

La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial

ENRIQUE GIL BOTERO¹

SUMARIO

Premisa: La naturaleza de la función de regulación de los servicios públicos domiciliarios y la consecuente contextualización de las manifestaciones normativas de las comisiones. I. La función de regulación que se manifiesta mediante normas de contenido general. Características y distinciones con las funciones legislativa y administrativa-reglamentaria. A. ¿El reglamento es lo mismo que el decreto reglamentario? B. ¿Una norma regulatoria de contenido general es un tipo de reglamento? II. La función de regulación que se manifiesta mediante decisiones que ponen solución a controversias suscitadas entre operadores de los servicios públicos domiciliarios. Características y distinciones con la función judicial. A. La atribución de funciones "cuasijudiciales" a los organismos administrativos que cumplen funciones de regulación. B. La función de solución de controversias atribuida a las comisiones de regulación por la Ley 142 de 1994. III. Conclusiones

1 Consejero de Estado, Sección Tercera; abogado de la Universidad de Antioquia; especialista en derecho administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana; especialista en derecho constitucional de la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: egilb@consejoestado.ramajudicial.gov.co.

RESUMEN

Con ocasión de las más recientes manifestaciones jurisprudenciales relativas a la regulación de los servicios públicos domiciliarios, se exponen en este escrito algunas ideas del autor, concernientes a unos puntuales aspectos que en su opinión constituyen los pilares de la discusión jurídico-administrativa sobre el tema y cuya claridad contribuiría al mejor desarrollo de una técnica de intervención del Estado en la economía, con enormes repercusiones en este ámbito.

En este sentido, y con la comprensión de que la regulación no es un instrumento jurídico, sino que se vale de herramientas de esta disciplina para su desarrollo, se intenta hacer algunas consideraciones sobre los límites y las sinergias entre la regulación y el reglamento y la consecuente distinción, que de ello resulta, con la función legislativa, para luego detenerse en la valoración de la naturaleza "no administrativa" de algunas funciones de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios y la proximidad de éstas con funciones típicamente catalogadas como judiciales.

Palabras claves: comisiones de regulación, función administrativa, legislativa y judicial

THE LEGAL ASSESSMENT OF THE NORMATIVE STATEMENTS
OF REGULATORY COMMISSIONS: THE SUBTLE LIMITS
BETWEEN ADMINISTRATIVE FUNCTION WHICH IS THEIR OWN,
AND LEGISLATIVE AND JUDICIAL FUNCTIONS

ABSTRACT

In the most recent jurisprudence concerning regulation of public utilities, in this paper it is discussed some of the author's ideas related to specific aspects which he believes are the bases of the legal – administrative review on the subject; the clarity of those aspects would help the better development of a technique of State intervention in the economy, as well as having enormous impact in this area.

In this respect, and with the understanding that regulation is not a legal instrument, but uses tools of this discipline for its development, the author puts forward some reflections about the limits and synergies between the regulation and the "reglamento", and the consequential distinction that it turns out with the legislative function; then, dwell on the analysis of nature "not administrative" of some functions of the regulatory commissions of public utilities, and proximity of these functions with others typically categorized as judicial.

Keywords: regulatory commissions; administrative, legislative, and judicial function

PREMISA: LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y LA CONSECUENTE CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS MANIFESTACIONES NORMATIVAS DE LAS COMISIONES

Desde que con la Ley 142 de 1994 se introdujo, en desarrollo de lo dispuesto por la Constitución Política al respecto, la función de regulación de los servicios públicos domiciliarios, en cabeza de las comisiones de regulación, los profesionales del derecho han afrontado muchas inquietudes, dentro de las que se pretende destacar algunas: ¿Son efectivas normas jurídicas las que se producen en ejercicio de la función de regulación?; en caso afirmativo, ¿son éstas homologables a la ley?; ¿Cuál es la posición que ocupan las normas regulatorias en un sistema jerarquizado de normas?; ¿Puede una entidad administrativa común y corriente producir normas de contenido general y con cierto grado de abstracción?; ¿El origen de esta función se encuentra en la Constitución Política, en la ley o en la delegación de funciones presidenciales?; ¿Puede una comisión de regulación cumplir funciones distintas de las administrativas?; ¿Puede atribuírseles funciones jurisdiccionales a las comisiones de regulación?; ¿La función esporádica de estas entidades de dirimir conflictos entre los operadores debe catalogarse como judicial o administrativa?

Estas inquietudes, que en tímida medida han tenido desarrollo doctrinario y jurisprudencial en nuestro país, han comportado, con algo más de especificidad, que se produzca un cuestionamiento generalizado: ¿Son lo mismo regulación y reglamentación? Indiscutiblemente, la necesidad, por no decir la obsesión², de ubicar a las normas regulatorias dentro de un sistema jerarquizado de fuentes normativas en Colombia, así como la urgencia, probablemente también obsesiva, de encontrar un referente inequívoco sobre el fundamento de la atribución de funciones normativas a las comisiones de regulación han contribuido a la connotación incisiva de este último interrogante.

Mi comprensión es que la inquietud propuesta desborda los linderos de la insistencia e invade los terrenos de la necesidad. En mi opinión, preguntarse si son lo mismo la regulación y la reglamentación es como cuestionarse si es lo mismo un soneto que una técnica impresionista en la pintura; una cosa es una de las posibles manifestaciones de la poesía clásica, es decir un instrumento mediante el cual ella se manifiesta, y otra cosa, muy distinta, una técnica específica de otro arte (la pintura). Una cosa es uno de los posibles instrumentos normativos (reglamento) y otra cosa, muy diferente, una técnica precisa de política económica.

2 De origen jurídico europeo continental.

Los reglamentos, con independencia de la concepción doctrinaria que se tenga de ellos, son instrumentos normativos de carácter infralegal³. La regulación, por su parte, es una técnica de intervención del Estado en la economía, que comenzó a implementarse en los Estados Unidos desde fines del siglo XIX, con la intención de evitar distorsiones de algunos mercados específicos en los que se observaba la formación de monopolios y, en general, restricciones a la libre competencia.

Por estas razones, que no necesitan de mayores profundizaciones ni de concienzudos estudios científicos, sino que, por el contrario, son susceptibles de verificarse de manera elemental e histórica, resulta absurda, en mi opinión, la sola proposición de la inquietud de si regulación es lo mismo que la reglamentación; la respuesta lógica y obvia de ello es que no, que se trata de dos "instituciones" por completo distintas.

Advertido lo anterior, pretendo en el presente escrito, en una primera parte, darle un giro a la inquietud señalada y, más bien, intentar resolver el siguiente interrogante, que en mi opinión atiende de manera más directa el objeto propuesto: Cuando la regulación se manifiesta mediante normas jurídicas de contenido general, ¿éstas son susceptibles de identificarse con los reglamentos?

En efecto, una de las manifestaciones más comunes de la técnica regulatoria es la norma de contenido general, mas no la única. La técnica de intervención del Estado en un sector económico, orientada a evitar distorsiones en los mercados y de manera específica a garantizar la libre competencia, puede expresarse de distintos modos, y, dentro de ellos, un papel importante lo desempeñan las normas; sin embargo, puede encontrarse otro tipo de instrumentos, carentes del elemento coercitivo, como, por ejemplo, las recomendaciones, las orientaciones, los incentivos, etc.

Por su parte, cuando la regulación se vale del instrumento normativo, éste puede tener un destinatario específico o difuso, múltiple, o difícil de determinar; como se observa, en este sentido, las normas de contenido general son una de las posibles manifestaciones, no las únicas, de la regulación.

En la primera parte de este trabajo centraré la atención en las normas de contenido general proferidas por las comisiones de regulación, por el elemental hecho de que su contenido las aproxima a la ley o, al menos materialmente, a una categoría normativa tradicionalmente estudiada y comprendida en ordenamientos como el nuestro: el reglamento.

Con base en lo anterior, intentaré exponer algunas ideas sobre la eventual identificación de la reglamentación con las manifestaciones normativas de contenido general que se profieren en ejercicio de la función regulatoria.

3 Al menos en un modelo jurídico de tradición europea continental.

En la segunda parte de este escrito me detendré en el análisis de algunas funciones atribuidas a las comisiones de regulación, que materialmente ofrecen similitudes con las funciones judiciales, aunque no se haga expresa alusión a ellas.

El conocimiento técnico del servicio regulado así como la condición de conocedoras y estudiosas del impacto económico de sus decisiones que tienen, al menos conceptualmente, estas entidades administrativas han llevado a que la ley les atribuya la función de dirimir controversias específicas, y el ejercicio de estas actividades ha producido consideraciones y construcciones doctrinarias diferenciales, circunscritas principalmente a la consideración de si se está en ejercicio de funciones típicamente administrativas o, por el contrario, judiciales.

Finalmente, y a título de conclusiones, intentaré recoger las principales ideas y, con base en ellas, resolver las inquietudes generales presentadas al inicio de esta introducción.

I. LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN QUE SE MANIFIESTA MEDIANTE NORMAS DE CONTENIDO GENERAL. CARACTERÍSTICAS Y DISTINCIONES CON LAS FUNCIONES LEGISLATIVA Y ADMINISTRATIVA-REGLAMENTARIA

A. ¿EL REGLAMENTO ES LO MISMO QUE EL DECRETO REGLAMENTARIO?

Tradicionalmente, en el derecho comparado no existen discusiones en el sentido de comprender el reglamento como una manifestación normativa de carácter general, que es proferida en ejercicio no de la función legislativa, sino de la ejecutiva⁴.

4 Cfr. YVES GAUDEMET. *Droit administratif*, París, LGDJ, 2005, p. 252; RENÉ CHAPUS. *Droit administratif général*, París, Montchrestien, 2001, p. 65; JEAN RIVERO y JEAN WALINE. *Droit administratif*, París, Dalloz, 1996, p. 52; FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, Madrid, Tecnos, 1998, p. 238; JAIME RODRÍGUEZ ARANA. "Ley y reglamento en el derecho administrativo español", en *VI Foro iberoamericano de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 672 a 675. El primero de los autores citado hace la siguiente definición del reglamento: "El poder reglamentario es un poder que ostentan algunas autoridades administrativas, que consiste en la producción de disposiciones de carácter general. Los reglamentos constituyen una parte esencial de la actividad de la administración. Los actos proferidos en ejercicio de esta actividad pueden tener nombres diversos: decretos reglamentarios, decisiones reglamentarias de los ministros, prefectos, alcaldes. Más que una característica esencial, a estos actos les resulta común: la generalidad y la impersonalidad de las disposiciones que se adoptan en su ejercicio y que se diferencian de las medidas individuales dictadas por las mismas autoridades" (traducción del autor, no autorizada).

Las diferencias tanto jurídico-positivas como conceptuales que se advierten de un estudio comparado radican, en cambio, en las materias sobre las que éstos pueden versar⁵, las autoridades administrativas (rama ejecutiva) que pueden proferirlos⁶ y en algunos casos se esgrimen algunas diferencias para distinguirlos de los actos administrativos⁷.

En Colombia no existen dudas constitucionales sobre la exclusividad que tiene el presidente de la República en materia de expedición de decretos reglamentarios, toda vez que dicha potestad es atribuida de manera *directa y exclusiva* a éste, de forma expresa, en el numeral 11 del artículo 189, en atención a su condición de jefe de la rama ejecutiva del poder público. En caso de persistir dudas al respecto, pese a lo anterior, éstas son disipadas por la Ley 489 de 1998, que en su artículo 11 dispone la imposibilidad que tiene aquél de delegar esta importante función atribuida constitucionalmente⁸.

De lo anterior se desprende que ningún sujeto distinto del presidente de la República tiene la posibilidad de proferir decretos reglamentarios. Así mismo, se hace evidente, de lo dispuesto en el mencionado numeral 11 del artículo 189 constitucional, que para que pueda proferirse un "decreto reglamentario" se necesita de la existencia previa de una ley, toda vez que éstos se estructuran como instrumentos para la "ejecución" de ellas.

De esta situación se deriva una pregunta de máxima significación: ¿En Colombia, entonces, ninguna autoridad administrativa distinta del presidente de la República puede proferir normas infralegales de contenido general?

- 5 En algunos ordenamientos, los reglamentos presuponen materias que previamente hayan sido desarrolladas por la ley (la mayoría), mientras que en otros (principalmente en Francia) existen algunas materias reservadas constitucionalmente al reglamento y que por ende no demandan la necesaria existencia de una ley previa que sirva de referencia.
- 6 Al respecto vale la pena indicar que si bien en algunos ordenamientos esta potestad era reservada exclusivamente al jefe del ejecutivo, esto es una situación cada vez más extraña, toda vez que la modernidad demanda que éste no sea el único que pueda producir normas de contenido general al interior del ejecutivo, sino que también otras autoridades puedan hacerlo.
- 7 Esta situación es más extraña, y encuentra asidero principal en algún sector de la doctrina española, que diferencia entre norma y acto y en atención a esto conciben a los reglamentos como una institución distinta de los actos, los cuales, más que una generalidad, tienen una connotación determinada en relación con sus destinatarios. Cfr. RODRÍGUEZ ARANA. Ob. cit.
- 8 Se establece en el numeral 1 del artículo 11 de esta ley: "Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación: 1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo los casos expresamente autorizados por la ley". Como se observa, en esta disposición no se hace alusión directa a los "Decretos Reglamentarios" sino a "reglamentos" de carácter general; ello significa, sin necesidad de ahondar en la distinción de ambos conceptos, que la potestad reglamentaria no se puede delegar, por tratarse de una atribución constitucional, expresamente conferida al presidente de la República y que sólo en el caso de otros reglamentos esta delegación resulta viable, siempre que la ley así lo establezca de manera expresa.

La respuesta, en nuestra opinión, no puede ser afirmativa, toda vez que de ser así significaría desconocer la oportunidad y viabilidad de una función de máxima importancia en las administraciones públicas modernas: la de proferir normas de contenido general y carácter infralegal que se fundamentan en el conocimiento y la destreza técnicos que por su naturaleza deben tener algunas de las administraciones públicas.

Es muy común en el derecho contemporáneo encontrar materias en las que su desarrollo normativo, más que atribuírselo a un ente con connotación y naturaleza política, debe ser asignado a una entidad administrativa técnica con conocimientos y destrezas específicos, que justifican su función.

En este contexto de los estados modernos se ha entendido al reglamento, según se anotó, como una categoría normativa que no puede comprenderse exclusivamente en el ámbito de funciones del jefe de la rama ejecutiva, sino también de distintas entidades administrativas que por su naturaleza deben tener la capacidad de producir normas de contenido general, siempre con el respeto de la Constitución y de las leyes. Como se observa, estas últimas se convierten en un instrumento importantísimo de control político de las normas reglamentarias, cuyo fundamento de origen es principalmente técnico.

El fundamento jurídico para esta importante función, en Colombia, por consiguiente, no puede ser el de entender la posibilidad de distintas administraciones públicas de proferir decretos reglamentarios, porque, como se dijo, esta función es exclusiva del presidente de la República. La viabilidad de ello es mucho más sencilla; las funciones de los entes administrativos deben ser atribuidas por mandato constitucional, por el legislador, en virtud de la competencia de éste de configurar a la organización administrativa del orden nacional (artículo 150, numeral 7, constitucional). En esta lógica, si el legislador crea a las administraciones públicas y sus funciones, ¿por qué dentro de éstas no podría atribuir la función de producir normas de contenido general (actos administrativos)?

Como se observa, el principal problema radica, entonces, en confundir decretos reglamentarios con reglamentos; estos últimos son un género, dentro del que caben los primeros así como otras manifestaciones normativas de contenido general proferidas por las administraciones públicas, en virtud de la atribución directa de funciones por parte de la ley o de la delegación de funciones de otras instancias administrativas, siempre que se cuente con la autorización de la ley (numeral 1 del artículo 11 de la Ley 489 de 1998).

Esta consideración del reglamento como un género no es ajena a la doctrina nacional⁹, que ha subrayado la importancia de esta comprensión, que, según

9 Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. "El reglamento frente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado" y LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. "Los reglamentos autónomos", en *VI Foro iberoamericano de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 831 a 860 y 933 a 964 respectivamente.

se ha anotado, no resulta extraída de la manga, sino conforme con los retos del derecho administrativo moderno y acorde con lo establecido en la Constitución Política nacional. En este mismo sentido, pareciera comprenderse un reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aunque con el defecto, en mi opinión, de introducir un aspecto ajeno a la realidad colombiana y sólo propio del derecho español, como es la distinción entre actos y normas y, por ende, entre reglamentos y actos¹⁰.

Concebimos, entonces, que el decreto reglamentario es una especie del género de los reglamentos que sólo puede ser proferido por el presidente de la República. Existen, entonces, otros reglamentos, que pueden ser proferidos por distintas autoridades administrativas, siempre que éstas cuenten con una habilitación expresa y directa de la ley, o indirecta en el caso de la delegación.

B. ¿UNA NORMA REGULATORIA DE CONTENIDO GENERAL ES UN TIPO DE REGLAMENTO?

Las normas regulatorias de contenido general, en algunos escenarios del derecho comparado, son proferidas por autoridades independientes o autónomas, es decir no pertenecientes a ninguna de las tres ramas del poder público tradicionales. En Colombia, al menos en el caso de los servicios públicos domiciliarios, estas normas son proferidas por unidades administrativas especiales, es decir por típicas entidades administrativas; por este motivo, el asunto en Colombia no sólo tiene un tinte más administrativo que constitucional, sino que, conforme a lo establecido, guarda estrecha relación con el tema del reglamento.

Con esta advertencia, resulta fácilmente constatable el hecho de que las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia profieren normas de contenido general en diversos temas, cuya principal manifestación es nada más y nada menos que el establecimiento de la metodología tarifaria para los distintos servicios con base en los principios y criterios señalados en la Constitución Política (artículo 367) y en la ley (artículo 87 de la Ley 142 de 1994).

Como consecuencia de lo anterior, y con base en lo señalado en el literal A de esta primera parte, las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación, en cuanto típicas entidades administrativas, si bien no son decretos reglamentarios, no por ello dejan de ser susceptibles de ser considerados reglamentos. En efecto, se trata de normas de contenido general, proferidas por entidades administrativas, en ejecución de la ley y, en general, del ordenamiento normativo superior, habilitados para ello por la ley.

10 Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente n.º 16230 (CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ). El autor de esta ponencia estuvo ausente en la discusión y decisión de esta providencia por parte de la sala.

Sobre la naturaleza de actos administrativos y su connotación infralegal e inclusive su posicionamiento jerárquico inferior a los decretos reglamentarios se han pronunciado las altas corporaciones judiciales de manera homogénea¹¹, para lo que se ha insistido primordialmente en el necesario respeto que debe existir por parte de la norma regulatoria, frente a su precepto normativo superior: la ley.

En lo que no existe unidad, en cambio, es en la posibilidad de denominar a estos actos administrativos *reglamentos*, aspecto, como se dijo, elemental y de fácil conclusión, inclusive con una connotación formal (nominal) más que material. Esta situación, en mi opinión, encuentra causa principal en la identificación de los reglamentos con los decretos reglamentarios, aspecto señalado en el literal A de esta primera parte.

Evidente dificultad conceptual percibo al respecto en la lectura de la sentencia de la Corte Constitucional C-1162 de 2000, que si bien tiene el mérito de encuadrar las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación dentro de la categoría genérica de actos administrativos, presenta unas inconsistencias conceptuales sobre el tema de este escrito, de las que se deriva, entre otras, la absurda afirmación de sostener que la ley no puede asignarles funciones normativas a las comisiones de regulación ya que ellas son exclusivas del presidente de la República. Este último aspecto merece ser desarrollado, para efectos de una más clara presentación de las conclusiones de mi ponencia.

La Ley 142 de 1994, luego de crear las comisiones de regulación, indicó que las funciones de éstas no provenían de una determinación legal, sino que eran propias del presidente de la República en virtud de lo establecido en el artículo 370 constitucional y que si éste a bien tenía, podía delegarlas en aquéllas¹².

Esta situación presentaba una anomalía parcial, toda vez que pareciera suponer que la función de regulación de los servicios públicos domiciliarios es exclusiva del presidente de la República, de conformidad con lo establecido en el Texto Político. Observo esta anomalía en atención a que si bien el artículo 370 constitucional le atribuyó al presidente de la República la función de señalar las políticas generales de administración, control y eficiencia de los servicios públicos, el artículo 365 indicó *expresamente* que la función de regulación le corresponde *al Estado* en general.

Por su parte, la Ley 142 de 1994 les atribuyó una lista de funciones a las comisiones de regulación (artículo 73), situación en absoluto anómala, como se indicó antes, toda vez que es la ley la que en el ordenamiento jurídico

11 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1162 de 2000 y C-150 de 2003 (MM PP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ y MANUEL JOSÉ CEPEDA, respectivamente). Y CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2008, expediente n.º 0029 (CP: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA). Esta última providencia, con salvamento de voto del autor de este escrito.

12 Artículo 68 de la Ley 142 de 1994.

colombiano crea entidades administrativas de distinto tipo y les atribuye sus funciones.

Pese a lo anterior, y probablemente como consecuencia de algunas inquietudes que el tema arrojaba, debido a la falta de claridad sobre el punto de la jurisprudencia constitucional que en primer lugar se ocupó del tema¹³, el alto tribunal constitucional indicó en la aludida sentencia (C-1162 de 2000), tal y como se señaló, que las funciones de las comisiones de regulación sólo podían provenir de la delegación presidencial, toda vez que a la ley no le correspondía este tipo de atribución.

Esta afirmación atenta no sólo contra la figura usada en el derecho comparado, entre otros, para este propósito de la "deslegalización", sino contra la lógica constitucional colombiana de que es la ley la que atribuye por excelencia funciones a las entidades administrativas.

Con mi inconformidad no pretendo señalar que, en mi entender, el presidente de la República no puede delegar funciones constitucionales suyas a entidades administrativas; sin duda alguna, al menos en el caso de los servicios públicos domiciliarios puede hacerlo, pues así lo entendió el tribunal supremo de la interpretación constitucional. El aspecto que contravengo, en cambio, es que se crea que por ese hecho se está en presencia de unas entidades administrativas en las que la ley no puede tener ingerencia alguna, toda vez que no les puede atribuir funciones; esto es absurdo puesto que la ley las creó y les puede atribuir las funciones que considere necesarias, siempre en respeto de lo prescrito en la Constitución Política.

Con base en lo anterior, puede interpretarse, como pareciera hacerlo la Corte Constitucional, que las funciones consignadas en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 no se las está atribuyendo la ley, sino que son funciones propias del presidente de la República, que, si a bien tiene, puede delegarlas en cabeza de las comisiones de regulación¹⁴. Lo que de ninguna manera puede hacerse es pensar que frente a las funciones de las comisiones de regulación la ley sólo puede cruzarse de brazos porque sólo el Presidente tiene injerencia en el tema. Esta tesis, se insiste, sería tan absurda como una madre que dé a luz a un hijo al que no puede darle instrucciones; y contraviene la función de regulación que la Constitución Política dio al Estado (artículo 365), así como la posibilidad y obligación constitucional que tiene el legislador de crear el aparato administrativo del orden nacional e indicar las funciones de cada una de las entidades que lo componen (artículo 150 numeral 7).

Con base en lo señalado en esta parte de la ponencia, se puede concluir que las manifestaciones normativas de contenido general de las comisiones de

13 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-272 de 1998 (MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).

14 Interpretación que, conforme a lo señalado, no comparto.

regulación son unos reglamentos distintos de los decretos reglamentarios, que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se encuentran ubicados por debajo de las leyes y los decretos reglamentarios que expida el presidente de la República y cuyo sustento normativo puede provenir de mandatos legales o de la delegación que el presidente de la República haga de las funciones constitucionales que le fueron atribuidas en el artículo 370.

II. LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN QUE SE MANIFIESTA MEDIANTE DECISIONES QUE PONEN SOLUCIÓN A CONTROVERSIAS SUSCITADAS ENTRE OPERADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. CARACTERÍSTICAS Y DISTINCIONES CON LA FUNCIÓN JUDICIAL

A. LA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES "CUASIJUDICIALES" A LOS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS QUE CUMPLEN FUNCIONES DE REGULACIÓN

El nacimiento de entes administrativos con capacidad reguladora es un fenómeno relativamente reciente en el caso colombiano¹⁵, del mismo modo que es novedoso inclusive en estados occidentales de tradición romano-germánica¹⁶. En efecto, fue en los Estados Unidos, como bien se sabe, donde a fines del siglo XIX comenzaron a aparecer las primeras "agencias" reguladoras, algunas de ellas de origen gremial y posterior reconocimiento de "autoridad pública", y otras de origen estatal¹⁷.

Estas "agencias", que por su pluralidad de funciones han tenido y tienen en el presente nombres distintos¹⁸, cumplían tradicionalmente funciones de

15 Si bien en el caso de los servicios públicos domiciliarios las comisiones de regulación nacieron desde la expedición de la Ley 142 de 1994, en otros sectores económicos se comenzó a hablar de ellas, en sentido más o menos técnico, a partir de la década de los ochenta; probablemente el caso más representativo fue el de los mercados de valores y las funciones que en este sentido se le atribuyeron a la Superintendencia de Valores de entonces.

16 Buena parte de los organismos de regulación de los servicios públicos se instauraron en Europa occidental a fines de la década de los ochenta e inicios de los noventa, con inspiración estadounidense y como consecuencia de los procesos de liberalización que se adelantaron en esta época.

17 LOUIS L. JAFFE. *Judicial Control of Administrative Action*, Boston, Little, Brown and Company, 1965, pp. 11-17.

18 *Department, government corporation, government controlled corporation, independent agency* son algunos de los nombres que suele reunir la genérica expresión de "agency", al menos desde una perspectiva federal en los Estados Unidos, toda vez que desde un punto de vista estatal los nombres son aún más variados. BARBARA MARCHETTI. *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, Padua, Cedam, 2005, p. 24.

"rulemaking", es decir de hacedoras de normas, dentro de las cuales, tal y como se constató en la primera parte de este escrito, se podían diferenciar reglas de contenido general y reglas de contenido particular.

Esta capacidad administrativa, de inmensa importancia, estaba fundada en el conocimiento técnico y económico de estos entes, cuya aparición se había justificado, justamente, por la necesidad de intervenir algunos sectores económicos que con nomenclatura europea continental y por derivación colombiana coincidían muchas veces con los "servicios públicos".

En términos constitucionales ello significaba, en buena medida, un replanteamiento del sustento democrático de algunas decisiones de no poca importancia, cuyo fundamento, antes que encontrarse en la representatividad popular de los hacedores de normas, hallaba origen en la capacidad técnica de los cuadros de estos entes, que la mayor parte de las veces no sólo eran poco numerosos sino que se encontraban distanciados en términos jerárquicos del personal de apoyo al servicio de la entidad¹⁹.

Esta trascendental función de las "agencias reguladoras"²⁰ se fue desarrollando con naturalidad y tecnicismo en el modelo estadounidense y con la comprensión de que frente a las decisiones que se adoptaran en ejercicio de ella cabía un control judicial (*judicial review*) que garantizaba una eventual extralimitación en su ejercicio²¹.

De esta manera, las decisiones regulatorias tenían efectos vinculantes, y sobre ello nada se discutió en términos genéricos. Así mismo, el imperativo de ubicación de estas normas en un sistema jerárquico de fuentes tampoco se dio, de manera que sin un sitio específico en la pirámide normativa, o al menos sin preocupación de éste, se concibieron sus efectos para todos los estados²², sin cuestionar siquiera su distanciamiento con la ley, comprendida como manifestación normativa emanada del poder político por excelencia.

Por su parte, la adopción de normas de contenido particular por las entidades reguladoras en los Estados Unidos dio lugar a la comprensión de algunas de ellas como simples (o tradicionales) manifestaciones no de la función administrativa, sino de la judicial. Dicha situación trajo consigo la lógica consideración conceptual de la capacidad de entes de índole administrativa de producir este tipo de decisiones, que al igual que la función de "rulemaking" pareciera justificarse no por razones caprichosas, sino en atención a la capa-

19 FABIO MERUSI. *Democrazia e autorità indipendenti*, Bolonia, Il Mulino, 2000, pp. 9-38.

20 En los Estados Unidos se hace referencia a las "Independent Regulatory Comissions" como sinónimas de las "Independent Agencies". Cfr. MARCHETTI. Ob. cit., p. 26.

21 Ídem.

22 Cuando quiera que se estaba en presencia de "Comisiones Reguladoras Independientes" del orden nacional o federal, y no de aquellas de índole estatal.

cidad técnica de estos entes y a la correspondiente naturaleza técnica de los aspectos sometidos a su consideración²³.

De esta manera, la doctrina comenzó a referir, junto a la capacidad de hacer normas, la de "*adjudication*"²⁴, también conocida en otros escenarios como "*quasi judicial function*"²⁵, por la que se comprendía la adopción de una decisión con efectos interpartes, que podía llegar a servir en el futuro como ilustrativa para otros agentes económicos (regulados) y en general para la evaluación de los alcances de la normatividad de contenido general, que las "agencias reguladoras" también producían.

Estas decisiones, al igual que las típicamente normativas, tampoco se escapaban de un control jurisdiccional que, como se dijo, se esgrimía como el contrapeso de un importante cúmulo de funciones, con gran impacto económico y en muchas oportunidades también social, cuya legitimidad democrática no se esgrimía en términos tradicionales (representación) sino de capacidad técnica (tecnocracia).

Probablemente, en el caso colombiano, la Asamblea Nacional Constituyente, para estar acorde con esta situación, previó la posibilidad de que las entidades administrativas puedan ejercer excepcionalmente funciones judiciales, siempre que su señalamiento se haga por ley²⁶, como en efecto ha acontecido en no pocas hipótesis, como por ejemplo en materia de competencia desleal y en algunas situaciones de protección de consumidores, en el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En el caso específico de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios, como se indicará en el literal siguiente de este escrito, no les ha sido asignada función judicial alguna, lo que en términos constitucionales llevaría a pensar en la muy probable inconstitucionalidad en que incurrirían al momento de adoptar decisiones *motu proprio* que antes que administrativas sean efectivamente judiciales.

Situación distinta se constataría en el caso de la producción de normas administrativas de contenido particular que no entren en los linderos de la función judicial, situación de antaño compleja para el intérprete, toda vez que tanto en el caso de la decisión judicial como en el de la decisión administrativa de contenido particular se están adoptando medidas que incumben la mayor parte

23 JAFFE. Ob. cit., pp. 87-98.

24 MARCHETTI. Ob. cit., pp. 63-66.

25 Principalmente en Inglaterra, con ocasión de los denominados "Tribunales Administrativos". Cfr. ALBERTO MONTAÑA PLATA. *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 49.

26 Se establece en el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política: "Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos".

de las veces sólo a los interesados, y que conceptualmente pueden calificarse como normas particulares, que parten de la constatación de una situación de hecho con una norma de contenido general y abstracto.

B. LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ATRIBUIDA A LAS COMISIONES DE REGULACIÓN POR LA LEY 142 DE 1994

Algunas de las funciones atribuidas a las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios por la Ley 142 de 1994 les atribuyen a éstas la competencia de dirimir controversias; existen también otras disposiciones normativas que les atribuyen este mismo tipo de funciones, aunque a comisiones específicas y principalmente en temas relacionados con la solución de conflictos en materia de competencia²⁷.

Para efectos de los propósitos de este escrito, se centrará la atención en las funciones, en este sentido, contenidas para todas las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios en la Ley 142 de 1994, que para una mejor comprensión me permito transcribir; se trata de los artículos 73.8 y 73.9 de esta ley:

Artículo 73. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

- 27 Ejemplos de este último aspecto son el literal b del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994, el artículo 15 de la Ley 555 de 2000 y el artículo 37 del Decreto 1130 de 1999, que consagran atribución expresa de este tipo de funciones en materia de competencia a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT). Vale la pena advertir, en sintonía con lo establecido en la primera parte, que en estos casos, así como en las funciones que en este mismo sentido se les atribuyen a todas las comisiones de regulación por la Ley 142 de 1994, no estaríamos, en mi opinión, ante una delegación de una función presidencial, sino ante una asignación de funciones directa que hace la ley; de lo contrario debería pensarse, al menos para el caso de las funciones referidas en la Ley 142 de 1994, que la función de dictar "políticas generales de administración control y eficiencia de los servicios públicos" comprendería a la función de solución de controversias, situación que resulta del todo absurda. En este mismo sentido, vale la pena señalar que una de las funciones referidas (artículo 37 del Decreto 1130 de 1999) no tiene una proveniencia legal, sino reglamentaria, motivo que atentaría contra el principio constitucional de que es la ley la que les atribuye funciones a las entidades administrativas, al que se hizo referencia en la primera parte; sobre este último aspecto, pueden consultarse las opiniones de ALBERTO MONTAÑA PLATA. "Algunas reflexiones sobre el régimen normativo de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones", en *Lecciones en materia de telecomunicaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 165 a 188.

[...] 73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre las empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.

73.9 Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quien debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La Resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio.

Según lo indicado en el literal A de esta segunda parte, la comprensión de estas funciones, al menos desde una perspectiva conceptual, comportaría dos posibilidades: o se trata de una típica función judicial que en desarrollo de lo dispuesto por la Constitución Política (artículo 116) les fue atribuida a las comisiones de regulación por parte del legislador (1) o, por el contrario, se está en presencia de una función administrativa, que resulta obvia en el contexto de la función reguladora, que, según lo indicado al inicio, puede y debe manifestarse de distintos modos (2).

Como se observa, con cualquiera de las dos comprensiones se estaría frente a una tipología de funciones que la ley les atribuyó a las comisiones de regulación en cuanto unidades administrativas especiales, es decir, organismos administrativos, y no como pretende algún sector de la doctrina, e inclusive de la jurisprudencia²⁸, frente a una función propia del presidente de la República que les fue atribuida a ellas, según la interpretación que al respecto otorga el artículo 68 de la Ley 142 de 1994.

En relación con la primera de las posibles comprensiones, vale la pena señalar que pese a que de la atribución de ésta se evidenciaría la existencia de una función asignada por la ley, no se haría expresa alusión a la naturaleza judicial de la misma, lo cual podría suponer algunas dudas sobre el efectivo ejercicio del artículo 116 constitucional.

Pese a esta consideración, existen casos en que si bien la ley no señala de manera expresa la naturaleza judicial de la función asignada, de su contexto y materia se entiende que es así. Tal es el caso, por ejemplo, de la conocida función de declaratoria de "efectividad de la garantía" atribuida a la Superintendencia de Industria y Comercio por el literal b del artículo 145 de la Ley 446 de 1998^[29], en el que nada se indica sobre la naturaleza de la función; la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad de esta y otras disposiciones,

28 Supra, literal B de la parte I.

29 Se puede indicar al respecto que la mencionada ley hacía referencia a procesos judiciales.

hizo, sin embargo, alusión a la naturaleza judicial de la función que se estudiaba y, por ende, a la necesidad de separar dentro de la entidad administrativa en mención las funciones de naturaleza administrativa y judicial³⁰.

En lo que respecta, en cambio, a la segunda de las comprensiones indicada, existiría el problema evidente de la atipicidad de la función administrativa que se estudia, toda vez que sin necesidad de entrar en profundas disquisiciones se constataría una "extraña" manifestación administrativa, al menos si ésta es comprendida en confrontación con una visión convencional y estática de su ejercicio.

Encontraría, en cambio, a su favor, el hecho de que de manera expresa en la ley se hace alusión al control jurisdiccional que existe frente a las decisiones que se adopten en ejercicio de las funciones que se estudian, lo cual supone una comprensión de éstas, de actos administrativos y no de sentencias judiciales.

Este aspecto fue referido por la Corte Constitucional frente a la discusión de si con este tipo de funciones en cabeza de las comisiones de regulación se violaba el derecho ciudadano al acceso a la justicia; al respecto se señaló que al existir la posibilidad de controvertir ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo este tipo de decisiones no se atentaba contra este derecho fundamental³¹.

La discusión en torno a ambas comprensiones fue resuelta, sin embargo, por la Corte Constitucional, de manera definitiva, con la Sentencia C-1120 de 2005^[32] en la que no sólo se declararon ajustados a la Constitución Política los dos numerales del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 que se estudian, sino que además se afirmó que en ellos estaba contenida una típica función de regulación, además de constatarse el ejercicio de una función administrativa antes que judicial.

Sobre la naturaleza de regulación de las funciones objeto de análisis, señaló esta corporación judicial:

Del examen de las funciones de resolución de conflictos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios, a cargo de las comisiones de regulación, de que tratan las normas demandadas, resulta que:

i) Son funciones de regulación de la prestación de los mencionados servicios [...] son desarrollo de la función general prevista en el inciso 1º del mismo artículo,

30 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1071 de 2002 (MP: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT).

31 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-560 de 2004 (MP: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO). En esta providencia se hizo el señalamiento indicado, pese a declararse inhibida esta corporación judicial para decidir de fondo sobre la eventual inexequibilidad de las disposiciones que se analizan.

32 MP: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

en virtud del cual a las comisiones de regulación corresponde regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes prestan servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

En estas condiciones, tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación [...] Lo mismo puede afirmarse sobre los conflictos entre operadores en los casos en que se requiera garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia del servicio, cuya resolución asigna el Art. 74, Num. 74.3, de la Ley 142 de 1994 como función especial a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones.³³

Sin duda alguna, en esta providencia la Corte Constitucional tiene una idea amplia de regulación y una comprensión de ella como instrumento de intervención del Estado en la economía, tal y como lo ha manifestado en otras oportunidades³⁴, dentro de la que resultan compatibles distintos tipos de manifestaciones: no sólo decisiones de contenido general (asimilables, como se dijo, a la categoría de reglamento) sino también decisiones de carácter particular o si se prefiere de efectos interpartes, dentro de las que se encuentran aquellas orientadas a dirimir controversias entre los operadores de los servicios, como las que se estudian en esta parte del escrito.

Por su parte, en la misma providencia del máximo tribunal constitucional se indica también, de manera expresa, la naturaleza administrativa de este tipo de funciones en los siguientes términos:

[...]

ii) Por otra parte, las decisiones que deben adoptar las comisiones de regulación en la solución de los mencionados conflictos, tienen carácter de actos administrativos que ponen fin a la actuación administrativa y están sometidos al control de legalidad por parte de la jurisdicción [...] De lo anterior se concluye que las funciones de resolución de conflictos de que tratan las normas acusadas son de

33 Sobre esta contundente incorporación de las funciones que se estudian, en el ámbito de la regulación de los servicios públicos desarrollada por la Corte Constitucional, no se comparte, sin embargo, la idea, que se expresó en esta sentencia, en el sentido de concebir a la regulación como una función exclusiva del presidente de la República, que encuentra arraigo en el artículo 370 constitucional y en virtud de la cual, como se indicara en la primera parte, se ha comprendido que la atribución de funciones a estos organismos administrativos únicamente puede encontrar origen en la delegación de funciones presidenciales.

34 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003 (MP: MANUEL JOSÉ CEPEDA).

naturaleza administrativa, no solo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial. Esta actividad de la administración pública o de órganos administrativos corresponde a la denominada función arbitral de los mismos, en cuyo ejercicio actúan como árbitros de los conflictos entre particulares o entre éstos y otro órgano administrativo.

Sin duda alguna, la Corte Constitucional desecha la posibilidad arriba sugerida de que las funciones de las comisiones de regulación objeto de revisión sean susceptibles de ser comprendidas como judiciales, toda vez que en su entender obedecen al ejercicio de una típica función administrativa, además de la consideración orgánica de que son proferidas por organismos administrativos.

Esta idea involucra, sin lugar a dudas, una comprensión de avanzada de la función administrativa, toda vez que en su interior evidencia situaciones en que quien la ostente dirima en términos efectivos controversias jurídicas que enfrenten a dos o más sujetos de derecho. Hacer esto, entonces, no es concebido como una función judicial, sino como una función administrativa, siempre en el contexto de la función de regulación de los servicios públicos.

Desde una perspectiva teórica, o si se quiere conceptual, esta situación no arroja mayores novedades a consideraciones doctrinarias que han subrayado la similitud de las funciones administrativas y judiciales, así como aquella máxima propia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo francesa según la cual "juzgar a la administración es también administrar"³⁵, siempre en el entendido de que los prestadores de servicios públicos desde una perspectiva orgánica no son siempre administración pública, aunque desde una perspectiva material puede que lo sean³⁶.

Otra inquietud que vale la pena resaltar del pronunciamiento de la Corte Constitucional que se revisa es si de su consideración se deriva que las funciones de "regulación" ejercidas por las comisiones de regulación serán siempre administrativas y por ende no existirá la posibilidad de que el legislador les atribuya funciones, esas sí, de índole judicial.

Mi opinión al respecto es que sí se podría, toda vez que negar de plano esa posibilidad atentaría contra la naturaleza y la amplitud del artículo 116 constitucional, antes referido. De esta manera, las comisiones de regulación desarrollan en la actualidad típicas funciones administrativas, pero no por ello en un futuro podría dejar de pensarse en que el legislador les atribuya funciones judiciales.

En relación, entonces, con las funciones que se tienen hoy, podría utilizarse la expresión doctrinaria de "cuasijudiciales" para comprender por ellas

35 Cfr. MONTAÑA PLATA. *Dimensión teórica de la jurisdicción de lo contencioso administrativo*, cit., pp. 35-43.

36 El tema de la eventual función administrativa que se encuentra comprometida con la prestación de los servicios públicos en Colombia desborda los propósitos de este trabajo.

unas funciones administrativas de carácter muy moderno que significan la adopción de decisiones, en relación de controversias entre sujetos de derecho (de distinta naturaleza) que presten servicios públicos. Esta calificación nos parece más acorde con la realidad colombiana que la utilizada por la Corte Constitucional (arbitrales), toda vez que la función arbitral en Colombia es concebida como una función judicial que, aunque de manera excepcional, es ejercida por los particulares.

El aspecto clave que se ha de definir, según mi entender, es el límite entre las denominadas funciones administrativas cuasijudiciales de las comisiones de regulación y las funciones judiciales que éstas puedan llegar a cumplir; la distinción de ello supone, a mi juicio, el impulso de trabajos interpretativos y casuísticos que puedan servir al sector para una mayor seguridad jurídica.

Esta situación ha tenido desarrollo indirecto en una reciente providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁷ en la que, en últimas, las dos posturas que se presentaron al respecto intentaban definir si lo que había hecho una comisión de regulación en un caso concreto era sustituir al juez natural de una controversia contractual (tribunal de arbitramento) o no.

Según la tesis mayoritaria de esa sección, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en un caso concreto, en ejercicio de la función que le resultaba propia para dirimir controversias entre operadores, partes en un contrato de interconexión, había decidido mediante actos administrativos la controversia planteada ante un tribunal de arbitramento que, en su opinión, terminó en últimas, de manera contraria a derecho, pronunciándose sobre la legalidad de esos actos.

Por su parte, la tesis minoritaria comprendió que uno era el objeto de la función administrativa ejercida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en ese caso concreto, y otro muy distinto era el objeto que había de decidir el tribunal de arbitramento y, por ende, este último, al adoptar una decisión de fondo, había obrado conforme a derecho.

Como se observa, si bien la discusión en esta providencia centró su atención en el análisis de una causal de anulación de un laudo arbitral y en este contexto una parte (la mayoritaria) consideró que éste no podía pronunciarse frente a actos administrativos que habían resuelto una controversia, mientras que la otra sostuvo que la decisión resuelta por los actos administrativos era distinta de la sometida a consideración del tribunal de arbitramento, lo cierto es que de manera indirecta el tema afrontado guarda relación con los límites entre el objeto de una decisión típicamente administrativa (que he denominado cuasijudicial) y los del objeto de una decisión judicial, en este caso sometida a consideración de la justicia arbitral.

37 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 1.º de abril de 2009 (CP: ENRIQUE GIL BOTERO, con salvamento de voto de voto de los consejeros de Estado RUTH STELLA CORREA PALACIO y RAMIRO SAAVEDRA BECERRA).

En conclusión, se puede decir que bajo la comprensión del máximo intérprete de la Constitución Política las funciones de las comisiones de regulación dirigidas a que éstas diriman controversias entre operadores de los servicios públicos son administrativas y no judiciales.

Se está entonces en presencia de una modalidad de función administrativa que rompe paradigmas propios del pasado y se sitúa en un moderno derecho administrativo, consciente de los nuevos retos que suponen, entre otros, el fin del monopolio estatal y la liberalización de los servicios públicos domiciliarios. Una función que, al igual que la reglamentaria, encuentra cabida en nuestro ordenamiento jurídico y cuyo principal reto consiste en distinguir lo administrativo de lo judicial.

III. CONCLUSIONES

En este escrito hemos pretendido demostrar que:

1. La función de reglamentar es bien distinta de la de regular, aunque esta última en algunas oportunidades se manifieste mediante reglamentos.
2. A la luz de la Constitución Política de Colombia, y en general del ordenamiento jurídico nacional, las manifestaciones normativas de contenido general que son proferidas por las comisiones de regulación son susceptibles de ser calificadas como reglamentos.
3. Lo anterior no significa que estos reglamentos sean susceptibles de identificarse con una especie del género, los decretos reglamentarios, cuya expedición es exclusiva del presidente de la República.
4. El sustento normativo para la expedición de estos reglamentos puede provenir de la atribución directa de funciones que la ley les asigne a las comisiones de regulación o de la delegación que el presidente de la República haga de las funciones que le son propias de conformidad con el artículo 370 de la Constitución Política.
5. Es común que para el ejercicio de sus funciones las comisiones de regulación de los servicios públicos deban solucionar controversias, dada su idoneidad técnica y económica.
6. En Colombia, las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios pueden cumplir funciones judiciales, siempre que la ley se las asigne.
7. Las funciones de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios contenidas en los artículos 73.8 y 73.9 de la Ley 142 de 1994 son susceptibles de calificarse como "funciones administrativas cuasijudiciales",

comprendiendo por ellas funciones administrativas modernas, acordes con las necesidades técnicas del sector.

8. Resulta imperativo ahondar en el estudio de los límites del objeto de estas modernas funciones administrativas, en relación con el objeto de las funciones judiciales.

Con base en las anteriores aclaraciones, me permito responder las preguntas que me hacía al inicio de esta presentación:

- ¿Son efectivas normas jurídicas las que se producen en ejercicio de la función de regulación?: Sí, en el ejercicio de la función de regulación se pueden expedir normas jurídicas vinculantes, así como otras manifestaciones carentes del elemento coercitivo.

- ¿Son éstas homologables a la ley?: No, se parecen a ella en que pueden tener contenido general, pero constituyen ejecución de ésta y por ende se encuentran supeditadas a los mandatos generales contenidos en las normas legales.

- ¿Cuál es la posición que ocupan las normas regulatorias en un sistema jerarquizado de normas?: En el sistema de fuentes normativas colombiano, las manifestaciones normativas de contenido general de las comisiones de regulación se encuentran por debajo de las leyes y los decretos reglamentarios y demás normas de contenido superior.

- ¿Puede una entidad administrativa común y corriente producir normas de contenido general y con cierto grado de abstracción?: Sí, esta una más de las funciones que pueden serle asignadas por la ley. Así mismo, otras entidades administrativas pueden delegar funciones reglamentarias en ellas, con autorización de la ley, y el presidente de la República puede delegar funciones propias de las que la Constitución Política le atribuyó a él en el artículo 370.

- ¿El origen de esta función se encuentra en la Constitución Política, en la ley o en la delegación de funciones presidenciales?: La función de regulación en términos constitucionales recae en el Estado (artículo 365). La función de producir normas de contenido general puede ser atribuida a las comisiones de regulación por parte de la ley o de la delegación que con autorización de ésta hagan otras entidades administrativas o de la delegación que el presidente de la República haga de su función constitucional contenida en el artículo 370.

- ¿Puede una comisión de regulación cumplir funciones distintas de las administrativas?: Sí, el legislador puede atribuirle funciones jurisdiccionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 constitucional.

- ¿Puede atribuírseles funciones jurisdiccionales a las comisiones de regulación?: Sí, con base en lo anterior.

- ¿La función esporádica de estas entidades de dirimir conflictos entre los operadores, debe catalogarse como judicial o administrativa?: Aquellas existentes en la actualidad y comprendidas en los artículos 73.8 y 73.9 de la Ley 142 de 1994 son funciones administrativas, a las que, sin embargo, pese a su especialidad, deberían limitarse sus fronteras con las funciones judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

- CHAPUS, RENÉ. *Droit administratif général*, París, Montchrestien.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO. *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, Madrid, Tecnos, 1998.
- GAUDEMET, YVES. *Droit administratif*, París, LGDJ, 2005.
- JAFFE, LOUIS L. *Judicial Control of Administrative Action*, Boston, Little, Brown and Company, 1965.
- MARCHETTI, BARBARA. *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, Padua, Cedam, 2005.
- MERUSI, FABIO. *Democrazia e autorità indipendenti*, Bolonia, Il Mulino, 2000.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. "Algunas reflexiones sobre el régimen normativo de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones", en *Lecciones en materia de telecomunicaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- RIVERO, JEAN y JEAN WALINE. *Droit administratif*, París, Dalloz, 1996.
- RODRÍGUEZ ARANA, JAIME. "Ley y reglamento en el derecho administrativo español", en *VI Foro iberoamericano de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO. "El reglamento frente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado" y LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. "Los reglamentos autónomos", en *VI Foro iberoamericano de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 1.º de abril de 2009 (CP: ENRIQUE GIL BOTERO, con salvamento de voto de voto de los consejeros de Estado RUTH STELLA CORREA PALACIO y RAMIRO SAAVEDRA BECERRA).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente n.º 16230 (CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1162 de 2000 y C-150 de 2003 (MM PP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ y MANUEL JOSÉ CEPEDA, respectivamente).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2008, expediente n.º 0029 (CP: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-272 de 1998 (MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1071 de 2002 (MP: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-560 de 2004 (MP: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003 (MP: MANUEL JOSÉ CEPEDA).

