñar y poner en funcionamiento el Boletín Electrónico Central (BEC) y administrarlo. A través del BEC, el gestor del mercado debe prestar los servicios de centralización de información transaccional y operativa y de gestión de los mecanismos de comercialización del mercado secundario de gas natural. Este boletín también podrá ser utilizado por el gestor para prestar los servicios de gestión del mecanismo de subasta en el mercado primario de gas natural, de la subasta previsto para los contratos con interrupciones en el mercado mayorista de gas natural y para reportar la información para el seguimiento del mercado mayorista de gas natural.

- **Centralización de información transaccional y operativa**

Para atender esta actividad el gestor del mercado debe recopilar, verificar, publicar y conservar la información sobre el resultado de las negociaciones realizadas en el mercado primario y en el mercado secundario, la información sobre el resultado de las negociaciones entre comercializadores y usuarios no regulados y la información operativa del sector de gas natural. Parte de este servicio implica la publicación en el BEC de la información transaccional del mercado primario y secundario, de otras transacciones en el mercado mayorista e información operativa, en las condiciones definidas en el Anexo 2 de la Resolución CREG 114 citada.

La información centralizada por el gestor obtenida en cumplimiento de lo dispuesto en la regulación es de acceso generalizado al público, no puede tener costo alguno y debe ser publicada de manera agregada. Lo anterior no impide que el gestor del mercado preste otros servicios de información, que sí podrán dar lugar a su cobro.

- **Gestión del mecanismo de subasta en el mercado primario de gas natural**

En el desarrollo de esta actividad el gestor debe facilitar la comercialización de gas natural en el mercado primario, dando para ello aplicación al procedimiento de negociación mediante el mecanismo de subasta,

⁸ Si bien la Resolución CREG 114 contiene las actividades principales a cargo del gestor del mercado, dicho agente también debe prestar los servicios definidos en otros actos administrativos expedidos por la CREG, como son las Resoluciones CREG 123 de 2013, 163 de 2014, 065 de 2015, 005 de 2017, 033 de 2018.

según el cual los vendedores y los compradores de gas definidos en la regulación⁹, podrán negociar contratos de suministro de gas natural con duración de un año.

- **Gestión de los mecanismos de comercialización del mercado secundario de gas natural**

La gestión a la que hace referencia esta actividad implica la facilitación de las negociaciones del mercado secundario, para lo cual dará aplicación a los procedimientos de negociación directa a través de BEC, proceso úselo o véndalo de largo plazo para capacidad de transporte, proceso úselo o véndalo de corto plazo para gas natural y procesos úselo o véndalo de corto plazo para capacidad de transporte.

- **Gestión del mecanismo de subasta previsto para los contratos con interrupciones en el mercado mayorista de gas natural**

Para estos efectos, el gestor debe facilitar la comercialización de gas natural bajo la modalidad de contrato con interrupciones, aplicando para el efecto el proceso de negociación mediante el mecanismo de subasta contenido en el artículo 49 de la Resolución CREG 144.

- **Reporte de información para el seguimiento del mercado mayorista de gas natural.**

Esta actividad implica que el gestor debe poner a disposición de las entidades competentes la información transaccional y operativa que las mismas le soliciten para efectos de su actividad regulatoria, de inspección, vigilancia y control del mercado mayorista de gas natural. La entrega de esta información, en ningún caso, puede dar lugar a cobro por parte del gestor del mercado.

Para asegurar el cumplimiento de los roles y tareas asignadas al gestor antes descritas, la regulación incluye obligaciones en cabeza de todos los agentes del mercado en el sentido de entregar la información detallada de manera completa, ordenada y exhaustiva, permitiéndole al gestor el diseño de formatos para la recolección de dicha información. Según lo dispuesto en la regulación, el incumplimiento de esta obligación por parte de los agentes podrá ser considerada por la autoridad competente como una práctica contraria a la libre competencia.

Lo anterior pone de presente que el gestor se incluye como agente de radical importancia en el ecosistema ante la evidencia de que la disponibilidad de información es indispensable para el desarrollo de un mercado en competencia, generando mecanismos tendientes a que todos los agentes conozcan las condiciones de operación del mercado de gas natural, para así establecer de manera eficiente los precios para la prestación del servicio domiciliario a los usuarios finales. Así, el gestor del mercado deberá ser quien centraliza la información transaccional de los mercados mayorista y minorista de gas natural e información operativa del sector gas natural, gestiona transacciones del mercado primario y de los mercados secundario y de corto plazo de gas natural y ejerce seguimiento del mercado mayorista. Para ello, el gestor del mercado debe ser un agente independiente, seleccionado a través de un proceso competitivo que adelante la CREG, que preste sus servicios a todos los agentes del mercado para que estos tengan acceso a la información operativa y transaccional, y que ésta sea completa, confiable, oportuna y se encuentre centralizada.

⁹ Se refiere a los agentes descritos en los artículos 17 y 18 de la Resolución CREG 114.

En el ejercicio de esa actividad resulta de gran relevancia la custodia y protección de información sensible o sometida a reserva de modo que su administración y manejo garanticen que no se revelará información con reserva legal, datos personales protegidos y en general, toda información que tenga carácter confidencial o privilegiada.

En lo que respecta al proceso de selección, el artículo 7 de la Resolución CREG 144 de 2017, estableció que la CREG “(...) adelantará un concurso público para seleccionar al gestor del mercado que prestará los servicios establecidos en el Artículo 6 de esta Resolución. Dicho concurso estará sujeto a los principios de transparencia y selección objetiva y a la metodología definida por la CREG en resolución aparte.”

Ante la relevancia del gestor y el impacto que tiene en el comportamiento del mercado, el proceso de selección debe cumplir con una serie de reglas que garanticen que el mismo sea abierto y competitivo, y que producto de este se cuente con una empresa experta. Las disposiciones generales del proceso de selección del gestor, así como las condiciones de prestación de servicios y su remuneración, están descritos en la resolución CREG 055 de 2019 y contemplan los siguientes ejes temáticos: (i) condiciones específicas de prestación de servicio¹⁰; (ii) medidas sobre el funcionamiento del BEC¹¹; (iii) condiciones generales para la prestación de los servicios¹² y (iv) criterios y procedimiento de selección. A continuación, se hará referencia específica al proceso de selección, teniendo en cuenta el objeto de esta consultoría:

4.6.3.1. Criterios y procedimiento de selección

La CREG debe adelantar un concurso público en el que, una vez abierto, tendrá espacio para atender preguntas y aclaraciones. Una vez atendidas dichas inquietudes, se presentarán las propuestas y, previa verificación de los requisitos habilitantes, se definirán los interesados que pueden continuar en el proceso. Luego de ello, la CREG debe evaluar la propuesta (técnica, económica y experiencia) para posteriormente determinar el orden de elegibilidad. El trámite culmina con la selección del gestor del mercado. Las etapas del proceso se pueden visualizar en la siguiente tabla:

¹⁰ Se incluyen reglas adicionales sobre el manejo de la información y la necesidad de llevar un registro completo de la información recopilada.

¹¹ Se incluyen condiciones tendientes a la protección de la seguridad de la plataforma y condiciones técnicas de la misma y se insiste en la protección de datos personales, así como en la necesidad de contar con un espacio en el portal que permita recibir y tramitar PQRs.

¹² Se contempla la obligación de tener una oficina en Colombia y constituirse como una sociedad o sucursal que opera bajo las normas colombianas, sometidas a la regulación de la CREG. Se insiste en la necesidad de ser independiente, neutral, objetivo y transparente. También se incluyen requisitos sobre gestión de calidad y aplicación de reglas de confidencialidad de la información.

Tabla 4- Esquema del proceso de selección del GMGN en 2019

Etapas	Actividad y tiempo previsto
Apertura del proceso de selección	
Atención de preguntas y aclaraciones	Se plantearon 4 semanas desde la apertura para la presentación de preguntas y observaciones por parte de los interesados y la respuesta a estas por parte de la CREG.
Presentación de propuestas	Luego de culminar la primera etapa, los interesados cuentan con 13 semanas para la presentación de sus propuestas. Luego de este plazo, la CREG tiene una (1) semana para verificar requisitos habilitantes y solicitar aclaraciones y/o subsanaciones.
Definición de interesados habilitados	A partir de la verificación prevista en la etapa anterior, la CREG cuenta con una (1) semana para definir los interesados habilitados.
Evaluación de las propuestas por parte de la CREG	Esta etapa consta de 4 momentos sucesivos: <ul style="list-style-type: none"> • Evaluación del documento técnico y de la demostración de los interesados (hasta 2 semanas). • Evaluación de la experiencia específica (hasta 2 semanas) • Evaluación económica (hasta 1 semana) • Determinación de orden de elegibilidad (hasta 2 semanas)
Selección del gestor del mercado	Se cuenta con 2 semanas a partir de la finalización de la evaluación.

Fuente: Construcción propia con base en la Resolución CREG 055 de 2019

Los requisitos habilitantes en el proceso se enfocan en 6 ítems: (i) documentos legales; (ii) transparencia, neutralidad, objetividad e independencia; (iii) reputación; (iv) capacidad financiera; (v) experiencia mínima habilitante y; (vi) equipo básico de trabajo. Como aspecto relevante se encuentra que en el Anexo 1 de la Resolución 055 de 2019 se incluye el Reglamento para la Presentación de Propuestas.

4.6.3.2. Respecto de los documentos legales

Como parte de los documentos legales exigidos, se incluye el certificado de existencia y representación legal, la constitución del consorcio (en caso de aplicar) y la garantía de seriedad de la propuesta. Vale mencionar que se permite la realización de consorcios y no se exige que los interesados sean empresas de servicios públicos al igual que en el proceso de 2013.

Respecto a la garantía de seriedad, esta se constituye para amparar las estipulaciones de la propuesta, en especial, la de aceptar el vínculo entre el interesado y los participantes del mercado. Adicionalmente, debe garantizar que el interesado obtendrá oportunamente la aprobación de la garantía de puesta en marcha de la operación. El valor de cobertura es de US\$500.000 y su vigencia es de 6 meses a partir de la entrega de la propuesta.

Acerca de la transparencia, neutralidad, objetividad e independencia

Se exige un documento en donde conste la gobernanza del proponente, las situaciones de control que pueden existir y los posibles conflictos de interés. La situación de control se basa en los parámetros de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es decir, el control bajo el régimen de protección de la competencia. Del mismo modo, el documento debe incluir la descripción de un mecanismo de uso adecuado de la información a la que se tenga acceso por prestar los servicios del gestor del mercado. La norma define como conflictos de interés “(...) la existencia de situaciones que puedan o resulten obstaculizando o imposibilitando su independencia e imparcialidad, en la realización de la gestión como gestor del mercado de gas natural o con respecto de los participantes del mercado de gas natural que tengan participación directa o indirecta en el interesado.”

Debe, además, declararse bajo la gravedad del juramento que no existen pactos, acuerdo o cualquier tipo de documento que tenga por objeto o como efecto la constitución de una situación de control, como controlantes o como controlados. Frente a participaciones accionarias, se plasman las siguientes reglas:

Tabla 5 - Reglas sobre participación accionaria

Reglas
Ningún participante del mercado de gas natural puede tener una participación total, directa o indirecta, en el capital del interesado que exceda el 5%.
Una sociedad que tenga participación directa o indirecta, mayor al 5% en un participante del mercado de gas natural, no podrá tener una participación total, directa o indirecta, en el capital del interesado que exceda el 5%.
La suma agregada de las participaciones de los agentes a los que se hace referencia no podrá exceder el 30% del capital del interesado.
La suma agregada de las participaciones de los agentes que hagan parte de mercados complementarios, o las sociedades que tengan participaciones directa o indirectas, mayores al 5% en un participante de mercados complementarios, no podrá exceder el 30% del capital del interesado.
El interesado no puede tener participación directa o indirecta en el capital de alguno de los participantes del mercado de gas natural.

Fuente: Construcción propia con base en la Resolución 055 de 2019

Para la elaboración de las declaraciones respectivas, la resolución provee los formatos 1 y 2.

Frente a la reputación

Se incluye como Formato 3 una declaración de buena reputación en virtud de la cual, los interesados manifiestan bajo la gravedad de juramento que no han sido objeto de sanciones en firme por el régimen de protección a la competencia, fraude, abuso de autoridad, evasión de impuestos, responsabilidad fiscal o violación de reglas relativas a manejo de información reservada.

Sobre la capacidad financiera

En cuanto a la capacidad financiera, se repite la fórmula utilizada en el proceso del 2013 según la cual debe demostrarse: (i) un EBITDA anual de al menos US\$500.000 dólares durante los últimos 3 años; (ii) ingresos anuales de al menos US\$5 millones de dólares durante los últimos 3 años y; (iii) activos corrientes valorados en US\$1 millón de dólares. Para sustentar el respaldo financiero, el interesado debía declarar por escrito que cumplía con los requisitos y aportar los respectivos soportes. Se debe presentar de acuerdo con el Formato 4 previsto en la resolución.

En relación con la experiencia mínima habilitante

Los interesados deben demostrar amplias experiencias de administración de plataformas de negociación y/o en el procesamiento de información, así como en la administración de subastas. Para tal efecto, se debe aportar sustento de los siguiente:

- Administración de plataformas de negociación con transacciones diarias y/u horarias durante no menos de 5 años.
- Procesamiento de información de transacciones diarias y/u horarias durante no menos de 5 años.
- La implementación, operación y mantenimiento de la plataforma tecnológica de al menos una subasta (simultánea de reloj ascendente, simultánea de reloj descendente, o simultánea de sobre cerrado) en la que hubieran participado al menos 10 vendedores o compradores o se hayan realizado transacciones por al menos US\$100 millones de dólares.

Adicionalmente, se exige un equipo básico de trabajo que debe estar compuesto por lo menos por un experto en el mercado de gas, un experto en regulación, un experto en tecnología y un experto en análisis de datos.

4.6.3.3. Comité Evaluador del proceso de selección

Como parte del proceso se creó un comité evaluador conformado por al menos 3 miembros de la CREG y por los asesores de la entidad que se consideren necesarios. Asimismo, se prevé la posibilidad de invitar a especialistas para apoyar la verificación de los requisitos habilitantes y evaluación de propuestas. El comité deberá elaborar un informe de resultados, el cual será la base de la decisión a tomar por parte de la CREG.

4.6.3.4. Evaluación de las propuestas técnica y económica

Las propuestas se evalúan mediante la suma de la componente técnica (*Puntaje E.Técnica_i*) y económica (*Puntaje propuesta económica_i*) las cuales se calculan sobre un puntaje máximo de 1.000 puntos y con base en este resultado se determina el orden de elegibilidad mediante una Resolución de la CREG contra la cual procede recurso de reposición.

Como parte de la evaluación se establecen mecanismos para desempate: si dos o más interesados obtienen el mismo puntaje se procede a seleccionar al interesado con menor oferta económica y, si existe empate, en la propuesta económica se procede a seleccionar al interesado que radicó primero.

La evaluación técnica resulta de la suma de tres componentes: experiencia específica (PEE_i); Evaluación de la demostración (PTD_i) y evaluación del documento técnico (PDT_i).

Para la experiencia específica (PEE_i) se calcula la razón entre la experiencia específica del habilitado medida en meses (EEP_i) y la experiencia máxima de todas las empresas habilitadas (EEP_{max}) haciendo uso de la siguiente ecuación: $PEE_i = \frac{EEP_i}{EEP_{max}} \times 250$.

La evaluación de la demostración (PTD_i) considera la suma de tres criterios: evaluación del entendimiento de la regulación por parte del interesado habilitado ($Total A_i$), la evaluación de la revisión de criterios básicos de funcionamiento ($Total B_i$), y la evaluación técnica de IT del habilitado ($Total C_i$). El puntaje máximo de (PTD_i) es de 300. A su vez, el puntaje máximo de la evaluación del documento técnico (PDT_i) es de 150. Esto significa que el máximo puntaje técnico posible, considerando también la experiencia específica (PEE_i) es de 700 puntos.

Para la realización de la evaluación de la demostración y el establecimiento del puntaje (PTD_i) se estableció un reglamento que contemplaba, entre otros, los siguientes aspectos:

- Para el caso del entendimiento de la regulación ($Total A_i$) el puntaje máximo se definió en 100 puntos y su evaluación fue fijada mediante una tabla en la que se revisaba la comprensión del interesado de 24 aspectos regulatorios, evaluados en forma dicotómica (Sí=1 ó No =0) distribuidos entre los temas: úselo o véndalo de corto plazo (25 puntos distribuidos en 6 criterios cada uno de 25/6 puntos); úselo o véndalo de largo plazo (25 puntos distribuidos en 7 criterios cada uno de 25/7 puntos); descripción del proceso de negociación mercado primario (25 puntos distribuidos en 6 criterios cada uno de 25/6 puntos); y subasta de contrato con interrupciones y firmes bimestrales (25 puntos distribuidos en 5 criterios cada uno de 5 puntos).
- Se estableció una tabla con 10 criterios básicos de funcionamiento ($Total B_i$), evaluados en forma dicotómica (Sí=1 ó No =0). Sin embargo el puntaje final del criterio seguía una regla en la cual sólo si la suma de los 10 criterios era igual a 10 (es decir, si todos los criterios se cumplían) se asignaban los 50 puntos; de lo contrario, el puntaje era de 0 puntos.
- Se estableció una evaluación técnica de IT ($Total C_i$) con un puntaje máximo de 150 puntos evaluados mediante una tabla que comprendía: El diseño general del sistema (puntaje máximo de 20 puntos distribuidos entre 5 criterios cada uno de 4 puntos); la capacidad, desempeño y disponibilidad (21 puntos distribuidos entre 3 criterios cada uno de 7 puntos); las funciones de gestión de mercado (80 puntos distribuidos entre 8 criterios cada uno de 10 puntos); las funciones asociadas con la plataforma tecnológica (15 puntos distribuidos entre 3 criterios cada uno de 5 puntos); y la implementación de la plataforma tecnológica (14 puntos distribuidos entre 2 criterios cada uno de 7 puntos).

- La evaluación de cada criterio se realizaba mediante la aplicación de uno de cuatro niveles: excelente, bueno, regular o malo. Cada nivel tenía una equivalencia en puntaje. Por ejemplo: si el puntaje máximo era igual a 4 se distribuía en 4, 3, 2 y 1 respectivamente; si el puntaje máximo era igual a 5 se distribuía en 5, 4, 2 y 1 respectivamente; si el puntaje máximo era igual a 7 se distribuía en 7, 5, 3 y 1 respectivamente; y si el puntaje máximo era igual a 10 se distribuía en 10, 7, 4 y 1 respectivamente.

A su vez, para los 150 puntos del documento técnico (PDT_i), se establecieron 20 puntos para la descripción de la organización prevista y 130 puntos para la descripción de las acciones del plan detallado del periodo de planeación y el periodo de prestación de servicios, incluyendo aspectos como: migración de datos; plataforma del BEC y sus características de seguridad; plataforma con la que dará aplicación a los mecanismos de subasta en el mercado primario y secundario en caso de que no use la plataforma del BEC para estos efectos; el cronograma de ejecución con identificación de hitos; y descripción de las acciones previstas para administrar los procedimientos de negociación mediante el mecanismo de subasta en el mercado primario y secundario.

Las reglas del proceso establecieron que para proceder con la apertura de la oferta económica, un oferente habilitado debía cumplir con: $PTD_i + PDT_i \geq 360$.

A su vez, la propuesta económica (*Puntaje propuesta económica_i*) se calcula como la razón entre el valor de la propuesta de cada habilitado calculado como el valor presente neto del ingreso anual esperado (PPE_i) y el menor valor de las propuestas presentadas calculada como el valor presente neto del ingreso anual esperado (PPE_{min}) haciendo uso de la siguiente ecuación: $Puntaje\ propuesta\ económica_i = \frac{PPE_{min}}{PPE_i} \times 300$. La tasa de descuento para el cálculo del valor presente neto se determinó en 15% anual.

Por otra parte, para el ingreso anual esperado se estableció que este debe considerar todos los costos y gastos en que incurra el interesado tanto durante el periodo de planeación como durante el periodo de vigencia de obligación de prestación de servicios incluyendo el costo de oportunidad del capital, discriminando sin ambigüedades el ingreso en cada uno de los años del periodo de vigencia de la obligación y para un posible año de prórroga, expresado en pesos colombianos. Se estableció además que el ingreso esperado en cada año debe cumplir con la siguiente desigualdad: no puede ser mayor que $\left[\left(\frac{1}{n}\right) \times 100\% + 5\%\right]$ de la sumatoria de los valores esperados en todos los años, ni menor del $\left[\left(\frac{1}{n}\right) \times 100\% - 5\%\right]$ de dicho valor siendo n el número de años del periodo de vigencia para todos los años excepto el posible año de prórroga.

Además cada interesado debía describir en pesos colombianos los costos asociados a la prestación de servicios adicionales regulatorios como gestor del mercado, documento no vinculante para la CREG, la cual, en su momento, podrá pedir una propuesta económica justificada, pero sí vinculante para el interesado.

4.6.3.5. Auditorías

Se prevén 2 tipos de auditorías dentro del proceso. La primera durante el período de planeación y la segunda, para el período de prestación del servicio.

- **Auditoría inicial:** con esta auditoría se verificaría la oportunidad en la implementación y puesta en funcionamiento del mecanismo para la prestación de los servicios y el avance en el cronograma de implementación. El auditor presentará 3 informes durante el período de planeación en donde plasmará, de forma clara y sin ambigüedades, el estado de avance en el cronograma con base en porcentajes de ejecución.
- **Auditoría de gestión:** se revisará de manera permanente el cumplimiento de las obligaciones del gestor. Se proyectan 3 tipos de informes: (i) auditoría anual; (ii) auditoría trimestral y; (iii) otros informes de auditoría. Se tienen como indicadores de gestión auditables, los siguientes:

- Disponibilidad del BEC
- Oportunidad de la publicación
- Oportunidad del registro de contratos
- Oportunidad del registro de comercializadores
- Oportunidad de la liquidación y facturación de cargos por uso del gestor de mercado
- Oportunidad de implementación de la regulación

Garantías

Además de la garantía de seriedad del interesado, en caso de ser seleccionado como gestor de gas, deberá aportar 2 garantías adicionales:

- **Garantía de cumplimiento de puesta en operación:** se busca cubrir el cumplimiento de las obligaciones propias del período de planeación, la cual tendrá un valor de cobertura equivalente al 10% del valor presente del ingreso anual esperado durante el período de vigencia de la obligación de la prestación de los servicios. (Para el cálculo del valor presente se utilizará una tasa de descuento del 15%). Su vigencia será la del período de planeación más 4 meses.
- **Garantía de cumplimiento:** se busca cubrir el cumplimiento de los servicios establecidos como gestor de datos del mercado de gas. Deberá ser aprobada 1 mes antes del inicio de la vigencia de las actividades y renovada anualmente. Su cobertura será la del 20% del ingreso anual esperado cada año y la vigencia será de 13 meses.

El gestor seleccionado deberá, además, celebrar un contrato de fideicomiso con una sociedad fiduciaria para la administración de las garantías.

4.6.4. Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI

El proceso de selección aplicado para el Gestor del Mercado de Gas Natural y contenido en la Resolución 55 del 30 de mayo de 2019 es, en opinión de la Consultoría, un proceso robusto que cuenta con varias ventajas, las cuales pueden mantenerse en un proceso de selección para el GIDI. Por ejemplo:

- Establecer de manera clara la metodología para la selección del gestor y el esquema de remuneración.
- Establecer un conjunto de principios rectores del proceso: neutralidad, transparencia, objetividad e independencia del prestador e indicar formas para asegurar el cumplimiento de estos principios a partir de la composición societaria del interesado.
- Proponer un conjunto de condiciones habilitantes de carácter legal, financiero, de reputación y de experiencia mínima.
- Establecer criterios objetivos para la evaluación de la oferta técnica mediante la evaluación de experiencia específica, evaluación de la demostración y evaluación del documento técnico incluyendo puntajes mínimos para valorar la idoneidad técnica de los interesados.
- Establecer criterios objetivos para la evaluación de la propuesta económica calculada como el valor presente neto del ingreso anual esperado.
- Generar un balance en los puntajes para la evaluación entre la componente técnica y la propuesta económica.

El proceso de selección realizado directamente por la CREG es consistente con la propuesta regulatoria contenida en la Resolución CREG 219 de 2020, pues permite la selección directa del GIDI por parte de la Comisión y además garantiza que el gestor seleccionado no tenga ningún acuerdo con los demás agentes de la cadena de prestación del servicio de energía eléctrica. Esto no quiere decir, en opinión de esta consultoría, que deba implantarse de manera integral y detallada la estructura del proceso de selección y demás elementos relacionados con esta, como son entre otros, los requisitos para los proponentes, el control sobre ejecución e implementación o constitución de garantías. Sin embargo, se trata de una experiencia que permite extraer importantes aprendizajes para el caso del GIDI.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la referida propuesta regulatoria se decantó por un modelo de implementación de AMI de gestión centralizada de información y despliegue por parte del OR (Consultoría Universidad Tecnológica de Pereira - UTP, 2019, pág. 6), según el cual, se asigna la responsabilidad al OR para instalar los medidores a los usuarios del servicio, pero la gestión de información se realiza de manera centralizada a través de un gestor independiente de información. Esto quiere decir que el repositorio de datos está a cargo de un tercero y, por lo tanto, el acceso a la información es a través de ese gestor de información. El reporte de la información es responsabilidad del OR, quien debe entregarla en las condiciones establecidas por la regulación a ese tercero independiente. La incorporación de un gestor de información que realice esta tarea de manera independiente busca mitigar el riesgo asociado al ejercicio de poder de mercado por parte del OR o del comercializador. (Documento CREG 103, 2020, pág. 103)

La CREG señaló que, para asegurar la neutralidad respecto del tratamiento de los datos e información, el agente que desarrolle la nueva actividad de gestión de datos deberá ser una persona completamente independiente de los actuales actores de la cadena de prestación del servicio y para ello no podrá tener ninguna relación o vínculo con ninguno de los agentes existentes que desarrollen alguna de las actividades de la cadena de prestación del servicio o aquellos encargados del centro nacional de despacho, sistema de intercambios comerciales o liquidación de cuentas. (Documento CREG 103, 2020, pág. 110). Razón de más, para adelantar un concurso público de esta naturaleza como mecanismo de selección del GIDI.

4.7. Proceso de selección del EPISA

4.7.1. Generalidades del proceso de creación y funcionamiento del EPISA

A manera de antecedente relevante relacionado con un servicio público domiciliario, se retomará la experiencia nacional analizada en el Producto 1 de la Consultoría, con respecto a la creación y condiciones de funcionamiento del Ente Procesador de Información del Servicio de Aseo -EPISA, sociedad que gestiona, administra y procesa la información del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá. Para efectos del presente análisis, debe recordarse lo siguiente:

- El EPISA no surgió por ninguna de las modalidades de selección hasta aquí expuestas y tampoco fue seleccionado por la Unidad Administrativa de Servicios Públicos a través de un proceso competitivo con pluralidad de participantes.
- Las condiciones de creación del EPISA, fueron definidas en los términos de la Licitación Pública UAESP 02 de 2017, donde se estableció, entre otras, la obligación a cargo de los concesionarios de las Áreas de Servicio Exclusivo de Bogotá de contratar a través de una entidad fiduciaria a la persona jurídica encargada de montar, operar y administrar el EPISA.
- El EPISA fue creado en 2018 como una sociedad por acciones simplificada, denominada Procesador de Información del Servicio de Aseo S.A.S. -PROCERASEO S.A.S.- conformada por los concesionarios de Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) en la ciudad de Bogotá D.C. Esta sociedad tiene duración indefinida y debe ejercer su objeto social durante el término de las concesiones (8 años contados a partir del 12 de febrero de 2018) incluyendo sus prórrogas, el plazo de liquidación de los contratos, el periodo de empalme con la siguiente concesión y el periodo de liquidación del contrato de montaje del sistema.
- No se constituyó como una Empresa de Servicios Públicos sino que se rige por el derecho privado. No está sujeta a la regulación de la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento Básico; tampoco a la vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; por tratarse de una sociedad comercial responsable del tratamiento y administración de bases de datos, está sujeta a la vigilancia de las Superintendencias de Sociedades y la de Industria y Comercio.
- La sociedad tiene como objeto principal la realización del montaje, administración y operación del Sistema de Información del Servicio Público de Aseo de Bogotá, en adelante SIGAB; fue

definido como el sistema de información que deberá recibir, administrar, procesar y consolidar la información operativa, técnica, comercial y financiera del servicio público de aseo de Bogotá.

- Para cumplir con dicho objeto debe suministrar, entre otros, el soporte tecnológico, humano, físico y operativo. Todo ello de conformidad con el alcance de dichas obligaciones previsto en los reglamentos, los contratos de concesión y el contrato de fiducia. Así mismo, PROCERASEO S.A.S. debe realizar la conciliación del recaudo, suministrar toda la información con los alcances y detalles que requiera la fiducia constituida por los concesionarios y preparar los reportes de información que requiera la UAESP.

4.7.2. Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI

Aun cuando el EPISA puede considerarse un ente similar al GIDI (por tratarse de agentes responsables de la recopilación, gestión, procesamiento y administración de información relevante de los servicios públicos domiciliarios de aseo y energía eléctrica, respectivamente), el mecanismo de creación del primero no es replicable para el segundo, en la medida en que la creación de la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información a cargo del GIDI surge, entre otros objetivos, para promover la competencia en el mercado del servicio de energía; Es precisamente por ello que se requiere total independencia de todos los actores que confluyen en el mismo, cosa que no ocurre en el caso del procesador de información del servicio de aseo de Bogotá al estar vinculado contractualmente con los concesionarios de las áreas de servicio exclusivo de la ciudad para quienes procesa y administra la información, quienes tienen participación accionaria en la sociedad PROCERASEO S.A.S.

Al respecto, debe recordarse que según el artículo 41 del proyecto de resolución contenido en la Resolución CREG 219 de 2020, el agente que lleve a cabo el desarrollo de la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información, deberá hacerlo de manera neutral, transparente, objetiva e independiente, para lo cual no podrá encontrarse en situación de control directo e indirecto, conflictos de interés o acuerdos con agentes que desarrollen alguna de las actividades de la cadena de prestación del servicio y sus actividades complementarias, lo cual excluye de plano la posibilidad de tener una relación contractual con cualquiera de dichos agentes.

Sumado a lo anterior, el artículo 45 Ibidem, establece que El GIDI será escogido por la CREG como resultado de un proceso competitivo que será reglamentado en resolución aparte; esta configuración regulatoria, impide que los Operadores de Red de manera conjunta seleccionen y elijan al GIDI a través de un proceso contractual. No obstante, esta Consultoría considera que esta última modalidad (que sea seleccionado por los OR) resulta igualmente válida para la selección del gestor; sin embargo, el mecanismo de selección a proponer deberá ser coherente con la regulación propuesta en el proyecto publicado en la Resolución CREG 219 de 2020.

4.8. Proceso de selección del ABD

4.8.1. Generalidades sobre el funcionamiento y el proceso de selección del ABD

Finalmente, como antecedente relevante para sustentar la recomendación del mecanismo de selección del GIDI, se revisará el proceso de selección del Administrador de la Base de Datos- ABD- como responsable de la administración, gestión e integridad de la Base de Datos Administrativa -BDA-, la mediación de los cambios de Proveedor de Servicios de Telecomunicaciones y la coordinación de la sincronía de la actualización de las Bases de Datos Operativas involucradas en la Portabilidad Numérica¹³.

Retomando el análisis realizado por la consultoría contratada por la CREG en 2020 para la Definición de la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información y el diseño general del agente que realizaría la actividad (pág. 71; Bacca, Bacca, Castellanos, Munar, & Sierra, 2020) se destaca la importancia de profundizar sobre las condiciones de operación y selección del ABD por tratarse de un agente de características similares a las del GIDI, teniendo en cuenta lo siguiente:

- Se trata de un actor imparcial, racional, neutral, que debe dar un trato no discriminatorio a los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) y quien tiene la obligación de operar y garantizar la seguridad, mantenimiento e integridad de la Base de Datos Administrativa de nuevos portados (BDA).
- Gestiona la comunicación de los cambios de PRST por parte de los usuarios y del cumplimiento de las especificaciones técnicas y operativas que sean definidas regulatoriamente por la Comunicación de Regulación de Comunicaciones – CRC en materia de portabilidad numérica.
- Los recursos de numeración y la figura del BDA guardan similares características, en su naturaleza regulatoria, con los medidores inteligentes y la base de datos que gestionaría el GIDI con base en la información proporcionada por los operadores de red.
- El ABD es una figura que ha funcionado en el país por alrededor de 10 años garantizando 24.2 millones de portaciones acumuladas desde su implementación; además, ha sido internacionalmente probado y adoptado en diferentes países (p.ej. Chile, México, Perú, la Unión Europea, entre otros) que han implementado esquemas de portabilidad numérica móvil.
- La regulación del ABD y de la BDA centralizada atiende a un modelo de corregulación, bajo el cual se desarrolla la participación explícita del regulador (i.e. CRC) para ofrecer ventajas significativas sobre la regulación tradicional de comando y control.
- Las bases de datos gestionadas por el ABD contienen datos personales de los usuarios del servicio de telefonía móvil, lo cual también constituye un reto en el diseño del GIDI.

En cuanto al mecanismo de selección del ABD, la CRC dispuso en el artículo 36 de la Resolución CRC 2355 de 2010 que dicho agente sería seleccionado conjuntamente por los Proveedores de Redes y Servicios de

¹³ Resolución CRC 2355 de 2010, artículo 3, numeral 3.1

Telecomunicaciones que implementen el esquema de enrutamiento ACQ¹⁴ (*All Call Query*), teniendo en cuenta criterios de eficiencia y maximización del beneficio para los usuarios y cumpliendo los parámetros regulatorios establecidos en cuanto a: (i) las obligaciones del ABD (artículo 38); (ii) contenido del contrato a celebrar entre los PRST y el ABD (artículo 39) y (iii) plazo para la suscripción del contrato (artículos 40 y 41), entre otros.

Respecto de los aspectos generales del proceso de selección del ABD, la CRC determinó a través de la referida regulación, aquellos que debían tener en cuenta los PRST, los cuales se resumen a continuación:

Tabla 6 - Aspectos generales del proceso de selección del ABD

Tema	Parámetro regulatorio
Información mínima de las condiciones de selección del ABD	Se estableció una información mínima a ser tenida en cuenta dentro de sus términos de referencia tales como: (i) objeto del contrato; (ii) especificaciones técnicas y operativas; (iii) modalidad de contratación; (iv) proceso de selección; causales de rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso; (v) condiciones de celebración del contrato; (vi) condiciones económicas y forma de pago; (vi) garantías.
Modalidad y mecanismo de contratación	Se aclaró que los PRST deberán determinar conjuntamente la modalidad y el mecanismo de contratación de conformidad con el Código de Comercio, y en el marco de la Ley 1245 de 2010 y la Resolución CRC 2355 de 2010.
Elaboración y presentación de propuestas	Incluye la determinación de las condiciones en la que los proponentes o el eventual contratante debe elaborar y presentar su propuesta para que sea considerada como válida.
Responsabilidad de la elaboración de la propuesta y efecto vinculante de las mismas	Se sugirió establecer claramente que la responsabilidad de elaborar la propuesta es enteramente de los proponentes y que la presentación de la propuesta vincula al proponente.
Régimen jurídico aplicable	Se sugirió determinar el ordenamiento jurídico aplicable en la elaboración de la propuesta y en la celebración, suscripción y ejecución del contrato.
Modificación de las condiciones de selección del ABD	Se deja claro que las mismas no podrán vulnerar la regulación general aplicable en la materia.
Procedimiento de selección	Se refiere a las diferentes etapas del proceso de selección, incluyendo por lo menos, las siguientes: (i) período de información previa y elaboración de los términos de referencia; (ii) preparación y presentación de las propuestas; (iii) evaluación de las propuestas y (iv) selección y adjudicación.

Fuente: (Bacca, Bacca, Castellanos, Munar, & Sierra, 2020, pág. 78)

¹⁴ ACQ se define como un esquema de enrutamiento en el que, previo al establecimiento de una comunicación, el proveedor que origina la misma debe consultar una base de datos operativa y obtener información que le permita enrutarla al proveedor destinatario (Resolución CRC 2355 de 2010, compilada en la Resolución CRC 5050 de 2016).

Código de campo cambiado

4.8.2. Sobre su aplicabilidad frente a la selección del GIDI

El mecanismo descrito para la selección del ABD por parte de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones en cumplimiento de los parámetros regulatorios establecidos por la CRC, resulta una alternativa viable que la CREG puede implementar con el objetivo de que sean los Operadores de Red quienes seleccionen conjuntamente al GIDI y para el efecto, deberá expedir regulación que determine los aspectos esenciales que deben cumplir, entre otros, el objeto del contrato a celebrar; la modalidad de contratación; etapas del proceso de selección; contenido y evaluación de las propuestas; garantías, etc. Cabe reiterar que, la propuesta regulatoria de la CREG dispone que la selección del GIDI estará a cargo de la Comisión a través de un proceso competitivo, lo cual podría modificarse eventualmente, en caso de que se opte por la alternativa de selección conjunta del gestor por parte de los OR.

4.9. Elementos transversales de evaluación

Como ya se mencionó en el presente escrito, el anterior análisis incluyó algunos tipos contractuales, ciertas figuras jurídicas diseñadas en el marco de procesos de contratación y casos nacionales relevantes. Se planteó, además, un análisis relacionado con la viabilidad de aplicación en cada caso frente a la tarea que propone realizar la CREG en la selección del GIDI. En la siguiente tabla, se muestran de manera general algunos elementos de evaluación transversal que se cumplen o no en cada mecanismo abordado.

Tabla 7 - Elementos transversales de evaluación

Mecanismo	Implica entrega bienes, obras o servicios públicos	Relevancia temática	Tiene facultades la CREG	Garantiza algún grado de independencia del GIDI	Asume la CREG riesgos en ejecución
Concesión	SÍ	SÍ	NO	N/A	N/A
Títulos habilitantes	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	NO
Art 39.1 L-142	SÍ	NO	NO	N/A	N/A
Art 39.2 L-142	SÍ	NO	NO	N/A	N/A
Art 39.3 L-142	SÍ	NO	NO	N/A	N/A
Art 39.4 L-142	SÍ	NO	NO	N/A	N/A
Art 39.5 L-142	SÍ	NO	NO	N/A	N/A
ASE	SÍ	NO	NO	N/A	N/A
APP	SÍ	NO	NO	N/A	SÍ
GMGN	NO	SÍ	SÍ	SÍ	NO
EPISA	NO	SÍ	SÍ	NO	NO
ABD	NO	SÍ	SÍ	SÍ	NO

Fuente: Elaboración propia con base en el análisis realizado

Al presente escrito, se aporta un cuadro comparativo de los mecanismos analizados (Anexo 1).

A manera de conclusión de este capítulo, puede señalarse que al aplicar un análisis basado en las características, funcionalidad, facultades y alcance de los mecanismos revisados, buena parte de ellos debe ser descartada para efectos del proceso de selección del GIDI por 3 factores principales: (i) implican una cesión de un bien o un servicio público a cargo de la entidad¹⁵; (ii) no guardan relación alguna con el tema sobre el cual versa el proyecto GIDI; y (iii) la CREG no tienen facultades para utilizar el mecanismo.

Así las cosas, en opinión de esta Consultoría son 2 las alternativas que pueden ser exploradas para la selección del GIDI y sobre las cuales se hará un análisis de ventajas y desventajas en el siguiente aparte del documento. Por una parte, la estructuración de un proceso reglado a cargo de la CREG en donde el gestor sea elegido de manera directa por la entidad (caso GMGN) y, por la otra, un proceso de selección reglado por la CREG pero en el cual quienes seleccionan al agente son los OR (caso ABD).

5. ALTERNATIVAS VIABLES PARA LA SELECCIÓN DEL GIDI

Revisadas las experiencias internacionales contenidas en el Producto 1 con respecto a los mecanismos de selección y/o creación de gestores de información de AMI, los múltiples mecanismos de selección o instrumentos de formalización de actuación administrativa previstos en el ordenamiento jurídico colombiano y su aplicabilidad para la selección del GIDI, así como los antecedentes relevantes nacionales en materia de selección de gestores de información de servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios, se identificaron dos alternativas para realizar la selección del GIDI sobre las cuales se realizará un análisis de ventajas y desventajas.

5.1. Proceso reglado de selección del GIDI a cargo de la CREG.

La primera alternativa consiste en un proceso de selección adelantado directamente por la CREG para seleccionar al GIDI, tomando como referencia la experiencia de la entidad con ocasión de los procesos realizados para la selección del Gestor del Mercado de Gas Natural y las mejores prácticas a nivel internacional para la selección de gestores de información de AMI.

La CREG puede conferir al agente seleccionado una autorización administrativa como título habilitante para prestar la actividad de Gestión Independiente de Datos e Información en concordancia con lo analizado en el numeral 3.2.4 de este documento, por ser el instrumento que se adecúa correctamente al vínculo jurídico que debe establecerse entre el GIDI y la CREG.

¹⁵ Como ya se ha mencionado, para esta consultoría la gestión independiente de datos no es en sí misma un servicio público y, además, la CREG no es la titular en la prestación de un servicio público sobre el cual pueda, por ejemplo, concesionar.

5.2. Proceso reglado de selección del GIDI de manera conjunta por parte de los OR, en cumplimiento de parámetros regulatorios fijados por la CREG

La segunda alternativa consiste en que la CREG, por medio de intervención regulatoria, disponga que el gestor sea seleccionado y elegido conjuntamente por los OR, teniendo en cuenta entre otros, los principios orientadores de eficiencia, no discriminación, promoción de la libre competencia y protección de los derechos de los usuarios. Lo anterior, para garantizar la neutralidad y las condiciones de sana competencia. En este caso, la responsabilidad en el proceso de selección y elección del GIDI recaería sobre los comercializadores, siendo asumida de acuerdo con la ley y la regulación que expida la CREG para tal efecto (Bacca, Bacca, Castellanos, Munar, & Sierra, 2020). Respecto a los aspectos generales del proceso de selección del gestor, la CREG debe fijar los parámetros regulatorios sobre la información mínima de las condiciones de selección del gestor por parte de los OR, esto es:

- Objeto del contrato
- Modalidad de contratación
- Elaboración y mecanismo de contratación del gestor
- Régimen de responsabilidad de la elaboración de la propuesta y efectos vinculantes de las mismas.
- Régimen jurídico aplicable
- Modificación de las condiciones de selección del gestor
- Procedimiento de selección
- Contenido de las propuestas y presentación de la propuesta
- Evaluación de las propuestas
- Garantías
- Criterios de ponderación de la propuesta ganadora
- Adjudicación y suscripción del contrato (Bacca, Bacca, Castellanos, Munar, & Sierra, 2020, pág. 144)

Adicionalmente, la regulación podrá contemplar que la CREG conferirá el título habilitante en la modalidad de autorización para realizar la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información al Gestor seleccionado y contratado por los OR, autorización que es susceptible de revocación en caso de incumplimiento de las exigencias previstas en la regulación. En la siguiente tabla, se muestra un análisis de las ventajas y desventajas que presenta cada una de las opciones.

Tabla 8 - Ventajas y desventajas de las alternativas viables

	VENTAJAS	DESVENTAJAS
Proceso reglado de selección del GIDI a cargo de la CREG	<ul style="list-style-type: none"> • Garantiza independencia del GIDI al impedir que el Gestor no tenga ningún acuerdo o vínculo con los demás agentes de la cadena de prestación del servicio de energía eléctrica. • Es coherente con el modelo de implementación de AMI adoptado en la propuesta regulatoria de Gestión Centralizada de Información por un tercero independiente e implementación por parte de los OR. • Asegura inmediatez y control del proceso de la selección. • La CREG tiene experiencia para adelantar concursos públicos para seleccionar agentes independientes y neutrales que desarrollan actividades de interés público. • Está alineado con el proceso adelantado por el Reino Unido para el otorgamiento a la DCC como gestor de información de AMI. 	<ul style="list-style-type: none"> • La CREG asume la totalidad de la responsabilidad por la selección del GIDI, al excluir la posibilidad de que los OR contraten al Gestor bajo un esquema de corregulación. • Anula la posibilidad de implementar alternativas de selección válidas que han resultado efectivas en otros sectores (ABD).
Proceso reglado de selección del GIDI de manera conjunta por parte de los OR	<ul style="list-style-type: none"> • Promueve el mecanismo de corregulación y cooperación por parte de los actores involucrados en la implementación de AMI y selección del GIDI. • Es una alternativa o mecanismo de selección válido que ha resultado exitoso en otros sectores (ABD). • Permite la participación de los OR como responsables de la implementación de AMI en la selección del GIDI, lo cual brinda legitimidad al proceso para los agentes del mercado. 	<ul style="list-style-type: none"> • No garantiza independencia del GIDI porque tendría acuerdo o vínculo contractual con los OR que lo seleccionarían. • No es consistente con los presupuestos definidos en la propuesta regulatoria contenida en la Resolución CREG 219 de 2020, en cuanto a los requisitos del GIDI (Art.41); y porque establece que el Gestor será seleccionado por la CREG (Art. 45). • No hay referencias o antecedentes regulatorios de la CREG que prohíben un mecanismo de selección de esta naturaleza. • Recae la responsabilidad de selección del GIDI en los OR lo cual puede impedir o retrasar la implementación de AMI en las condiciones previstas en la regulación.

		<ul style="list-style-type: none">• No hay inmediatez ni control total del proceso de selección por parte de la CREG como entidad que confiere la autorización para desarrollar la actividad de Gestión Independiente de Datos e Información.
--	--	---

Fuente: Construcción propia

6. RECOMENDACIÓN SOBRE EL MECANISMO DE SELECCIÓN DEL GIDI EN COLOMBIA

Con base en el análisis y recopilación de información de los Productos 1 y 2 de esta Consultoría y, teniendo en cuenta las funciones y competencias legales de la CREG previstas en las leyes 142 y 143 de 1994, en el artículo 290 de la Ley 1955 de 2019 además de la propuesta regulatoria contenida en la Resolución 219 de 2020, esta Consultoría recomienda a la CREG adelantar la selección del GIDI directamente, a través de un proceso reglado.

En nuestra opinión, esta alternativa permite estructurar un proceso robusto que cuenta con varias ventajas, ya experimentadas en los procesos de selección del GMGN en 2013 y 2019 y que también están presentes en el proceso de selección del DCC del Reino Unido, como son principalmente:

- Establecer de manera clara la metodología para la selección del gestor y el esquema de remuneración.
- Establecer un conjunto de principios rectores del proceso: neutralidad, transparencia, objetividad e independencia del prestador, e indicar formas para asegurar el cumplimiento de estos principios a partir de la composición societaria del interesado.
- Contar con un sistema de garantías y auditorías fuerte que permita supervisar el éxito del proyecto no solo en su etapa de puesta en operación sino en la de cumplimiento de los servicios a prestar.
- Proponer un conjunto de condiciones habilitantes de carácter legal, financiero, de reputación y de experiencia mínima.
- Contar con una visión directa sobre las obligaciones que se impongan respecto al manejo de los datos personales e información confidencial.
- Establecer criterios objetivos para la evaluación de la oferta técnica mediante la evaluación de experiencia específica, evaluación de la demostración y evaluación del documento técnico incluyendo puntajes mínimos para valorar la idoneidad técnica de los interesados.
- Establecer criterios objetivos para la evaluación de la propuesta económica calculada como el valor presente neto del ingreso anual esperado.
- Generar un balance en los puntajes para la evaluación entre la componente técnica y la propuesta económica.

Bibliografía

- Atehortúa Ríos, C. A. (2006). *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bacca, G., Bacca, Á., Castellanos, C., Munar, J., & Sierra, J. (2020). *Referentes internacionales - Revisión de la definición propuesta en la Resolución 131 de 2020 para la actividad de gestión independiente de datos e información*. Bogotá.
- Barreto, C. S. (2016). *Introducción a las asociaciones público-privadas*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bermejo Vera, J. (2018). *Derecho administrativo básico* (2 ed., Vol. II). Madrid: Civitas - Thomson Reuters.
- Blanquer Criado, D. (2012). *La concesión de servicio público*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Carlón Ruiz, M. (Diciembre de 2019). Nuevo y viejo en la concesión de servicio (público). *Revista Española de Derecho Administrativo*(202).
- Congreso de Colombia. (25 de mayo de 2019). *Ley 1955 de 2019 Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019.html
- Consultoría Universidad Tecnológica de Pereira - UTP. (2019). *Apoyo en el Estudio y Elaboración de las Bases para Proponer en Agente que debe Derrollar la Implementación de la Infraestructura de Medición Avanzada*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-711. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-126. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-444. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-1162. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia D-3279. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-389. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-150. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-503. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-741. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-578. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-1120. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. (Febrero de 2009). Sentencia C-068. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-263. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. (2018). Sentencia C-092. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Contitucional. (1998). Sentencia C-624. Bogotá, Colombia: Mag. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CREG. (10 de Diciembre de 2020). *Documento D-175-2020 CONDICIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE AMI EN EL SIN*. Obtenido de [http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/d610e6bcdc19ea9c0525863b006fdd19/\\$FILE/D-175-2020%20CONDICIONES%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACI%C3%93N%20DE%20AMI%20EN%20EL%20SIN%20%20.pdf](http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/d610e6bcdc19ea9c0525863b006fdd19/$FILE/D-175-2020%20CONDICIONES%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACI%C3%93N%20DE%20AMI%20EN%20EL%20SIN%20%20.pdf)

CREG. (10 de Diciembre de 2020). *Resolución 219*. Obtenido de [http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/d610e6bcdc19ea9c0525863b006fdd19/\\$FILE/Creg219-2020.pdf](http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/d610e6bcdc19ea9c0525863b006fdd19/$FILE/Creg219-2020.pdf)

Delvolvé, P. (2021). *Droit publique de l'économie*. Paris: Dalloz.

DNP. (2009). Documento Conpes 3615. Bogotá, Colombia.

DNP. (2019). *BASES DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018 - 2022*. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/BasesPND2018-2022n.pdf>

Documento CREG 103. (2020). *Condiciones de implementación de AMI en el SIN*. Bogotá, Colombia.

Escola, H. J. (1979). *Tratado integral de los contratos administrativos* (Vol. II). Buenos Aires: Depalma.

Gaceta del Congreso . (3 de Noviembre de 2011). *Exposición de Motivos Ley 1508 de 2012*. Bogotá, Colombia.

García de Enterría, E. y. (2020). *Curso de derecho administrativo* (16 ed.). Madrid: Thomson Reuters-Civitas.

Garrido Falla, F. (2012). *Tratado de derecho administrativo* (Vol. II). Madrid: Tecnos.

Gordillo, A. (2014). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (10 ed., Vols. 2, La defensa del usuario y del administrado). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Laguna de Paz, J. C. (2006). *La autorización administrativa*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas.

- Laguna de Paz, J. C. (2020). *Derecho administrativo económico* (3a ed.). Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson-Reuters.
- Montaña Plata, A. (2005). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo* (2 ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montero Pascual, J. J. (2018). *Regulación económica* (3a ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general* (4a ed., Vols. XIV, La actividad regulatoria de la administración). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Pimiento Echeverri, J. A. (2015). *Derecho administrativo de bienes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Richer, L. y. (2016). *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ.
- Santamaría Pastor, J. A. (2015). *Principios de derecho administrativo general* (3 ed., Vol. II). Madrid: Iustel.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2012). *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*. Madrid: Tesis doctoral Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado el 3 de noviembre de 2021, de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8339/tesis_santofimio_2010.pdf
- SIC. (Abril de 2021). *Concepto de Abogacía de la Competencia Proyecto de Resolución "Por la cual se establecen las condiciones para la implementación de la infraestructura de medición avanzada en el SIN*. Obtenido de https://www.sic.gov.co/sites/default/files/boletin-juridico/21-150176_CREG%20AMI.pdf
- Superservicios . (2018). *Zonas No Interconectadas - ZNI Diagnóstico de la Prestación del Servicio de Energía 2018*. Bogotá , Colombia .

ANEXO 1 – CUADRO COMPARATIVO DE MECANISMOS ANALIZADOS

	Origen normativo	Principales características	Relación con la entidad involucrada	Aplicabilidad al GIDI
Concesión	Definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.	<p>1. Implica una convención entre el ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario.</p> <p>2. La entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.</p> <p>3. Puede acudirse a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio.</p> <p>4. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.</p> <p>5. El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo.</p> <p>6. El particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien.</p> <p>7. Deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.</p> <p>8. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.</p>	Se requiere que el objeto del negocio jurídico recaiga sobre un servicio público del cual sea titular o competente la autoridad administrativa que obra como concesionaria o que se trate de un servicio que es responsabilidad de la administración. El control y relacionamiento se realiza a través de los mecanismos diseñados en el contrato.	La actividad que realizará el GIDI no es considerada en sí misma un servicio público, sino como una actividad de interés público primordial e indispensable para la implementación del AMI, razón por la cual no puede considerarse su entrega en concesión. Además, ni la naturaleza ni las funciones legales de la CREG permiten concluir que esta entidad sea titular o responsable de la actividad en sí misma considerada.

	Origen normativo	Principales características	Relación con la entidad involucrada	Aplicabilidad al GIDI
Títulos habilitantes: Licencias, permisos y/o autorizaciones	Facultad de intervención en la economía por parte del Estado (artículo 334 de la Constitución Nacional), desarrollada a través de jurisprudencia especialmente de la Corte Constitucional. Una de las características más importantes de los actos administrativos de autorización consiste en que, a diferencia de lo que ocurre con otros instrumentos administrativos formalizados como los contratos públicos, no existe un régimen general que gobierne su otorgamiento y, en general, su funcionamiento.	Ni la intervención del Estado en la economía ni el contenido de la función administrativa de regulación de los servicios públicos se encuentran sometidos a una reserva legal estricta, de tal manera que el legislador se debe limitar a señalar los principios básicos del régimen de los servicios públicos, pudiendo deferir a las autoridades administrativas de reglamentación y de regulación la definición de las condiciones específicas para la prestación del servicio público, condiciones dentro de las cuales el órgano de regulación tiene una amplia libertad de medios y de contenido, pudiendo entonces, crear autorizaciones administrativa para la ejecución de ciertas actividades asociadas a la prestación del servicio público, incluso, crear una autorización administrativa única otorgada por el órgano regulador.	En este caso la autoridad que otorga la habilitación puede plantear los requisitos y exigencias necesarias, así como establecer el proceso de selección adecuado en cada caso y los mecanismos de control y garantías de cumplimiento.	Con base en el artículo 290 de la Ley 1955 de 2019, resulta posible que el órgano regulador, de una parte, determine que existirá la actividad de gestión de información y cuáles son las condiciones regulatorias específicas en que debe ser desarrollada dicha actividad al interior del mercado de energía eléctrica y, de otra, habilite a un sujeto específico para ser el gestor único de la información, lo cual implica que determine un mecanismo para esa habilitación.
Artículo 39.1. Contrato de Concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente	Se trata de uno de los Contratos Especiales para la Gestión de los Servicios Públicos, previstos en el artículo 39 de la Ley 142 de 1994.	El Estado otorga al prestador de servicios públicos domiciliarios la utilización y explotación temporal de bienes pertenecientes a la categoría de recursos naturaleza o del medio ambiente, sin que ello implique un traslado de su propiedad.	Se trata de un contrato de concesión con todo lo que esto implica en materia de relacionamiento y control con el concesionario.	La actividad del GIDI no es un recurso natural o del medio ambiente, conclusión que, de manera directa, hace inaplicables los contratos de concesión objeto de análisis al caso concreto.
Artículo 39.2. Contrato de administración profesional de acciones	Se trata de uno de los Contratos Especiales para la Gestión de los Servicios Públicos, previstos en el artículo 39 de la Ley 142 de 1994.	<ul style="list-style-type: none"> • La existencia de acciones de empresas de servicios públicos cuya titularidad sea de una entidad pública. • Se contrata a un tercero para que administre las mencionadas acciones. • Se trata de un contrato de mandato en donde el tercero cumple las instrucciones de la entidad contratante. • Se paga por la actividad encomendada. • Se rigen por el derecho privado. 	Se trata de un contrato de mandato que debe regirse por el derecho privado.	La estructura y funcionalidad del contrato en mención no guarda relación alguna, directa o indirecta, con la estructuración de un proceso de selección como el previsto para el GIDI. No existe de por medio ningún tipo de titularidad por parte de alguna entidad pública sobre participaciones accionarias en una empresa de servicios públicos que amerite el encargo para su administración a un tercero.

	Origen normativo	Principales características	Relación con la entidad involucrada	Aplicabilidad al GIDI
Artículo 39.3. Contratos especiales a ser celebrados con entidades oficiales	Se trata de uno de los Contratos Especiales para la Gestión de los Servicios Públicos, previstos en el artículo 39 de la Ley 142 de 1994.	<ul style="list-style-type: none"> •Existencia de bienes destinados a la prestación de servicios públicos propiedad de entidades oficiales. •Transferencia de dichos bienes a un tercero para que realice actividades propias del servicio público. •No transferencia de la titularidad sobre la prestación del servicio público. •No existe relación entre el tercero y los usuarios. •Se paga por la realización de la actividad encomendada. 	En este tipo de contratos, la asunción de riesgos se mantiene en cabeza del prestador del servicio, ya que al no transferirse la titularidad no es posible extender una responsabilidad respecto de los usuarios. Normalmente se someten a las reglas del derecho privado, sin embargo, debido a la importancia que en algunos mercados pueden tener (como ocurre en el de agua y saneamiento básico), se ha exigido a través de regulación que sean adjudicados mediante procedimientos que garanticen la competencia entre oferentes.	No es un mecanismo idóneo en el diseño e implementación del procedimiento para la selección del GIDI, principalmente porque la CREG no es una entidad oficial que preste servicios públicos ni tiene a su cargo la administración o propiedad de bienes para la prestación de servicios públicos. Además, la inexistencia de relación entre el tercero encargado y el usuario desnaturaliza la función esencial del GIDI.
Artículo 39.4 Contrato de acceso e interconexión de bienes indispensables para la prestación de un servicio	Se trata de uno de los Contratos Especiales para la Gestión de los Servicios Públicos, previstos en el artículo 39 de la Ley 142 de 1994.	<ul style="list-style-type: none"> •Los celebran los prestadores de servicios públicos domiciliarios para la gestión del servicio. •Implica la posibilidad unilateral de utilización de la red ajena- o la interconexión -es decir, el intercambio de uso de dos redes para la prestación de servicios públicos de diferente titularidad-. •Medio para permitir la mejor prestación de los servicios públicos y que, a la vez, garantiza que la titularidad de las infraestructuras no constituirá un obstáculo para la prestación del servicio, sin que ello implique un desconocimiento del derecho de propiedad del titular de la infraestructura. •Aquel que accede o se interconecta deberá pagar una remuneración por el uso de la infraestructura ajena. 	Permite que un prestador de servicios públicos domiciliarios pueda, a cambio de una remuneración, o bien acceder a los bienes de propiedad de otra persona que son necesarios para la prestación del servicio público domiciliario, o bien conectar sus propios bienes con los bienes de un tercero y, con ello, llevar a cabo la prestación del servicio.	No es un contrato adecuado para la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información que se prevé que sea realizada por el GIDI, pues lo cierto es que estos no tienen por objeto la realización de dicha actividad, sino la regulación de las condiciones en que el titular de una infraestructura permitirá a otro sujeto su uso o aprovechamiento.
Artículo 39.5. Contrato para la extensión de la prestación de un servicio a una persona específica	Se trata de uno de los Contratos Especiales para la Gestión de los Servicios Públicos, previstos en el artículo 39 de la Ley 142 de 1994.	<ul style="list-style-type: none"> •La ley ofrece alternativas para que se extienda la prestación del servicio a zonas y usuarios para quienes extender la red puede no ser rentable en términos económicos. •La norma prevé que puede celebrarse un contrato especial entre el prestador y el beneficiario del servicio (usuario), en virtud del cual este último pacta con el prestador la extensión de la infraestructura para la provisión del servicio y que efectivamente se prestará el servicio. •El usuario es quien asume los costos de extensión de la red, sea pagándolos al prestador o sea ejecutando directamente las obras. 	La entidad prestadora de servicios públicos realiza un contrato con el tercio (usuario) que se rige por el derecho privado.	Este tipo especial de contrato no resulta útil para la Actividad de Gestión Independiente de Datos e Información que se prevé que sea realizada por el GIDI, pues lo cierto es que estos no tienen por objeto la realización de una actividad de administración y gestión de información, sino la determinación de las condiciones económicas en que se extenderá la provisión de un servicio específico a un área en la cual no opera la red instalada.

	Origen normativo	Principales características	Relación con la entidad involucrada	Aplicabilidad al GIDI
Áreas de servicio exclusivo - ASE	Artículo 40 de la Ley 142 de 1994	<ul style="list-style-type: none"> • La adjudicación de las ASE debe realizarse a través de contratos de concesión, previo agotamiento de un proceso licitatorio público en el que se garantice la competencia y la transparencia (competencia “por” el mercado), así como la verificación de los motivos para la utilización de esta figura por parte de la comisión de regulación respectiva. • No hay libertad de elección de operadores por parte de los usuarios. Al asignarse una ASE, el operador encargado de la misma ejerce como monopolista. Es por esta razón que la competencia debe garantizarse en la elección de los operadores. • Se busca superar con su implementación principalmente problemas de cobertura a los usuarios alejados o de menores ingresos económicos. Ahora bien, en poblaciones con baja densidad no son eficientes porque no generan economías de escala. • Se crean prestadores exclusivos en un área y por un tiempo determinado con restricción para la entrada a nuevos prestadores del servicio. 	Se concreta a través de un contrato de concesión con todo lo que esto implica en materia de relacionamiento y control con el concesionario.	<p>No es aplicable al GIDI por las siguientes razones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La iniciativa para determinar la creación de ASE está a cargo de los entes territoriales o por disposición legal, no estando la CREG situada en ninguno de los escenarios. De acuerdo con la norma específica, la función de las comisiones de regulación es la de verificación de motivos más no la de plantear la iniciativa para su utilización. • Su esencia es la de suplir problemas relacionados con cobertura de usuarios de bajos ingresos o aislados geográficamente, lo cual no ocurre en el presente caso. • La propuesta del GIDI planteada por la CREG tiene como eje la selección de un único agente para la ejecución de las actividades relacionadas en todo el territorio nacional, por lo que un fraccionamiento geográfico no solo sería ineficiente sino que iría en contra de la definición de un agente único. • La contratación se realiza normalmente a través de un contrato de concesión entre los diferentes agentes que compiten “por” el mercado y a los que se adjudica una ASE y el ente territorial y no entre aquellos y la comisión de regulación respectiva.

	Origen normativo	Principales características	Relación con la entidad involucrada	Aplicabilidad al GIDI
Asociaciones Público-Privadas	Ley 1508 de 2012 y decretos reglamentarios.	<ul style="list-style-type: none"> • Es aplicable a todos los contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura o que la infraestructura esté asociada a la prestación de servicios públicos. • La retribución de la actividad se realiza otorgando el derecho a la explotación económica de la infraestructura o servicio, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera. • Las reglas de selección de contratistas y celebración y ejecución de los contratos se rigen por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y demás normas que las modifiquen o adicionen, salvo reglas específicas contenidas en la Ley 1508. • Solo podrán desarrollarse proyectos bajo esquemas de APP cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv – que para el año 2021 equivale a proyectos de al menos \$ 5.451.156.000 pesos. • Podrá utilizarse este mecanismo cuando los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución. 	Se concreta a través de diferentes tipos contractuales, sin embargo, el más utilizado es el de concesión.	<p>No es aplicable, principalmente por las siguientes razones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • En el caso del GIDI, se está creando una actividad para la gestión de datos en el mercado que, en principio, no requiere ni involucra la construcción de infraestructura, así como tampoco el involucramiento de bienes muebles o inmuebles del Estado o los particulares. • El proyecto de selección del GIDI no tiene como uno de sus objetivos el de compartir la asunción de riesgos de la actividad por parte del agente.

	Origen normativo	Principales características	Relación con la entidad involucrada	Aplicabilidad al GIDI
Proceso de selección del GMGN	La Ley 142 de 1994 y en los Decretos 1260 de 2013 y 1710 de 2013. Para el primer proceso, las reglas se incluyeron en las resoluciones CREG 124 de 2013 y 021 de 2014, mientras que en el segundo, dichas reglas y condiciones están plasmadas en las resoluciones CREG 114 de 2017 y 055 de 2019.	Al analizarlos de manera conjunta, es posible decir que los dos procesos realizados presentaban las siguientes características generales: <ul style="list-style-type: none"> •Se estructuró un proceso de selección por etapas y clasificatorio de conformidad con las calidades requeridas de los proponentes. •Se tuvieron en cuenta aspectos relacionados con la reputación, transparencia e independencia de los oferentes para el análisis de selección. •La experiencia y capacidad financiera fueron aspectos específicamente abordados en las reglas del proceso. •Existencia de controles a través de auditorías desde la etapa de implementación y puesta en funcionamiento. •Pruebas in situ sobre las herramientas técnicas de los oferentes. •Reglas claras y exigentes sobre relaciones de control del gestor con agentes del mercado. •Existencia de un comité evaluador. •Exigencia de garantías separadas para las etapas de implementación y de cumplimiento. 	Se definió a través de resolución el ganador, especificando que debía cumplir con la regulación de la CREG.	El concurso público realizado directamente por la CREG es consistente con la propuesta regulatoria contenida en la Resolución CREG 219 de 2020, pues permite la selección directa del GIDI por parte de la Comisión y además garantiza que el Gestor seleccionado no tenga ningún acuerdo con los demás agentes de la cadena de prestación del servicio de energía eléctrica.

	Origen normativo	Principales características	Relación con la entidad involucrada	Aplicabilidad al GIDI
Proceso de selección del EPISA	Las condiciones de creación del EPISA fueron definidas en los términos de la Licitación Pública UAESP 02 de 2017, donde se estableció, entre otras, la obligación a cargo de los concesionarios de las Áreas de Servicio Exclusivo de Bogotá de contratar a través de una entidad fiduciaria a la persona jurídica encargada de montar, operar y administrar el EPISA.	<ul style="list-style-type: none"> • El EPISA fue creado en 2018 como una sociedad por acciones simplificada, denominada Procesador de Información del Servicio de Aseo S.A.S. -PROCERASEO S.A.S.- conformada por los concesionarios de Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) en la ciudad de Bogotá D.C. Esta sociedad tiene duración indefinida y debe ejercer su objeto social durante el término de las concesiones (8 años contados a partir del 12 de febrero de 2018) incluyendo sus prórrogas, el plazo de liquidación de los contratos, el período de empalme con la siguiente concesión y el periodo de liquidación del contrato de montaje del sistema. • No se constituyó como una Empresa de Servicios Públicos, se rige por el derecho privado; no está sujeta a la regulación de la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento Básico, tampoco a la vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por tratarse de una sociedad comercial responsable del tratamiento y administración de bases de datos, está sujeta a la vigilancia de las Superintendencias de Sociedades y de Industria y Comercio. • La sociedad tiene como objeto principal la realización del montaje, administración y operación del Sistema de Información del Servicio Público de Aseo de Bogotá, en adelante SIGAB, fue definido como el sistema de información que deberá recibir, administrar, procesar y consolidar la información operativa, técnica, comercial y financiera del servicio público de aseo de Bogotá. • Para cumplir con dicho objeto, debe suministrar, entre otros, el soporte tecnológico, humano, físico y operativo. Todo ello de conformidad con el alcance de dichas obligaciones previsto en los reglamentos, los contratos de concesión y el contrato de fiducia. Así mismo, PROCERASEO S.A.S. debe realizar la conciliación del recaudo, suministrar toda la información con los alcances y detalles que requiera la Fiducia constituida por los concesionarios y preparar los reportes de información que requiera la UAESP. 	No hubo una relación directa con el regulador en este proceso; la vigilancia y control del EPISA están a cargo principalmente de las autoridades de competencia y protección de datos personales.	Su estructuración puede tener riesgos relacionados con la independencia del gestor, entendida como uno de los pilares del proyecto GIDI.

	Origen normativo	Principales características	Relación con la entidad involucrada	Aplicabilidad al GIDI
Proceso de selección del ABD	Toda la regulación relativa a la portabilidad numérica, en especial, la Resolución CRC 2355 de 2010.	<ul style="list-style-type: none"> •Se trata de un actor imparcial, racional, neutral, que debe dar un trato no discriminatorio a los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) y quien tiene la obligación de operar y garantizar la seguridad, mantenimiento e integridad de la Base de Datos Administrativa de nuevos portados (BDA). •Gestiona la comunicación de los cambios de PRST por parte de los usuarios y del cumplimiento de las especificaciones técnicas y operativas que sean definidas regulatoriamente por la Comunicación de Regulación de Comunicaciones – CRC en materia de portabilidad numérica. •Los recursos de numeración y la figura del BDA guardan similares características, en su naturaleza regulatoria, con los medidores inteligentes y la base de datos que gestionaría el GIDI con base en la información proporcionada por los operadores de red. •El ABD es una figura que ha funcionado en el país por alrededor de 10 años garantizando 24.2 millones de portaciones acumuladas desde su implementación; además, ha sido internacionalmente probado y adoptado en diferentes países (p. ej. Chile, México, Perú, la Unión Europea, entre otros) que han implementado esquemas de portabilidad numérica móvil. •La regulación del ABD y de la BDA centralizada atiende a un modelo de corregulación, bajo el cual se desarrolla la participación explícita del regulador (i.e. CRC) para ofrecer ventajas significativas sobre la regulación tradicional de comando y control. •Las bases de datos gestionadas por el ABD contienen datos personales de los usuarios del servicio de telefonía móvil, lo cual también constituye un reto en el diseño del GIDI. 	La CRC expidió el marco necesario para estructurar e implementar el proceso de selección, sin embargo, no es una parte contractual en la relación entre los operadores y el ABD.	La CREG lo podría implementar con el objetivo de que sean los Operadores de Red quienes seleccionen conjuntamente al GIDI y para el efecto, expedir regulación que determine los aspectos esenciales que deben cumplir, entre otros, el objeto del contrato a celebrar; la modalidad de contratación; etapas del proceso de selección; contenido y evaluación de las propuestas; garantías, etc. No obstante, debe tenerse en cuenta que la propuesta regulatoria de la CREG dispone que la selección del GIDI estará a cargo de la Comisión a través de un proceso competitivo, lo cual podría modificarse eventualmente, en caso de que se opte por la alternativa de selección conjunta del Gestor por parte de los OR.