

# Editorial

ANÍBAL ZÁRATE PÉREZ

Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co

Es para mí un gran honor retomar la labor iniciada por el profesor HÉCTOR SANTAELLA, quien como editor de la *Revista Digital de Derecho Administrativo* activó un proceso de consolidación para esta publicación. Dicha iniciativa abrió un escenario de diálogo para que los profesores miembros de los grupos de investigación de la Universidad Externado de Colombia, y autores nacionales y extranjeros expertos en la materia discutieran temas relacionados con esta disciplina jurídica. Uno de estos temas es precisamente el Derecho público económico.

En enero de este año, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD) presentó su informe económico sobre el país. Dentro de una serie de recomendaciones que abarcan desde la política macroeconómica, el mercado laboral, hasta temas puntuales en materia de infraestructura, educación y reforma fiscal, se acompañan una serie de políticas encaminadas a mejorar el clima institucional y regulatorio de los negocios. Institucionalmente, la OECD recomienda otorgar a la autoridad de competencia nacional, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), una mayor independencia frente al Ejecutivo, constatando que los cargos de superintendente y de delegado para la protección de la competencia son de libre nombramiento y remoción. Según la organización, la experiencia de sus países miembros muestra como las autoridades de competencia "independientes" son capaces de asegurar una aplicación más eficaz de las normas de competencia (OECD, 2013). En cuanto a la regulación de los negocios, el organismo recomienda revisar las barreras de entrada en algunos mercados de productos y, en particular, en los mercados de las comunicaciones, producción de alimentos y financiero, en los que observa un alto grado de concentración que se traduce en mayores precios para los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios, así como de asegurarse de que las regulaciones de estos mercados no actúen como barreras a la entrada de nuevos competidores. El informe económico de la OECD, al cual se suma una reciente actividad de evaluación por parte del organismo a la política y regulación de la competencia, cuyos resultados se espera que sean dados a conocer en el segundo semestre del 2013<sup>1</sup>, es de especial relevancia frente a

1 Se trata del examen de pares o *peer review*, mecanismo que consiste en la voluntaria evaluación de la política y reglas en materia de competencia a la que se someten los países

la reciente noticia de candidatura oficial de Colombia a este selecto grupo de 34 naciones que incluye las economías más desarrolladas del planeta, así como a países emergentes que se destacan por su desempeño económico en sus regiones, como es el caso de Chile, México o Turquía.

Las políticas, reformas institucionales y regulatorias propuestas por la OECD están lejos de ser ajenas al Derecho administrativo; de hecho, éste se encuentra aludido de varias maneras. En primer lugar, sus recomendaciones se inscriben dentro de lo que la doctrina identifica como un fenómeno de permeabilización de los derechos administrativos nacionales, tendiente a armonizar los comportamientos de los órganos públicos a nivel mundial y así facilitar la acción de diferentes actores económicos, bajo el discurso casi universal de la nueva gestión de lo público (*New Public Management-NPM*)<sup>2</sup>. Los países miembros de la OECD han adoptado así el paradigma del NPM como panacea para corregir las ineficiencias en la acción gubernamental y como medio para alinear sus prácticas de gobierno con los principios ideológicos en los que se apoya la globalización. El NPM desempeña en ellos un rol importante, como herramienta de política y como medio para alcanzar eficiencia en la gerencia pública, a partir de una liberalización de economías nacionales y de una política económica internacional (IPE) (BARDOUILLE, 2001). En segundo lugar, las reformas institucionales sugeridas, de ser emprendidas, comportan una modificación de la estructura de la administración pública del orden nacional. En efecto, hablar de una autoridad de competencia "independiente" de la rama ejecutiva implica situarse en el plano del Derecho de la organización, entendida ésta como función, esto es, como la actividad de diseño institucional o de determinación del conjunto de órganos que constituyen la organización administrativa, sujeto del Derecho administrativo. Sea que se trate de crear una nueva autoridad de competencia con características orgánicas y garantías estatutarias de independencia similares a aquellas que gozan las autoridades de países miembros de la OECD, entre las cuales es posible mencionar la supresión del control de tutela, la existencia de un período fijo en el cargo o la ausencia de revocación del mismo por un motivo diferente a una falta gravísima<sup>3</sup>, sea que se atribuyan a la actual Superintendencia de Industria y Comercio dichas garantías; en uno y otro caso se trata de una modificación de la estructura de la administración central<sup>4</sup>. Cualquiera que sea la hipótesis prevista, la recomen-

miembros de la OECD y los países asociados al organismo. Un primer examen de pares para Colombia fue realizado en el año de 2009.

2 HUBRECHT (2007: 39 y ss). Si bien puede ser cierto que "ambientes jurídicos dispares sean una fuente de incertidud" (v. DEFFAINS, 2005: 2).

3 V. ANÍBAL ZÁRATE PÉREZ (2011); sobre las autoridades de regulación americanas, v. ELIZABETH ZOLLER (s.f.: 167).

4 Para la Corte Constitucional determinar la estructura de la administración pública nacional "es no sólo crear los grandes elementos que la integran, sino, además, determinar su

dación de la OECD cuestiona las categorías tradicionales de órganos previstas en nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, en la Ley 489 de 1998 y nos invita como administrativistas, a riesgo de caer en la trampa de seguir introduciendo “agencias nacionales”, órganos que lejos de poseer las garantías de independencia que poseen las autoridades de regulación independientes americanas (IRA) o las autoridades administrativas independientes francesas (AAI)<sup>5</sup>, ambos países miembros de la OECD, no son en la mayoría de los casos ni estatutaria ni funcionalmente otra cosa distinta a unidades administrativas especiales con personería jurídica<sup>6</sup>. Pero dicha recomendación también nos invita a examinar el alcance de la distinción fundamental entre autoridad de regulación y autoridad de competencia. ¿Son nuestras comisiones de regulación sectoriales “independientes” frente al Ejecutivo? ¿Es necesaria esta “independencia” para evitar la alta concentración que la OECD nota en sectores como el financiero o el de las comunicaciones? Encontramos precisamente en tercer lugar unas recomendaciones acerca de la eficacia y la calidad de la regulación de ciertos mercados de productos, la cual, más que promover e incentivar la competencia al interior de los mismos, aparece como un obstáculo para la entrada de nuevos competidores en estos mercados.

El uso generalizado del término regulación no sabría disimular, para los administrativistas, las dificultades de orden conceptual que persisten en Derecho colombiano. En ciertos aspectos, se trataría de un término “plástico” que parece acomodarse a los usos más variados. La regulación se emplea entonces como desregulación y re-reglamentación, como norma dura en su forma, pero blanda en su contenido, como una asociación –por una amalgama incierta– entre la reglamentación, a partir de un anglicismo consciente o no, y otra cosa que la reglamentación, su opuesto en los actos “sugestivos” de la Administración. Frente a este tablero de diferentes sentidos de la palabra, que hace que pierda en densidad lo que gana en extensión, es posible preguntarse cuál es el objetivo de esta regulación, como etapa previa a intentar de determinar a qué estándares de calidad debe ajustarse la misma. La apertura a la competencia de las industrias en redes, que se aceleró a mediados de los

disposición dentro del órgano del que son parte, regular sus mecanismos de relación para el cumplimiento de su tarea y señalar de modo general sus funciones. En esta forma el legislador tiene como atribución crear la parte estática y permanente de la administración y el ejecutivo la de hacerla dinámica mediante el ejercicio de atribuciones administrativas”. Corte constitucional, Sentencia C-306 de 2004.

5 ANÍBAL ZÁRATE PÉREZ (Op.cit.); v. para el caso de las autoridades de regulación sectoriales, DELZANGLES (2008).

6 Basta con revisar los diferentes decretos que crean las llamadas agencias nacionales (por ejemplo, Decreto 4134 de 2011 Agencia Nacional de Minería, 4137 de 2011 Agencia Nacional de Hidrocarburos, 4170 Agencia Nacional de Contratación Pública, 4169 de 2011 Agencia Nacional del Espectro, 4085 de 2011 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado).

años ochenta, produce históricamente una transformación de la acepción de la noción de regulación en Derecho, que hace que éste se construya sobre la idea de regulación económica, encontrándose ligado a unos objetivos de introducción y mantenimiento de la libre competencia en sectores que eran monopolios públicos, objetivo que institucionalmente fue confiado a "autoridades de regulación". Sin embargo, la vinculación de la noción de regulación a las solas autoridades de regulación sectoriales a la carga de industrias en redes no fue sino provisoria. Sobre esta base común aparecen múltiples definiciones del término. Es posible distinguir entre aquellas que asimilan la regulación a la reglamentación, pero como lo enseña JEAN-BERNARD AUBY (2004: 10), "la reglamentación no es sino una forma de regulación: aquella que consiste en la producción de normas destinadas a disciplinar un sector determinado"<sup>7</sup>, de aquellas definiciones exclusivamente económicas del término<sup>8</sup>, e incluso de aquellas que designan una forma de intervención en la economía, precisando o no que se trata de una función de equilibrio entre imperativos económicos y no económicos<sup>9</sup>. A pesar de las discusiones sobre el sentido exacto de la noción, es posible identificar un denominador común que designa diversas formas de intervención por las cuales el poder público se esfuerza en disciplinar el funcionamiento de un sector económico. En este sentido, las formas clásicas de prestación directa de servicios públicos serían una forma de regulación. ¿Qué interés presenta entonces la noción? Al menos dos. El primero es precisamente recordarnos que la reglamentación y la prestación directa de servicios públicos no son los únicos medios que pueden emplearse para garantizar que la actividad económica sirva al interés general. El segundo nos invita a cuestionarnos sobre la legitimidad de la intervención pública en un sector determinado, esto es, saber si la intervención pública es necesaria para corregir los mecanismos y deficiencias del mercado. Esto lleva sin duda a preguntarnos: por qué regular (¿para obtener qué resultados?, ¿para producir qué efectos?). Etapa sin duda previa a intentar de determinar qué estándares de calidad y eficiencia deben operar.

Los debates que surgen de los diferentes informes que presentan órganos multilaterales como la Banca mundial o la OECD tienen el mérito de despertar el interés de los juristas por la ciencia económica, de la cual parecemos olvidarnos

7 "La réglementation est l'une des formes de la régulation : celle qui consiste dans la production de normes destinées à discipliner un secteur déterminé. Il en est d'autres : par exemple, l'activité de contrôle des tarifs et des comportements dans la concurrence qu'exercera une agence de régulation (qui n'est pas nécessairement dotée d'une compétence réglementaire)".

8 Es la definición propuesta por BERTRAND DU MARAIS (2004: 483), para quien la regulación designa "El conjunto de técnicas que permiten instaurar y mantener un equilibrio económico óptimo y necesario para un Mercado que no es capaz, en sí mismo, de producir dicho equilibrio".

9 V. por ejemplo, GÉRARD MARCOLI (2006: 349).

que podría indirectamente inspirar las políticas públicas y la producción normativa del país. Si la corriente de "*Law & Economics*" conduce, en sus diferentes versiones, a una reflexión de los economistas sobre el alcance del Derecho sobre la economía, no es posible encontrar igual número de reflexiones de los administrativistas evaluando el alcance de las evoluciones del sistema económico o de las nuevas corrientes económicas sobre nuestras instituciones de Derecho Administrativo. De ahí que les presente este número, como nuevo editor de la revista, invitándolos a generar un mayor diálogo entre el Derecho Administrativo y la economía.

En esta nueva responsabilidad que asumo frente a ustedes, se busca ampliar el debate en torno a esta disciplina jurídica, a través de un enfoque interdisciplinario y comparativo que permita enriquecer el escenario de discusión académica que constituye nuestra revista y crear una comunidad alrededor de los temas que se traten en la misma. Sus aportes son bienvenidos.

Una provechosa lectura,

## BIBLIOGRAFÍA

AUBY, JEAN-BERNARD (2004). "Régulations et droit administratif", en *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*. Bruxelles: Bruylant.

BARDOUILLE, NAND C. (2001). "The Transformation of Governance Paradigms and Modalities: Insights Into the Marketization of the Public Service in Response to Globalization", en *Georgetown Public Policy Review*, 6, Spring.

Corte Constitucional, Sentencia C-306 de 2004.

DEFFAINS, B. (2005). "Common Law ou 'droit des codes': quel système est le plus efficace?", en *Problèmes économiques*, 30 mars 2005.

DELZANGLES, HUBERT (2008). *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, énergie et postes*. Thèse Université Montesquieu - Bordeaux IV.

DU MARAIS, BERTRAND (2004). *Droit public de la régulation économique*. Paris: Presses de Science Po/Daloz.

HUBRECHT, HUBERT-GÉRALD (2007). "Peut-on toujours faire du droit compare? Le droit administrative compare à l'épreuve de la globalisation et du management public", en *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, FABRICE MELLERAY (dir.)

MARCOU, GÉRARD (2006). "La notion juridique de régulation", en *A.J.D.A.*: 349.

OECD (2013). *OECD Economic Surveys: Colombia 2013: Economic Assessment*, OECD Publishing. Disponible en [http://dx.doi.org/10.1787/eco\\_surveys-col-2013-en](http://dx.doi.org/10.1787/eco_surveys-col-2013-en).

ZÁRATE PÉREZ, ANÍBAL (2011). *L'indépendance des autorités de concurrence. Analyse comparative Colombie, France, Etats-Unis*, Thèse, Université Paris II, Panthéon-Assass.

ZOLLER, ELIZABETH (s.f.). "Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie", en *Régulation économique et démocratie*. Paris: DALLOZ, MARTINE LOMBARD (dir.), Thèmes et commentaires (Coll.).