

La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones

JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI¹

RESUMEN

La posición tradicional de la doctrina colombiana ha sido la de asimilar la regulación a una modalidad nueva de actuación del Estado, pero sin que medie una definición del término. Mediante un examen de la evolución de la intervención del Estado en la economía se busca definir esta noción para luego tratar de identificar los diferentes instrumentos regulatorios del ordenamiento jurídico colombiano, en concreto, de aquellas atribuciones que fueron conferidas por la Ley 1341 de 2009 a la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Palabras claves: Regulación, Comisión de Regulación de Comunicaciones, intervención del Estado en la economía, actividad administrativa, potestad reglamentaria

ABSTRACT

The traditional position of Colombian administrative law doctrine has been to assimilate the regulatory activity to a new state form of administrative action, without defining its content. By looking at the evolution of government intervention in the economy, it is intended to define the notion of regulation, to then try to identify the different regulatory instruments that exist in the Colombian legal system, mainly those attributions that were conferred by act 1341 of 2009 to the Communications regulation commission.

Keywords: Regulation, Communications Regulatory Commission, Public intervention in the economy, administrative action.

1 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Titular de un DSU en Derecho Administrativo y Magíster en Derecho público interno de la Universidad París II, Panthéon-Assas. Doctor en Derecho público por la Universidad París II, Panthéon-Assas. Docente Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia. Correo-e: pimiento.julian@gmail.com.

Mucho se ha dicho sobre la regulación en los últimos tiempos, tanto que podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que ha sido considerada como una de las transformaciones más importantes del Derecho Administrativo en la actualidad. Lo cierto es, y podemos decirlo desde ahora, que se trata de una nueva modalidad que adopta la actividad de la administración cuandoquiera que se ve abocada a intervenir en la economía, más específicamente cuando interviene en una actividad económica que se desarrolla bajo un esquema de economía de mercado. Sin embargo, los alcances de la regulación, las modalidades que puede adoptar y las distintas competencias otorgadas a las Comisiones de Regulación, siguen siendo el objeto de fallos por parte del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional y de importantes discusiones académicas.

La finalidad del presente trabajo es explicar las evoluciones que ha tenido el concepto de regulación en el Derecho colombiano, desde su reconocimiento como una modalidad de la actuación administrativa hasta la actualidad. En este sentido, las competencias regulatorias que le fueron otorgadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, mediante la Ley 1341 de 2009, presentan un campo interesante para desarrollar algunas reflexiones sobre la materia, particularmente en lo que se refiere a las competencias de resolución de conflictos.

Para lograr esta finalidad se tratarán sucesivamente (I) la definición de regulación, su evolución, su lugar en la jerarquía normativa y sus relaciones con el poder reglamentario. (II) En una segunda parte, nos detendremos en las competencias de resolución de conflictos de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, lo cual nos permitirá entender con más claridad el funcionamiento de la regulación en nuestro país, a la luz de los recientes pronunciamientos judiciales sobre la materia.

I. LA REGULACIÓN: ¿NUEVA MODALIDAD DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA?

No es fácil delimitar el concepto de regulación. Esta afirmación no solo es válida para el Derecho colombiano, sino que puede predicarse de la misma manera en el Derecho comparado². La posición tradicional ha sido la de considerar que la regulación constituye una tipología nueva que se enmarca dentro de las modalidades de actuación del Estado. Así como hay una actividad de policía, una actividad de fomento o un servicio público, así habría una actividad regulatoria. Sin embargo, desde un punto de vista formal, la regulación adopta las estructuras tradicionales de la actividad administrativa, principalmente actos administrativos de carácter general y particular. Para poder llegar a una definición de regulación derivada de la jurisprudencia colombiana (B), será

2 Cf. VILLEGAS (2010: 511 y ss.).

necesario hacer una breve presentación de la evolución de la intervención del Estado en la economía (A); una vez definida esta modalidad de actuación administrativa, se pasará a desarrollar lo relativo a la tipología de instrumentos regulatorios que existen en el ordenamiento jurídico colombiano (C).

A. FUNDAMENTO DE LA REGULACIÓN A PARTIR DE LA EVOLUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA Y DE LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN

La actividad regulatoria –que ha llevado a algunos a afirmar la existencia de un Estado regulador (ARIÑO, 2003: 330), como la evolución del Estado benefactor–, se ha ligado en repetidas ocasiones con la existencia de un órgano especial creado para que ejerza dichas funciones. Este proceso se puede analizar desde dos puntos de vista: por un lado, se debe entender su originalidad a partir de la evolución de las modalidades de intervención del Estado en la economía, y por el otro, de la evolución de las estructuras administrativas que soportan dicha actividad.

La evolución de dicha intervención se explica a partir del modelo mismo de Estado que se adopte. De esta manera, en el modelo liberal, la actividad económica del Estado se resumía a la abstención que se requería del mismo, una administración que debía limitarse a actuar exclusivamente en aquellos casos en los que las libertades de los ciudadanos se vieran vulneradas (RINCÓN, 2004). De manera concomitante a esta expectativa de la actividad estatal, se mantenía la posibilidad del Estado de limitar las libertades de los individuos en aras de garantizar el mantenimiento del orden público en sus modalidades de seguridad, tranquilidad y salubridad públicas. El único fundamento de actuación de la Administración era la existencia de cualquier atentado al orden público que pudiera perpetrarse por la actividad de los particulares. El fundamento económico de la actuación estatal era la teoría del *laissez-faire/laissez-passer*, según la cual la dinámica del mercado se encargaría de solucionar cualquier imperfección que se pudiera producir en su interior.

La evolución de la sociedad y de la economía, pronto mostraron las deficiencias de dicho modelo para suplir las necesidades de la población: bajo el signo de las revoluciones sociales, se requirió del Estado una intervención activa en la economía; en este momento se consolidó la idea de servicio público como una actividad de interés general prestada por el Estado, cuya *vis expansiva* terminó confundiéndola con el fundamento mismo del Derecho Administrativo. El solidarismo inherente a la noción de servicio público (MONTAÑA, 2005) como actividad principal a cargo del Estado se veía exacerbado por las diferentes crisis económicas que vivió el mundo en el período entre guerras y en la segunda posguerra (ARIÑO, Ob. cit.: 137). Por su parte, la ausencia de iniciativa privada en determinados sectores económicos impulsó una intervención directa en el mercado a través de agentes económicos –empresas industriales y comerciales, y sociedades de economía mixta–, cuya finalidad era suplir las

necesidades de los ciudadanos que los particulares ya no podían cumplir. Una vez estabilizada la economía, la intervención directa por parte del Estado en la economía mediante agentes económicos dejaría de ser una necesidad, ya que en lugar de ver al Estado como un "salvador", pasó a ser considerado como un intruso, sus estructuras muy pesadas y el Derecho aplicable como una ventaja indebida frente a los demás operadores privados. Esto llevó a un retiro por parte del Estado de grandes sectores de la actividad económica, sin que ello pudiera implicar un desentendimiento del desarrollo de dichas actividades. De esta manera, al liberalizar servicios, el Estado asumió un nuevo rol frente a las actividades en las cuales antes tenía un puesto principal, el de regulador.

La intervención del Estado en la economía no solo implica distintas modalidades de actuación, como hemos visto, sino que también tiene incidencia en las estructuras administrativas. Así, mientras para el Estado liberal, las estructuras necesarias se resumían a ministerios y secretarías, en el Estado intervencionista, cuya finalidad era la prestación de servicios públicos, fue necesario añadir estructuras técnicas, con personería jurídica, para la gestión de los distintos servicios públicos: los establecimientos públicos. Dada la variedad del contenido mismo de la noción de servicio público, fue necesario crear órganos que se encargaran de ejecutar las actividades económicas mencionadas con estructuras similares a las que utilizaban los particulares en el ejercicio de sus actividades. Así nacieron las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

A partir de la identificación de una nueva necesidad –regulación de un sector liberalizado– y, siguiendo la experiencia de los países anglosajones, se crearon las Comisiones de Regulación, órgano encargado de regular un determinado mercado (GARCÍA LLOVET, 1993: 61). Sin embargo, la especificidad de la actividad obligó a crear dicho órgano con una ingeniería distinta de la utilizada tradicionalmente³. Esta intervención en el mercado deberá ser realizada, entonces, por órganos altamente especializados y técnicos, ajenos a los ambages de la coyuntura política. Fue entonces necesario dotarlas de autonomía e independencia especiales.

Si el valor esencial en una economía de mercado es la confianza que se tenga en el mercado mismo, es posible afirmar que las Comisiones de Regulación son los guardianes de dicha confianza, los agentes del mercado estarán más inclinados a cumplir con la regulación en la medida en que sepan que las decisiones adoptadas cuentan con un sustento técnico derivado del especial conocimiento

3 Para JACQUES CHEVALLIER (2004: 58), "[l]a regulación se distingue de los modos clásicos de intervención del Estado en la economía: consiste en la supervisión del juego económico, estableciendo ciertas reglas e interviniendo de manera permanente para amortizar las tensiones, resolver los conflictos, asegurar el mantenimiento de un equilibrio general; mediante la regulación, el Estado no es un actor sino un árbitro del juego económico, limitándose a establecer las reglas de los operadores y esforzándose por armonizar sus acciones".

que tienen los comisionados del mercado que están regulando. Al ser autoridades administrativas se encuentran inmersas en la estructura administrativa del Estado. Su independencia es garantizada por el período de permanencia de sus miembros en el cargo y por el carácter técnico que inspira sus nombramientos.

Sin embargo, es posible afirmar que el hecho de que la jurisprudencia haya considerado en algún momento que las funciones de las Comisiones de Regulación se derivaban exclusivamente de una delegación presidencial, podía quitarle algo de la independencia necesaria que tienen estas autoridades administrativas. En el estado actual de la jurisprudencia, como lo veremos a continuación, se considera natural que dichas competencias puedan venir directamente de la libertad de configuración del legislador en materia de servicios públicos.

B. LA DEFINICIÓN DE REGULACIÓN

Definir la regulación como modalidad de la actividad de la Administración es un ejercicio difícil; en la doctrina se pueden encontrar definiciones muy variadas que se diferencian por el alcance dado al contenido mismo de la actividad regulatoria y de los tipos normativos utilizados para lograrlo⁴. Es posible encontrar, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, una definición de regulación que ha sido forjada a partir de los distintos casos concretos.

En efecto, la Corte Constitucional percibe la regulación como "una forma de intervención estatal en la economía, y se convierte en una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales de nuestro Estado (Preámbulo, artículos 1, 2, 333, 334, 365, 367 y 370 CP)"⁵. Ello implica que "la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado... ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos –sea el propio Estado o los particulares–, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la

4 Según BERTRAND DU MARAIS (2004: 482), "una de las fuentes de la ambigüedad del término 'regulación' viene de su origen, la noción que aparece inicialmente en Estados Unidos, incluye a la vez un instrumento –que se llamaría reglamento– y una política pública particular. En esta acepción final significa, en derecho público americano, el control de algunos operadores del mercado por parte del poder público".

5 Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000.

armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado"⁶.

De la misma manera, "la actividad determinada sujeta a regulación, reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está envuelto el goce efectivo de los derechos de las personas y donde se juzga necesario adoptar medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado"⁷; por ello, "[l]a 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"⁸.

La doctrina también ha esbozado diferentes definiciones de lo que debe entenderse como regulación. Así, para JACQUES CHEVALLIER (2004: 57), "la regulación implica una nueva concepción del rol del Estado en la economía. En la teoría general de los sistemas, la regulación recubre el conjunto de procesos mediante los cuales los sistemas complejos logran mantener su estado estacionario, preservando sus equilibrios esenciales, a pesar de las perturbaciones exteriores". En el Derecho colombiano ha sido definida como "la acción del Estado en la economía mediante la fijación de reglas en sectores considerados indispensables para el bienestar general de la sociedad" (DUSSAN), o como "las normas generales y específicas impuestas por las agencias de regulación del Estado que interfieren directamente en el mecanismo de asignación del mercado, o indirectamente alterando las decisiones de oferta y demanda de los usuarios y de las empresas prestadoras de servicios" (SÁNCHEZ y VILLEGAS)⁹. Para ENRIQUE GIL BOTERO (2009: 10), la regulación es "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".

De este inventario de definiciones es posible identificar tres elementos esenciales de la actividad regulatoria del Estado¹⁰: 1. Se trata de una expresión del poder del Estado de intervención en la economía¹¹, 2. Hay un alto grado

6 Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000.

7 Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003. En el mismo sentido, se puede afirmar que "[h]ablar de función reguladora del Estado supone que el sistema económico no puede llegar por sí mismo al equilibrio, que necesita de la mediación del Estado para lograrlo" (CHEVALLIER, Ob. cit.: 57).

8 Corte Constitucional, Sentencia C-1120 de 2005.

9 Citados por LORENZO VILLEGAS (Ob. cit.: 513).

10 De esta manera, "[l]a puesta en marcha de esta función supone la reunión de varias condiciones: una posición de exterioridad con respecto al juego económico; la capacidad de arbitrar los intereses presentes; una acción continua con el fin de establecer los ajustes necesarios" (CHEVALLIER, Ob. cit.: 58).

11 En este sentido, son interesantes las reflexiones realizadas por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-150 de 2003: "El marco constitucional analizado evidencia que el alcance de la

de tecnicidad de la actividad regulatoria¹² y 3. Esta tecnicidad da sustento a las decisiones adoptadas por las Comisiones de Regulación, como ente instrumental creado para realizar dicha actividad¹³. Estas características deben ser analizadas con más detenimiento con el fin de distinguir la regulación de otro tipo de intervención que el Estado pueda realizar en la economía.

La intervención del Estado en la economía a partir de la Constitución de 1991

Se dijo, en primer lugar, que la regulación es una de las expresiones que puede adoptar la intervención del Estado en la economía. Sobre este particular, la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la pluricitada Sentencia C-150 de 2003, se ha encargado de hacer un recuento de las distintas modalidades que puede tener dicha intervención, citas que transcribimos ampliamente por su carácter pedagógico en la materia¹⁴:

Ahora bien, la intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en la doctrina (DELVOLVÉ, 1998:17 y ss.) se habla de intervención estatal global¹⁵, cuando versa sobre la

intervención del Estado, que es muy amplio, se extiende a todos los sectores de la economía y abarca fines que van desde la distribución equitativa de las oportunidades y la búsqueda de que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, hasta la promoción de la productividad y de la competitividad. La amplitud del ámbito sobre el que se extiende la intervención del Estado en la economía y la variedad de fines que persigue, hace necesario que éste disponga de múltiples instrumentos, aplicables de diferentes maneras en los diversos sectores de la actividad económica".

- 12 El reconocimiento de la regulación como modalidad de la actividad administrativa genera muchos debates en torno al fundamento de dichas competencias, en efecto, "[e]n 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 entidad" (BOTERO, Ob. cit.: 18).
- 13 "Ahora bien, en ciertas ocasiones la función de regulación socio económica adquiere especial trascendencia, por cuanto mediante ella se normativiza una actividad o un servicio cuyo cumplimiento o prestación involucra la efectividad de derechos fundamentales, como sucede en el ámbito de la prestación de los servicios públicos. Por ello, en este último campo el legislador ha diseñado diversos órganos de regulación, a los que usualmente ha llamado "comisiones de regulación" (Corte Constitucional, Sentencia C-955 de 2007).
- 14 Las citas son propias de la Sentencia C-150 de 2003.
- 15 Por ejemplo, el presupuesto (consagrado en los arts. 345 y ss. de la C.P.), que es anual, tiene la misión de concretar la política fiscal de la nación o de las entidades territoriales, según el caso. El gasto público es un poderoso instrumento de intervención pues determina la utilización de los recursos del Estado, modifica el nivel de ingreso de las diferentes per-

economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad¹⁶, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa¹⁷; de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica, o intervención convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo el mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas¹⁸.

Esta breve presentación de la evolución de la actividad administrativa frente a la actividad económica permite entender mejor las potestades del Estado colombiano en la intervención de la economía, que se deriva directamente desde los postulados constitucionales.

Aunque en un principio hubo alguna discusión al respecto, actualmente es aceptado por la Corte Constitucional que la Constitución Política de 1991 estableció un modelo económico específico: la economía social de mercado¹⁹.

sonas que componen la sociedad y define las áreas de inversión de los dineros públicos, lo cual influye en el comportamiento de los actores económicos. Sobre este tema, puede consultarse la Sentencia C-1064 de 2001 (M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA; A.V.: ÁLVARO TAFUR GALVIS; S.V. M.P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA, ALFREDO BELTRÁN SIERRA, RODRIGO ESCOBAR GIL y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ), en la cual se estudió la jurisprudencia proferida por la Corte sobre este instrumento de intervención.

- 16 En el ámbito sectorial, el Estado puede también tratar de modificar los hábitos de consumo de los actores económicos, como sucede, por ejemplo, con las normas que establecen tarifas impositivas particularmente bajas sobre los libros o los espectáculos culturales para incentivar su consumo o las que establecen tarifas impositivas altas a productos como el tabaco o el alcohol, para desincentivarlo. Las políticas crediticias o de capacitación para el desarrollo de ciertas actividades dentro de un sector, también pertenecen a esta categoría.
- 17 Por ejemplo, la figura de la toma de posesión de una empresa, de acuerdo con las normas vigentes.
- 18 El Estado puede crear una empresa bajo la forma definida en la ley. En efecto, la Constitución prevé que la Nación y las entidades territoriales realicen actividades empresariales según las decisiones políticas que adopten los respectivos órganos de representación. Así, el numeral 7° del artículo 150 de la Constitución dispone que corresponde al Congreso "crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta", el numeral 7° del artículo 300 Superior señala que corresponde a las asambleas departamentales crear "las empresas industriales y comerciales del departamento y autorizar la formación sociedades de economía mixta"; y el numeral 6° del artículo 313 de la Carta prevé que corresponde a los concejos distritales o municipales "crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta".
- 19 Ver Corte Constitucional, Sentencia C-830 de 2010.

De la misma manera, resulta claro del articulado constitucional que el régimen jurídico de los servicios públicos en Colombia se inscribe en el marco de este modelo económico. El artículo 365 de la Constitución establece que: "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional // Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios". Se tiene, entonces, que el reconocimiento de los servicios públicos como actividades económicas, no solo no excluye sino que fundamenta la intervención del Estado para garantizar la eficiencia de la prestación del servicio y los derechos de los usuarios, mediante la limitación de la libertad económica de los operadores.

El grado de tecnicidad de la actividad regulatoria

Se ha dicho que la finalidad misma de la regulación es la de corregir los errores del mercado, principalmente mediante la promoción de la libre competencia, en un determinado sector de la actividad económica, para garantizar la protección de los usuarios de los servicios públicos. El cumplimiento de estas finalidades implica necesariamente que dicha actividad esté "segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo"; el fundamento mismo de las competencias de las comisiones de regulación, tal y como lo entendió el Consejo de Estado, se deriva de la existencia de "órdenes técnicos y operativos"²⁰ en determinado sector de actividad. En el mismo sentido, para la Corte Constitucional, "el ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia, lo cual no significa que las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación, carezcan de una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República"²¹.

En el caso del servicio público de Telecomunicaciones, se trata de un sector liberalizado en el que no se necesita de una habilitación administrativa para su realización²², es decir, no es un servicio concesionado sino que está abierto a la libre iniciativa privada; los servicios públicos son ante todo una actividad económica que funciona en una economía de mercado, pero que por el espe-

20 Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de julio de 2000, rad. 11744, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

22 Lo que podría, según ALBERTO MONTAÑA (Ob. cit.: 191), repugnar con la titularidad pública del servicio reconocida por la ley 1341 de 2009.

cial interés que tiene la sociedad frente a dicha actividad, están sometidos a una vigilancia especial por parte del Estado. Y esto por cuanto “el mercado económico no es un fenómeno natural sino que depende de que el Estado establezca una serie de instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual cuya efectividad obedece a que exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar”²³. No queda duda, por lo tanto, que la intervención del Estado en la economía mediante la regulación obedece a la identificación por parte del legislador de unas necesidades de adaptación y dinamismo en algunos sectores.

Así las cosas, al tratarse de una actividad esencialmente económica, pero inherente a las finalidades del Estado, éste debe tener unas herramientas especiales para cumplir con esa finalidad. Esta herramienta es la *regulación*. La idea esencial que se esconde detrás de la noción es la insuficiencia de los instrumentos tradicionales mediante los cuales se expresa la voluntad de la administración para mantener el equilibrio del mercado. Esta insuficiencia se deriva del grado de tecnicidad que requiere la intervención estatal en materia de servicios públicos y las especificidades de cada uno de los servicios que tienden a hacer obsoleta la intervención tradicional del Estado en la economía.

Esto quiere decir, entonces, que a más de ser una de las modalidades a través de las cuales el Estado interviene en la economía, la regulación es ante todo una norma de carácter técnico, cuya preparación requiere de unos conocimientos especiales de la actividad que se está regulando.

C. LAS MODALIDADES NORMATIVAS QUE ADOPTA LA REGULACIÓN

A partir de los elementos antes reseñados para identificar la existencia de una actividad regulatoria –fundamento en la intervención del Estado en la economía, tecnicidad de la actividad administrativa y existencia de un órgano encargado de realizar dicha actividad–, es necesario analizar las distintas modalidades que puede adoptar la regulación.

Lo primero sea decir que en Colombia la actividad regulatoria no es autónoma: la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han sido claras en afirmar que dicha actividad se encuentra en un todo sometida a la Constitución, la ley y los decretos reglamentarios –como toda actividad administrativa–, en efecto, “en cuanto la naturaleza jurídica de las funciones de regulación adelantadas por este tipo de organismos de regulación socio económica, debe recordarse que la jurisprudencia ha explicado que no se trata de funciones legislativas ni simplemente administrativas o reglamentarias,

23 Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

como tampoco de la posibilidad de expedir reglamentos autónomos o constitucionales (es decir, de reglamentar la Constitución directamente por vía no legislativa), sino que las funciones de regulación son específicas de intervención socio económica, por lo cual se revisten de un carácter técnico, sectorial y permanente, y que están llamadas a ser ejercidas de conformidad tanto con la Constitución como con la ley y las disposiciones gubernamentales, y en todo caso sujetas a las formalidades previstas en lo pertinente en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a los controles pertinentes de carácter administrativo y judicial²⁴.

Autonomía de la regulación dentro de las actividades estatales

La doctrina —especialmente la española— ha forjado una clasificación de la actividad administrativa de intervención en la economía; en este sentido y siguiendo a GASPAR ARIÑO (Ob. cit.: 293 y ss.), las diferentes actividades del Estado pueden clasificarse en: actividad de policía, actividad de servicio público, actividad de fomento, actividad de gestión económica, actividad de planificación y programación, y actividad arbitral.

La regulación debe ser distinguida de las demás actividades del Estado como una modalidad distinta dentro de sus actuaciones, no se trata evidentemente de la prestación de un servicio público, ni de una estricta actividad de fomento, pero tampoco y esto es muy importante, puede identificarse con la actividad de policía. Algún sector de la jurisprudencia intentó identificar la actividad regulatoria con el poder de policía, en efecto: "La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquélla tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios"²⁵. Dijimos más arriba que la actividad de policía podía ser definida como la restricción de las libertades de los ciudadanos en aras de la protección del orden público²⁶. A pesar de las similitudes que puedan encontrarse, la actividad regulatoria es esencialmente distinta de la policía administrativa, no solo en cuanto a los mecanismos que utiliza sino, y esto es lo más importante, en cuanto a las finalidades que busca²⁷.

24 Corte Constitucional, Sentencia C-955 de 2007.

25 Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000.

26 Sobre la noción de poder de policía: FERNANDO GARRIDO FALLA (1953: 11 y ss.) y ALEJANDRO NIETO (1976: 35 y ss.).

27 Para GASPAR ARIÑO (Ob. cit.: 588), "cuando se habla de 'regulación' se hace referencia con frecuencia a dos ámbitos distintos, que conviene aclarar. Una es la regulación externa, que en España se ha solido llamar 'policía administrativa', que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de ésta ni

La regulación es una actividad administrativa que busca mantener o generar las condiciones para que un mercado determinado opere sin fallas, y la finalidad deseada es la mejor prestación del servicio a través de la libre competencia. Las formas que adopta la regulación merecen también nuestra atención.

La actividad regulatoria y la potestad reglamentaria

Sobre este punto, la evolución jurisprudencial ha sido notable. En efecto, a pesar de que un primer momento se consideró que las competencias de producción normativa de las Comisiones de Regulación se basaban exclusivamente en un sistema de delegación presidencial de las facultades reglamentarias –y dentro de los estrictos límites de dicha delegación–, esta posición fue poco a poco dejada de lado, para dar paso a un sistema de atribución de competencias a las Comisiones de Regulación, fundado en la posibilidad de que dicha delegación provenga de la ley o del presidente de la República mediante acto expreso.

Así, en un primer momento se consideró que “la asignación de funciones a esas Comisiones de Regulación tiene sustento en la naturaleza de las facultades asignadas al Presidente de la República en el artículo 370 superior, por medio de las cuales puede señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, bajo el entendido de que tienen una naturaleza administrativa y por ende delegable en otros órganos administrativos, creados legalmente y con autorización del legislador (C.P., arts. 150-7 y 211)”²⁸. En el mismo sentido, la Corte Constitucional afirmó que “[e]s entonces claro que la norma impugnada está simplemente permitiendo la delegación de unas funciones presidenciales, a saber, la posibilidad que tiene el Ejecutivo de señalar, de conformidad con la ley, las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Esta conclusión es ya suficiente para rechazar uno de los cargos de la demandante, según el cual no podría la ley permitir esa delegación presidencial por ser ésta una función compartida con el legislador. En efecto, la simple lectura del artículo 370 de la Carta, que es literalmente reproducido por la norma impugnada, muestra que esas atribuciones son eminentemente presidenciales, teniendo en cuenta que han sido colocadas en cabeza del primer mandatario” y más adelante: “El anterior análisis no niega que otros artículos de la Ley 142 de 1994 hayan podido eventualmente asignar a las comisiones de regulación funciones que no son directamente del Presidente sino del Legislador, lo cual podría suscitar algunos problemas de constitucionalidad”²⁹.

predeterminar las decisiones empresariales. Otro tipo de regulación es la llamada *regulación económica*: ésta afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla”.

28 Corte Constitucional, Sentencia C-444 de 1998.

29 Corte Constitucional, Sentencia C-272 de 1998.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, al analizar la legalidad de una resolución de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, consideró que "[t]ampoco la ley podía otorgar ese poder reglamentario a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones, porque si esto fuera así se encontraría la sala frente a la delegación de potestades legislativas en un órgano o agencia de la administración (ni siquiera en el superior jerárquico), no autorizada por la carta política"³⁰. Según esta posición, la regulación sería una expresión más del poder reglamentario –sustentada en el artículo 189 constitucional– que el constituyente primario radicó en cabeza del presidente de la República, lo que implicaría la incompetencia del legislador para radicar dichas funciones en cabeza de las comisiones de regulación.

Esta primera visión fue modificada en los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Según la Corte Constitucional, "la propia Carta ha extendido esa potestad reglamentaria a autoridades y organismos administrativos diferentes al ejecutivo, pero que también es posible atribuirle inclusive por vía legal, pues sólo así es posible garantizar la efectividad de la norma jurídica que produce el legislador"³¹.

Potestad reglamentaria y regulación obedecen a dos lógicas distintas. La primera implica que el Ejecutivo tiene la competencia para establecer las condiciones de aplicación de una disposición establecida en la ley, es decir, existe una identificación, en Derecho positivo colombiano, entre la potestad reglamentaria y el instrumento para su realización que es el acto administrativo de carácter general. Por ello, estamos en un todo de acuerdo con HUGO MARÍN (2009: 35) cuando afirma que "la función constitucional de *reglamentar* no se encuentra relacionada con un determinado nivel jerárquico dentro del sistema jurídico y que, en consecuencia, los reglamentos pueden hacerse presentes prácticamente en cualquier nivel de la que cada vez cuesta más catalogar como 'pirámide' normativa interna". La regulación no se identifica, entonces, con un instrumento jurídico en particular, no existe una norma regulatoria

30 Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de septiembre de 1997, rad. 11857, C.P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

31 Corte Constitucional, Sentencia C-170 de 2001. En el mismo sentido se puede encontrar la sentencia de la Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003: "No obstante, la sujeción de la intervención estatal en la economía a la ley no implica que el legislador tenga una competencia exclusiva en este campo. Por el contrario, la Constitución dispone que otros órganos podrán, de acuerdo con el mandato de la ley y dentro de los parámetros que ésta señale, intervenir en determinadas actividades. En efecto, las leyes correspondientes pueden determinar el órgano que hará cumplir el régimen de las regulaciones o el mandato de intervención, su ámbito de acción, sus competencias, los fines que han de orientarlo así como los instrumentos para alcanzarlos. Al respecto, en el ámbito de los servicios públicos, el legislador dispone de un amplio margen para configurar el papel institucional del órgano de regulación que decida crear específicamente para el efecto" (cf. También, Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de marzo de 2008, rad. 20409, C. P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA).

por excelencia, como se puede predicar de la potestad reglamentaria³². Reglamento y regulación son, entonces, dos realidades distintas. El primero es un instrumento con el que se reglamenta la ley, la segunda es una modalidad de actuación administrativa, lo cual permite afirmar que la regulación puede expresarse mediante un reglamento, o bien la forma de un acto administrativo de carácter particular, todos ellos con contenidos muy variados.

Así lo han entendido la jurisprudencia y buena parte de la doctrina. Para la Corte Constitucional, la función de regulación "admite muchas formas que responden a las particulares y especificidades del sector económico llamado a ser regulado, que determinan diversas manifestaciones de esta actividad estatal. Entre estas manifestaciones se incluyen desde la facultad normativa, es decir la posibilidad de adoptar normas jurídicamente obligatorias para el sector, hasta otras funciones de carácter simplemente divulgativo o informativo, sin carácter jurídicamente vinculante, pasando por facultades de acopio de información, emisión de conceptos, recomendaciones o autorizaciones, resolución de conflictos, definición de tarifas, protección de derechos, etc."³³.

- 32 Así, "La regulación no es, entonces, una norma o una fuente de derecho propiamente dicha –aunque se valga de varias fuentes de derecho para expresarse por medio de ellas–, no cabe, por tanto, preconizar la existencia de una 'norma regulatoria' o de un 'acto regulatorio'; sí es posible, en cambio, sostener que resulta admisible y necesaria la expedición de reglamentos administrativos o de actos administrativos en ejercicio de la función de regulación o, en otros términos, que la actividad regulatoria incluye, entre sus modalidades de actuación, una de las antes referidas especies de la potestad reglamentaria" (MARÍN, Ob. cit.: 58).
- 33 Corte Constitucional, Sentencia C-955 de 2007. De la misma manera, "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

En relación con la potestad reglamentaria se tiene, entonces, que tanto el legislador como el presidente de la República pueden delegar dicha función en las comisiones de regulación; sin embargo, la regulación cuenta con una autonomía especial derivada de las especificidades de la actividad en cuestión³⁴. Sin embargo, la regulación puede adoptar distintas modalidades, no solo las reglamentarias.

II. REGULACIÓN Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. LAS FUNCIONES CUASI-JUDICIALES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES Y LA JUSTICIA ARBITRAL

Dada su naturaleza, la regulación puede adoptar distintas modalidades³⁵. Por un lado, como lo hemos visto, la actividad regulatoria se expresa mediante actos administrativos de carácter general, cuyo fundamento normativo es el artículo 370 de la Constitución Política. Sin embargo, la regulación también puede asumir la forma de actos administrativos de carácter particular de distinto contenido, como los actos que terminan la actuación administrativa de resolución de conflictos que se susciten entre operadores en el marco de las competencias que les haya atribuido el legislador o la delegación del presidente de la República. La regulación se expresa de diversas maneras, ya que se trata no de una forma jurídica, sino de una modalidad de actividad administrativa, cuya finalidad es intervenir en el mercado para equilibrarlo y, por este medio, garantizar la libre competencia y mejorar la prestación de un servicio público; por otro lado, la regulación de un mercado es ante todo técnica, basada en el conocimiento específico del mismo que detentan los expertos comisionados. De esta manera, es posible afirmar, sin ambages, que el ejercicio de funciones *cuasijudiciales* que la ley ha encomendado a la Comisión de Regulación de Comu-

de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia" (Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003).

34 Sobre la naturaleza de dichos actos administrativos de carácter general, seguimos la posición de ENRIQUE GIL BOTERO (Ob. cit.: 17), según la cual se trataría de "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 que le fueron atribuidas en el artículo 370".

35 Según HUGO MARÍN (Ob. cit.: 54), "Sin embargo, actualmente, tanto en el derecho comparado como en el nacional, entre otras razones a raíz de los múltiples debates a los cuales ha dado lugar —especialmente en las doctrinas estadounidense, británica y europea continental— la irrupción en escena de las denominadas autoridades administrativas independientes, a la función de regulación se le atribuye un sentido mucho más amplio, comprensivo, no sólo de actividades de producción normativa o de expedición de actos administrativos generales, sino también de tareas que se concretan en actividades puramente materiales o en el dictado de actos singulares".

nicaciones constituye regulación de un mercado, ya que cumple con las finalidades específicas que inspiran la existencia de dicha actividad administrativa.

La atribución de funciones de resolución de conflictos a autoridades administrativas no es un tema nuevo en el moderno Derecho Administrativo, tiene un doble efecto positivo –rapidez en las decisiones y tecnicidad en las mismas– cuando se cumplen tres condiciones: la existencia de un proceso establecido en la ley, el posterior control de dichas decisiones por la autoridad judicial³⁶ y que la competencia jurisdiccional atribuida por la ley sea compatible desde el punto de vista sustancial con el campo de actividad de la autoridad administrativa, atendiendo el principio de especialidad³⁷. En efecto, “Cuando concurren en la rama ejecutiva funciones normativas, administrativas y jurisdiccionales y algunas de éstas son ejercidas en determinados asuntos por un mismo órgano, como por ejemplo, las administrativas y las jurisdiccionales por una superintendencia, esta Corte ha condicionado la exequibilidad de este esquema regulatorio a que no coincidan en un mismo funcionario u órgano estas dos funciones y a que en la estructura de la entidad se asegure la independencia del juzgador”³⁸.

El ejercicio de las funciones de resolución de conflictos por parte de las Comisiones de Regulación cae, indefectiblemente, dentro del concepto de regulación que hemos esbozado. Se trata de funciones que la Corte Constitucional ha denominado *cuasijudiciales*³⁹, y es que “la función de solución de controversias entre proveedores de servicios de redes ha sido asignada a la CRC es una de sus más importantes tareas, ya que es el medio más eficaz para hacer efectiva la competencia en el sector de las TIC, teniendo en cuenta la rapidez con que la mencionada entidad puede resolver los conflictos, el conocimiento que tiene el regulador de las características del sector y de sus integrantes y el

36 “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 sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción, como expresamente lo señalan los numerales acusados 73.8 y 73.9 del art. 73 de la Ley 142 de 1994, y aunque en el art. 74, num. 74.3, lit. b), de la misma ley no se hace el mismo señalamiento, debe entenderse así conforme a las reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo” (Corte Constitucional, Sentencia C-1120 de 2005).

37 Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2013.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003. En el mismo sentido, las sentencias C-649 de 2001, C-1641 de 2000 y C-1143 de 2000.

39 Corte Constitucional, Sentencia C-1120 de 2005. En efecto, “[e]n relación, entonces, con las funciones que se tienen hoy, podría utilizarse la expresión doctrinaria de ‘cuasijudiciales’ para comprender por ellas 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 (arbitral), toda vez que la función arbitral en Colombia es concebida como una función judicial que, aunque de manera excepcional, es ejercida por los particulares” (GIL BOTERO, Ob. cit.: 25).

propósito de la intervención, que, más que atender los intereses particulares de los involucrados en el conflicto, propende a la salvaguarda de la competencia y la defensa de los usuarios" (AMARIS HERNÁNDEZ, 2010: 838).

El tema de las funciones de solución de conflictos de las comisiones de regulación no es pacífico, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Dos cuestiones son particularmente importantes: por un lado, la posible calificación de dichas funciones como regulación en estricto sentido, y en segundo lugar, el alcance del ejercicio de estas funciones de los órganos regulatorios y, en este sentido, la economía de la Ley 1341 de 2009 es paradigmático.

Según el numeral 9 del artículo 22 de dicha ley, que establece las funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, le corresponde a dicha entidad: "Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia". La Corte Constitucional en reciente sentencia se pronunció sobre la constitucionalidad de este artículo.

En la especie, el demandante consideraba que esta norma implicaba un desconocimiento de la libertad contractual desde dos puntos de vista: por un lado, se limita la autonomía de la voluntad en la medida en que se restringe el poder de disposición de las partes a los aspectos que no caigan dentro de la potestad regulatoria de la Comisión de Regulación de Comunicaciones; por el otro, considera el demandante que se limita el libre acceso a la administración de justicia en la medida en que se limita la competencia del Tribunal de Arbitramento, libremente asignado por las partes, para que se pronuncie sobre el contenido de las disposiciones regulatorias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones⁴⁰.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-186 de 2011, respondió desestimando estos argumentos, reconociendo en primer lugar que, aunque se trate de un principio bacilar del Estado social de derecho, la libertad contractual y el principio de la autonomía de la voluntad privada se encuentran limitadas por el interés general, y sometidos en un todo a la intervención del Estado. Confirma la Corte Constitucional lo dicho en sentencias anteriores, en el sentido de considerar que en materia de servicios públicos dicha limitación adquiere una connotación especial puesto que "en lo concerniente a los servicios públicos, la intervención económica adquiere una finalidad específica,

40 Según la Corte Constitucional, en el caso concreto se considera que la norma demandada "contiene dos prohibiciones, la primer dirigida a impedir los acuerdos entre proveedores que menoscaben, limiten o afecten la facultad de intervención regulatoria de la CRC y la segunda dirigida a prohibir los acuerdos entre proveedores que menoscaben, limiten o afecten la facultad de solución de controversias de la CRC".

consistente en asegurar la satisfacción de necesidades básicas que se logra con su prestación, y tiene un soporte constitucional expreso en el artículo 334 de la Carta", pero que deben realizarse siempre atendiendo los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁴¹.

La Corte Constitucional se extendió sobre las relaciones existentes entre el arbitraje como mecanismo que permite hacer efectivo el derecho al libre acceso a la administración de justicia y sus límites constitucionales, particularmente el relativo a que "el control de legalidad de los actos administrativos es una facultad exclusiva del Estado en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, que no puede ser derogada por los particulares por medio de un pacto arbitral, por lo tanto, los árbitros solo se pueden pronunciar sobre los aspectos de los que pueden disponer las partes en conflicto, que no incluyen este aspecto del orden jurídico, el cual atañe al orden público normativo"⁴². De esta manera, la autonomía de la voluntad privada se encuentra limitada por razones de interés general.

En lo que tiene que ver con el primer enunciado normativo se tiene que, para la Corte Constitucional, la limitación que estableció el legislador en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 se ajustaba a las disposiciones superiores, por cuanto la regulación implica, en sí misma, una restricción a las libertades fundamentales dentro del marco que establece la ley para proteger los derechos de los usuarios en una economía de mercado. De esta manera, "la Ley 1341 de 2009 define los elementos constitutivos de la intervención de la CRC en las actividades económicas relacionadas con las tecnologías de la información y las comunicaciones, es decir, establece los rasgos esenciales del régimen jurídico de esta modalidad de intervención de manera tal que se trata de una competencia reglada y configurada por la ley".

En lo que tiene que ver con la limitación establecida para los tribunales de arbitramento de pronunciarse sobre el contenido mismo de la regulación, la Corte Constitucional considera que "la restricción de la autonomía de la voluntad privada respecto de acuerdos suscritos entre particulares (proveedores de redes y servicios) para acudir a la justicia arbitral es constitucionalmente legítima porque persigue salvaguardar los poderes de intervención que el Legislador asigna a la CRC, pues de otro modo los particulares podrían obstaculizar el cumplimiento de las competencias y por ende la consecución de los propósitos de intervención que la ley le asigna al órgano regulador, de manera que esta restricción resulta también *necesaria* para el cumplimiento de las competen-

41 De la misma manera, "La intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos, sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley".

42 Corte Constitucional, Sentencia C-1369 de 2000.

cias atribuidas a la CRC, y no vacía de contenido la autonomía de la voluntad, porque no se impide que los proveedores de redes y servicios celebren pactos compromisorios respecto de asuntos en los cuales no estén involucradas las competencias de regulación legalmente atribuidas a este organismo”.

Así, para la Corte Constitucional, las restricciones que establece el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 persiguen fines *constitucionalmente legítimos* y son *necesarias* para que el mandato constitucional de eficiencia en la prestación de los servicios pueda ser cumplido; por lo tanto, la norma es declarada exequible mediante la aplicación de un test débil de proporcionalidad.

Este fallo nos lleva a preguntarnos de manera mucho más general sobre las relaciones entre regulación y autonomía de la voluntad. Las comisiones de regulación cumplen una doble función cuando intervienen en el mercado, como autoridades administrativas, se encargan de garantizar el mantenimiento del equilibrio de las relaciones entre los operadores que actúan en el mercado, pero también buscan proteger a los usuarios de dichos servicios. Ambas funciones se cumplen atendiendo la misma finalidad: garantizar el buen funcionamiento del mercado a partir de los postulados de la libre competencia. Esto implica que su función no se limita a la de simple árbitro de los agentes económicos en el mercado, sino que cumplen un rol esencial en el cumplimiento de los cometidos que le han sido encomendados al Estado al catalogar dichas actividades como servicios públicos. En este sentido, la función *cuasijudicial* que deben cumplir dichos entes parte del supuesto esencial de la intervención del Estado en la economía, una intervención técnica⁴³ que cumple una finalidad distinta de la que realiza el juez natural del contrato.

Ello quiere decir que el ordenamiento jurídico colombiano pretendió establecer un sistema de competencias horizontales en cuanto a la prestación de los servicios públicos, sistema en el que intervienen distintas autoridades administrativas y judiciales, cada una de ellas con unas competencias especiales en cuanto a la determinación de la efectiva prestación del servicio público⁴⁴.

Las comunicaciones son uno de los campos en que esta realidad se puede confirmar de manera más palmaria. La estructura administrativa y judicial del servicio público de las comunicaciones es compleja. Así, a las tradicionales competencias típicamente ministeriales se suman las de las superintendencias –de Servicios Públicos, y de Industria y Comercio– y se agregan unas nuevas,

43 En efecto, “La autonomización también está presente por la naturaleza intrínseca de la actividad de regulación: la capacidad de arbitraje requiere de una competencia técnica, una independencia de espíritu, una autoridad moral, que transforma al ‘experto’ en ‘sabio’, por lo que tendría una especie de altura de vista necesaria para ejercer su función; pero la regulación supone también un conocimiento íntimo del sector que se está regulando, contactos estrechos con sus representantes, que imponen un procedimiento de acercamiento con el medio y la distancia correlativa de los límites que resultan de su pertenencia al aparato burocrático” (CHEVALLIER, Ob. cit.: 76).

44 Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003 (Cf. ALBERTO MONTAÑA, Ob. cit.: 182).

encargadas por un lado de gestionar el medio físico necesario para que la actividad pueda realizarse –como es el caso del espectro electromagnético por la Agencia Nacional del Espectro– como la actividad misma –Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Desde el punto de vista judicial, la situación no es menos compleja. Dependiendo del objeto mismo del control, existe un sistema de competencias repartido entre la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción de lo contencioso administrativo y los tribunales de arbitramento. La dificultad que presenta la ley y que, podemos decirlo desde ahora, no ha sido resuelta por la Corte Constitucional, reside en la difícil determinación de las fronteras entre el juez natural del contrato –cuando quiera que éste ha sido concluido entre los operadores– y la competencia que tiene la Comisión de Regulación de Comunicaciones para dirimir conflictos entre los mismos operadores.

La dificultad reside, en gran parte, en la falta de claridad sobre los supuestos de intervención de cada una de estas autoridades –administrativas y judiciales–, lo que no ha permitido establecer reglas claras de juego que permitan a los operadores conocer de antemano el juez natural del contrato, lo que, a su vez, tiene un triple efecto altamente negativo en el sector, puesto que, por un lado, los operadores no tienen la suficiente certeza en cuanto al juez natural de las decisiones que tomen; en segundo lugar, al existir una pluralidad de autoridades que sean susceptibles de pronunciarse sobre el mismo tema, existe un riesgo importante de que se presenten decisiones contradictorias, lo que mina la confianza en el mercado⁴⁵; y, finalmente, no queda claro en la actual legislación, cuál es el ámbito de la regulación en materia de telecomunicaciones, por lo que le corresponderá al juez natural de la Comisión de Regulación la determinación de si existe una extralimitación en el ejercicio de sus competencias, lo que tendría el efecto indeseado de actos regulatorios declarados nulos y redundaría en más desconfianza en el sector, particularmente en el ente regulador.

Para darle algo más de claridad al tema, se pueden identificar varios escenarios según la autoridad competente para resolver los conflictos que se presenten en el ejercicio del servicio público de las comunicaciones: a. El conflicto se presenta con ocasión de un acto regulatorio emitido por una autoridad administrativa; b. El conflicto se presenta con ocasión de la prestación del servicio, y c. El conflicto se presenta entre los operadores.

- Puede ocurrir que el objeto del conflicto sea una decisión de la Comisión de Regulación de Comunicaciones o de alguna otra autoridad administrativa encargada de velar por la eficaz prestación del servicio o la gestión del espectro. En este caso, el objeto del litigio es un acto administrativo, por lo que su control es competencia de la jurisdicción de lo contencioso adminis-

45 Puede que haya intervención aun del juez de tutela; se puede recordar el famoso caso de la Sentencia T-058 de 2009. (Cf. CASTAÑO, 2009).

trativo. Es decir, cuando quiera que un operador se sienta inconforme con un acto administrativo, de carácter particular o general, podrá acudir al juez de lo contencioso administrativo para solicitar la nulidad del acto demandado y cuando ello fuere pertinente, el debido restablecimiento de su derecho. En este caso, podríamos asemejar que las dos partes en conflicto son el Estado, por un lado, y el o los operadores, por el otro.

- El segundo escenario es aquél en que se presenta un conflicto entre el operador de un servicio público y el usuario de dicho servicio. En este caso, es posible encontrar diferentes soluciones dependiendo del objeto del litigio. El sistema colombiano está construido a partir de la idea según la cual la relación entre usuario del servicio y el operador del mismo es de carácter contractual; sin embargo, en aquellos eventos en los que el operador utilice alguna de las prerrogativas del poder público que el mismo legislador ha consagrado, se está en presencia de un acto administrativo. En ambos eventos, la competencia judicial es distinta: si se trata de una relación estrictamente contractual, le corresponderá decidir el conflicto a la jurisdicción ordinaria, mientras que si se trata de un acto administrativo, dicha competencia estará radicada en cabeza, como es normal, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

- En un tercer escenario, puede suceder que exista un conflicto entre operadores. En ese caso, existen varias hipótesis claramente identificables. En una primera hipótesis, los operadores no estipularon una cláusula compromisoria, por lo que, en principio, la competencia para resolver el conflicto le corresponderá a la jurisdicción ordinaria. En una segunda hipótesis, las partes en el contrato –los operadores– estipularon una cláusula compromisoria, en cuyo caso la competencia para resolver el litigio estará radicada en el Tribunal de Arbitramento si las partes deciden utilizar dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos.

El elemento que viene a perturbar esa aparente simplicidad es que la Ley 1341 de 2009, siguiendo los lineamientos *tradicionales* en la materia que ya habían sido reconocidos por la Ley 142 de 1994, radicó en cabeza de la Comisión de Regulación de Comunicaciones la competencia para resolver conflictos. Esta dualidad de competencias genera varias inquietudes que intentaremos presentar de la manera más esquemática posible: * la primera pregunta se deriva de la existencia de un posible conflicto de competencias entre la Comisión de Regulación de Comunicaciones y el juez del Contrato; * la segunda pregunta, ligada indefectiblemente a la primera, es el valor que se le puede dar a las decisiones de las Comisiones de Regulación.

La primera pregunta deberá tener una respuesta clara a la luz de la Ley 1341 de 2009. Sin embargo, a pesar de la reciente decisión de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de dicha función, todavía subsisten numerosas dudas en cuanto al alcance de la expresión: "Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención

regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia". El estado actual del Derecho positivo no despeja de manera satisfactoria las dudas que la redacción del artículo 22 de dicha ley.

En efecto, no resulta claro qué quiere decir "limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria". ¿La norma se refiere a la imposibilidad que tiene un tribunal de arbitramento de decidir sobre la actividad regulatoria? ¿La norma establece un régimen de competencias de solución de conflictos exclusivas para la Comisión de Regulación de Comunicaciones? Finalmente, ¿cuál es el alcance de la facultad de intervención regulatoria?

En asuntos similares que se presentaron antes de la vigencia de la Ley 1341 de 2009, el Consejo de Estado, actuando como juez de tutela, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las competencias de resolución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones –antigua CRT. El caso en cuestión, oponía a Telecom y a la Empresa de Telecomunicaciones de los Llanos –ETELL–, que habían suscrito un contrato "para Acceso, Uso e Interconexión de sus redes de telecomunicaciones", con ocasión del cual se presentó un conflicto por la aplicación de la opción de cargos de acceso por capacidad. En el contrato las partes habían estipulado facturar el cargo de acceso por minuto y tiempo de permanencia y, a la entrada en vigencia de la Resolución n.º 463 de 2001, expedida por la CRT, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom decidió cambiar y optar por facturar los cargos por capacidad, lo que generó un cambio importante en la economía del contrato. Telecom solicitó unilateralmente la intervención de la CRT, la que asumió competencia para resolver el conflicto; ETELL solicitó la tutela de su fundamental al debido proceso, demanda que fue acogida por el Tribunal Administrativo del Meta. El Consejo de Estado consideró que en el caso en estudio el "conflicto surge en la medida en que Telecom decidió, unilateralmente, adoptar una nueva opción, distinta de la pactada en el contrato, cuyo único efecto se produce Inter partes e implica alterar las condiciones económicas que tuvieron en mente los contratantes al momento de celebrar el contrato. Luego es claro que no se trata de situación alguna que tenga relación con las competencias y funciones de la CRT asignadas en los artículos 73.8 y 74.3. c) de la Ley 142 de 1994, ni de validez y eficacia de la regulación expedida por esta, sino de un asunto estrictamente contractual, para cuya resolución las partes previeron en la cláusula veinte del contrato el mecanismo idóneo"⁴⁶; sin embargo, si se presentan situaciones que afecten la libre competencia o los derechos de los usuario "la CRT tiene facultad legal de intervenir".

Ahora bien, tampoco queda resuelto con claridad el tema de la naturaleza y el alcance de las funciones de regulación. Aunque la reciente jurisprudencia

46 Consejo de Estado, Sección 5, 31 de julio de 2003, rad. 0144-01(AC), C.P.: REINALDO CHAVARRO BURITICÁ.

cia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado haya sido clara en afirmar que se trata de funciones *cuasijudiciales* de naturaleza administrativa y sometida al control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cierto es que esta norma se inscribe en la continuidad de la adjudicación de este tipo de funciones a autoridades administrativas.

Resulta claro, entonces, que estas competencias hacen parte de la actividad regulatoria del Estado; la naturaleza misma de las funciones tiene una consecuencia evidente cual es la del control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puesto que las decisiones tomadas en ejercicio de dichas funciones adquieren la forma de un acto administrativo. Sin embargo, no resulta claro de las disposiciones normativas, el alcance de esta competencia puesto que, en principio, las decisiones que adopte la Comisión de Regulación de Comunicaciones permiten resolver definitivamente un conflicto y que las partes pierden, sobre ese tema en particular, la posibilidad de acudir a un tribunal de arbitramento, quedándoles como única posibilidad la de acudir al control de legalidad del acto que resuelve el conflicto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por otro lado, el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 es ostensiblemente más amplio que la regulación anterior –contenida en los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994– en la que se circunscribía la intervención a los casos en que hubiera monopolio, afectación a la libre competencia o a los derechos de los usuarios, puesto que se establece una competencia preferente en cabeza de la Comisión de Regulación de Comunicaciones para resolver cuestiones relativas, entre otras, a: la promoción de la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, prevención de conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión, remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, condiciones de facturación y de recaudo, condiciones de oferta mayorista y provisión de elementos de red desagregados.

Se puede realizar una observación final con respecto a las competencias *cuasijudiciales* de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, que tiene que ver con lo relativo a la finalidad misma de dichas competencias. La diferencia fundamental entre la función de resolución de conflictos de la Comisión y las funciones jurisdiccionales⁴⁷, es que aquella no es un árbitro entre los operadores en estricto sentido. Su función no se limita a dirimir un conflicto, sino que se encuentra indefectiblemente ligada a su rol funcional en el ordenamiento jurídico⁴⁸. Así, el ejercicio de dichas competencias se deberá realizar con

47 Corte Constitucional, Sentencia C-1120 de 2005.

48 En efecto, "el objetivo que persigue la CRC al momento de dirimir un conflicto entre operadores es promover la competencia y la defensa de los usuarios, es decir el interés general

el fin de garantizar la libre competencia y la eficiencia en la prestación del servicio. Es por ello que el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, que establece los principios del acceso, uso e interconexión, señala como finalidades de la resolución de conflictos en materia de interconexión los siguientes: * trato no discriminatorio, con cargo igual acceso igual, * transparencia, * precios basados en costos más una utilidad razonable, * promoción de la libre y leal competencia, * evitar el abuso de la posición dominante, * garantizar que en el lugar y tiempo de la interconexión no se aplicarán prácticas que generan impactos negativos en las redes.

Resulta claro, entonces, que la competencia de resolución de controversias asignada a las Comisiones de Regulación no la desliga de su función de garante de la libre competencia en el mercado regulado; antes al contrario, ella existe como una de las modalidades más claras en que dicha función se expresa. De esta manera, para nosotros, la integración de las funciones de solución de conflictos de la Comisión de Regulación de Comunicaciones en el complejo entramado de las competencias de las distintas autoridades administrativas y judiciales en el sector, requiere de una clarificación de los supuestos en los cuales podrá intervenir la Comisión. Consideramos que esta intervención se deberá permitir solo en aquellos casos en los que sea necesaria la regulación del mercado, esto es, para proteger los principios orientadores de la ley de TIC establecidos en el artículo 2 de la Ley 1341 de 2009.

BIBLIOGRAFÍA

- AMARIS HERNÁNDEZ, CARMiNA (2010). "Reglas aplicables a las actuaciones administrativas de solución de controversias en materia de interconexión", en EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ (dir.). *Comentarios a la ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ARIÑO, GASPAR (2003). *Principios de Derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CASTAÑO, DANIEL (2009). "La función de regulación como mecanismo de intervención del Estado en la economía en materia de servicios públicos. Comentarios a la sentencia T-058 de 2009", en *Revista de Derecho del Estado*, n.º, 23.
- CHEVALLIER, JACQUES (2004). *L'État post-moderne*, 2.ª ed. París: LGDJ.

económico. En cambio, la finalidad de la función judicial es impartir justicia en un caso concreto conforme a normas jurídicas. En este sentido, el regulador hace prevalecer el interés general sobre el particular en una disputa entre privados, mientras que en la función judicial el debate se encuentra en torno de los intereses privados. La primera es una función regulatoria, la segunda es una función jurisdiccional" (VILLEGAS, Ob. cit.: 533).

Consejo de Estado, Sección 5, 31 de julio de 2003, rad. 0144-01(AC), C.P.: REINALDO CHAVARRO BURITICÁ.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de julio de 2000, rad. 11744, C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de septiembre de 1997, rad. 11857, C.P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de marzo de 2008, rad. 20409, C.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

Corte Constitucional, Sentencia C-1120 de 2005.

Corte Constitucional, Sentencia C-1143 de 2000.

Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000.

Corte Constitucional, Sentencia C-1369 de 2000.

Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003

Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2013.

Corte Constitucional, Sentencia C-1641 de 2000.

Corte Constitucional, Sentencia C-170 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-272 de 98.

Corte Constitucional, Sentencia C-444 de 1998.

Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-830 de 2010.

Corte Constitucional, Sentencia C-955 de 2007.

Corte Constitucional, Sentencia T-058 de 2009.

DELVOLVÉ, PIERRE (1998). *Droit Public de l'Economie*. París: Dalloz.

DU MARAIS, BERTRAND (2004). *Droit public de la régulation économique*. París: Dalloz.

GARCÍA LLOVET, ENRIQUE (1993). "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", en *RAP*, n.º 131.

- GARRIDO FALLA, FERNANDO (1953). "Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa", en *RAP*.
- GIL BOTERO, ENRIQUE (2009). "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", en *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MARÍN, HUGO (2009). "Norma regulatoria": ¿límite o realidad?", en *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MONTAÑA, ALBERTO (2005). *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- NIETO, ALEJANDRO (1976). "Algunas precisiones sobre el concepto de policía", en *RAP*.
- RINCÓN, JORGE IVÁN (2004). *Las generaciones de los derechos fundamentales y la actividad de la administración pública*, 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- VILLEGAS, LORENZO (2010). "La ley de TIC y la regulación de las telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones", en ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ (dir.). *Comentarios a la ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.