

# Editorial

ANÍBAL ZÁRATE

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

A pesar de una producción doctrinal considerable sobre el tema, es común encontrar que no existe hoy en día un consenso acerca de lo que es la regulación. El carácter polisémico de la noción es acentuado incluso por un recurso desafortunado al término, en la medida en que se encuentran tantas definiciones como manuales de Derecho administrativo o de Derecho público económico<sup>1</sup>. Si es posible afirmar que la madurez de un concepto se constata a partir del apaciguamiento que alcanza el debate doctrinal sobre su contenido<sup>2</sup>, la regulación no ha logrado aún ese estado.

La regulación se muestra como una tarea compleja y variada, y las autoridades a las cuales se confía una misión regulatoria ejercen diferentes tipos de poderes con una larga libertad en relación o incluso más allá de los cánones legales, lo que plantea serios problemas jurídicos si procuramos interpretar esta actividad en el ámbito del Derecho administrativo tradicional (TAVARES DA SILVA, 2012: 331).

La regulación aparece asociada en un primer momento a la función que ejercen las autoridades administrativas independientes que en la organización de los Estados han proliferado bajo la original inspiración de instituciones similares en los Estados Unidos, después en el Reino Unido y más recientemente en Europa continental y América Latina<sup>3</sup>. Según este enfoque, la regulación es designada de manera general como la misión de reglamentación de estas autoridades (AUTIN, 1988:1.213-1.214). Producto de los trabajos de la *escuela francesa de la regulación*, la independencia sería "la condición misma de la regulación económica moderna" (DU MARAIS, Ob. cit.: 518). Si la asimilación de los elementos orgánico y funcional obedeció a una necesidad de garantizar la exigencia de imparcialidad en aquellos mercados donde los Estados europeos tenían una fuerte presencia pública, evitando que fueran al tiempo juez y actor del juego económico, ella se mostraría insuficiente para legitimar, en términos absolutos, el recurso a estas autoridades (LOMBARD, 2006: 5). Es probable que

1 Ver, por ejemplo, GAUDEMET (2010: 389-391), CHÉROT (2002: 569 -561); DU MARAIS (2004: 482-484).

2 Conforme al principio establecido por VEDEL (1981: 767).

3 Ver a manera de ejemplo, Corte constitucional, Sentencia C-827 de 2001, a propósito de la Banca central.

esta asimilación original entre el órgano y la función sea una de las razones que mejor explique la ausencia de autoridades de regulación independientes de creación legal en Colombia. En este orden de ideas, no basta con que nuestras comisiones de regulación realicen dicha función para que obtengan la condición de autoridad independiente del ejecutivo, puesto que esta solo se adquiere a partir de la atribución de un conjunto de garantías estatutarias que en Derecho colombiano únicamente los órganos autónomos de creación constitucional poseen<sup>4</sup>. Del mismo modo, si la regulación es empleada por las autoridades administrativas independientes, estas no tienen su monopolio<sup>5</sup>.

En un segundo momento, a partir de los estudios sobre las autoridades administrativas independientes se desarrolló una acepción de la regulación, como una forma distinta y novedosa de norma jurídica<sup>6</sup>. La regulación aparece en el campo del Derecho económico como algo intermedio entre la normatividad del Estado y aquellas reglas que son propias o que pertenecen a los mercados, caracterizadas por el diálogo, su carácter incitativo y de Derecho blando (BOY, 2008: 335-337). En el campo del Derecho administrativo, este enfoque es defendido por MARTIN COLLET, quien define la regulación como "el conjunto de técnicas tendientes a hacer participar a los destinatarios de normas unilaterales, blandas o duras, a su elaboración<sup>7</sup>, así que al conjunto de normas unilaterales blandas, esto es, formalmente no imperativas, pero que tienen vocación de ser seguidas" (COLLET, 2007: 47)<sup>8</sup>. El *acto de regulación* se presenta por ende como un tipo de acto administrativo distinto y nuevo, como una forma de invitación dirigida a sus destinatarios públicos o privados, con el fin de que se adopte el comportamiento definido por su autor, pero sin que vincule jurídicamente a alguno de los participantes (CALANDRI, 2008: 82-83).

Los contornos de la regulación se amplían a partir de estos trabajos, de manera que parece superarse su reducción original al reglamento, el cual no sería sino uno de los instrumentos a través de los cuales esta se materializa, dentro de un abanico amplio de medios posibles, en los que se destacan los actos administrativos informales (AUBY, 2005: 209-234). Al desvincular la actividad del instrumento, la regulación se muestra como una función en cabeza de la administración, estrechamente ligada a la apertura a la competencia de ciertos sectores económicos y, en particular, de las industrias en redes. La

4 Ver ZÁRATE (2011).

5 Ver TIMSIT (1988: 135.139); CUSTOS (2002: 67).

6 Según este enfoque, la aparición de la regulación se explica por el progreso de la ciencia jurídica, que se caracteriza por el paso de un Derecho abstracto y general a uno concreto, blando, elaborado incluso en conjunto con su destinatario (Ver FARJAT, 2004: 109-116).

7 Participación que se encuentra garantizada en el Derecho colombiano de manera general por el numeral 8 del artículo 8 del CPACA y, de manera específica, para las Comisiones de regulación por el Decreto 2696 de 2004.

8 Ver además del mismo autor, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes* (2003).

concepción de la regulación como función que busca conciliar imperativos económicos y no económicos parece imponerse hoy día, hasta el punto de que algunos autores consideran que se trata de una "función general del Estado en la economía" (NICINSKI, 2010: 11). Desde ese punto de vista, los estudios jurídicos se unen a aquellos en ciencia política y ciencia administrativa, que buscan demostrar la presencia actual de un "Estado regulador", posterior al Estado gendarme y al Estado providencia (CHEVALLIER, 2006: 29-40)<sup>9</sup>, a cargo de los grandes equilibrios económicos y sociales.

El conjunto de estos trabajos se inscribe en el denominado *nuevo Derecho administrativo*, expresión con la que se designa al esfuerzo de reconstrucción dogmática, como respuesta y adaptación de esta disciplina jurídica a los desafíos originados por las diferentes facetas que registra la evolución del modelo de Estado. En este escenario, el ejercicio de prerrogativas de poder público aparece circunscrito a una actividad de *dirección* caracterizada por una prominencia de la *governance* (TAVARES DA SILVA, 2010). De ahí que no sea algo fortuito que los términos *gobernanza* y *regulación* encuentren un eco tan poderoso al mismo tiempo en nuestra lengua.

Incluso entendida como una función, los interrogantes alrededor de la regulación persisten. Estas dificultades, derivadas de su dimensión polisémica y de su carácter de "expresión ómnibus" (LOMBARD, Ob. cit.: 11), dificultan que la regulación sea catalogada a veces como una auténtica institución de Derecho administrativo. Más allá de la dificultad que existe cuando se trata de determinar cuál es la naturaleza jurídica de esa función, parte de la doctrina afirma que la regulación no es nada distinto a un tipo de policía administrativa (GAUDEMET, Ob. cit.: 389). Por lo que la cuestión de la distinción entre regulación y policía administrativa es un asunto importante que queda por resolver.

La pregunta de si la regulación es una función transitoria o permanente divide igualmente a la doctrina. La posición que se adopte dependerá de algún modo de la naturaleza que se le asigne a la función de regulación. Así, si la regulación se asimila a una función exclusivamente económica, tendiente a establecer las reglas de competencia en ciertos mercados, como los de las industrias en redes, parte de la doctrina considera que una vez la competencia en el mercado adquiere suficiente madurez, a la regulación debe sustituirla el régimen común de la libre competencia (LOMBARD, 2006: 206). Aquellos que por el contrario ven la regulación como una función con una vocación más allá del campo económico, consideran sea que la regulación es perenne en ciertos sectores y transitoria en otros (FRISON-ROCHE, 2006: 37), sea que la especificidad de la regulación como garante de ciertos imperativos de interés general que el mercado no puede lograr por sí mismo, la convierte en una misión permanente a cargo del Estado (MARCOU, 2004: 347).

9 En un mismo sentido, SILICANI (2006: 69-77).

La falta de claridad sobre la naturaleza jurídica de la regulación como función tampoco permite conocer cuál es el campo exacto de la regulación. ¿El Derecho de la competencia entra en el campo de la regulación? Mientras que una parte de la doctrina responde positivamente a esta cuestión, al calificar el Derecho de la competencia como regulación *general* o *transversal*, en oposición a aquella regulación *especial* o *sectorial*<sup>10</sup>, otros autores adoptan la posición contraria y estiman que la actividad de las autoridades de competencia consiste en mantener la libre competencia económica, mientras que la tarea de las autoridades de regulación sectoriales consiste en "construir un nuevo mercado" (BAZEX, 2001: 37). Esto, en razón de que consideran que el Derecho de la competencia no hace parte de la función de regulación, sino que hace parte de la función de policía económica, atizando a su vez la discusión entre estas dos últimas nociones.

Todavía tratándose del campo de la regulación, se presenta también la cuestión de saber cuál es el lugar que ocupa esta dentro de las ramas del Derecho, en la medida en que es posible encontrar referencias a la regulación tanto en el Derecho público como en el Derecho privado<sup>11</sup>, así como quienes consideran que la regulación constituye una disciplina autónoma, una rama del Derecho específica (FRISON-ROCHE, Ob.cit.: 42).

Las dificultades que existen alrededor de la noción de regulación han sin duda marcado la evolución de la materia en el Derecho nacional, como lo explica con claridad el profesor EDGAR GONZÁLEZ en la presentación que amablemente realizó para el presente número de la Revista y en la que muestra cómo, luego de una fase inicial de adaptación de este fenómeno en Colombia, los problemas jurídicos que se suscitan hoy día en la práctica están sobre todo relacionados con los nuevos instrumentos jurídicos que utiliza y con el alcance y la amplitud de poder que los reguladores reclaman, intentando libertarse de los controles que sobre ellos recaen, en especial de la tutela judicial.

La idea de la regulación como institución jurídica del Derecho administrativo es una materia que requiere de discusión académica. Nuestra visión es que la *Revista Digital de Derecho administrativo* sea un referente global en las discusiones que acompañan la adaptación y mutaciones del Derecho administrativo contemporáneo. En ella, autores y académicos pueden continuar la labor de intercambiar sus puntos de vista y los profesionales dedicados a esta disciplina jurídica, compartir sus apreciaciones sobre una materia compleja y dinámica como la nuestra.

El presente número recoge una vez más contribuciones de autores extranjeros, lo que confirma nuestra tendencia hacia la internacionalización. Materias como la que hemos abordado de la regulación corroboran esta necesidad, en la

10 Ver, por ejemplo, NICINSKI (2009: 1.239).

11 O incluso parte de un *Derecho del mercado*: DE LEYSSAC; PARLEANI (2002).

medida en que la regulación económica y los reguladores económicos operan en mercados que no conocen fronteras territoriales. Por el contrario, los problemas que son llamados a solucionar son comunes a otros países y reclaman incluso en algunos supuestos soluciones armonizadas.

A todos nuestros suscriptores y visitantes nacionales y extranjeros los invitamos a participar de manera activa en este diálogo, con el fin de enriquecer la discusión académica y crear una comunidad alrededor de los temas que integran nuestra Revista. Sus aportes son bienvenidos.

## BIBLIOGRAFÍA

- AUBY, JEAN-BERNARD (2005). "Régulations et droit administratif", en *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*. Bruxelles: Bruylant.
- AUTIN, JEAN-LOUIS (1988). "Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation", en *RDP*.
- BAZEX, MICHEL (2001). "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles", en *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 119.
- BOY, LAURENCE (2008). "Régulation et sécurité juridique", en *Sécurité juridique et droit économique*. Bruselas: Larcier.
- CALANDRI, LAURENCE (2008). *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*. París: LDGJ.
- CHÉROT, JEAN-YVES (2002). *Droit public économique*. París: Economica.
- CHEVALLIER, JACQUES (2006). "L'Etat régulateur", en *Régulation économique et démocratie*. MARTINE LOMBARD (dir.). París: Dalloz.
- COLLET, MARTIN (2007). "Valeur(s) de la régulation", en *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*. Montchrestien,
- COLLET, MARTIN (2003). *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*. París: LGDJ.
- CUCHILLA, MONTSERRAT (2006). "Autorités administratives indépendantes de régulation et démocratie en Espagne", en *Régulation économique et démocratie*. MARTINE LOMBARD (dir.). París: Dalloz.
- CUSTOS, DOMINIQUE (2002). "Agences indépendantes de régulation américaines (IRC) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI)", en *Revue Politiques et Management Public*, Université de Caen, vol. 20, n° 1.

- DE LEYSSAC, CLAUDE LUCAS; PARLEANI, GILBERT (2002). *Droit du marché*. Paris: PUF.
- DU MARAIS, BERTRAND (2004). *Droit public de la régulation économique*. Paris: Presses de Science Po et Dalloz.
- FARJAT, GÉRARD (2004). *Pour un droit économique*. Paris: PUF.
- FRISON-ROCHE, MARIE-ANNE (2006). "Le couple ex ante - ex post, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation", en *Les engagements dans les systèmes de régulation*. Paris: Presses de Science Po et Dalloz.
- GAUDEMET, YVES (2010). *Droit administratif*. 19 ed. Paris: LGDJ.
- LOMBARD, MARTINE (2006). "Introduction générale", *Régulation économique et démocratie*. Paris: Dalloz.
- LOMBARD, MARTINE (2006). "Régulateurs indépendants, mode d'emploi", en *Régulation économique et démocratie*. MARTINE LOMBARD (dir.). Paris: Dalloz.
- MARCOU, GÉRARD (2004). "La notion juridique de régulation", *AJDA*.
- NICINSKI, SOPHIE (2010). *Droit public des affaires*, 2 ed. Paris: Montcherstien.
- NICINSKI, SOPHIE (2009). "L'autorité de concurrence", *RFDA*.
- SILICANI, JEAN-LUDOVIC (2006). "L'Etat régulateur: la vision prospective d'un praticien", en *Régulation économique et démocratie*. Paris: Dalloz.
- TAVARES DA SILVA, SUZANA (2012). "La regulación económica como materia del nuevo Derecho administrativo", en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho administrativo*. MANUEL REBOLLO PUIG (dir.). Madrid: Iustel y Universidad de Córdoba.
- TAVARES DA SILVA, SUZANA (2010). *Um novo direito administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- TIMSIT, GÉRARD (1988). "Conclusions. L'avenir des autorités administratives indépendantes. Synthèse", en *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: PUF.
- VEDEL, GEORGES (1981). "Le droit économique existe-t-il?", en *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Paris: I.P.A.-I.P.E, Travaux et recherches de l'I.P.A.-I.P.E. de Toulouse, vol. 2.