

Presentación

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ¹

Correo-e: edgar.gonzalez@uexternado.edu.co

Por la gentil invitación y deferencia de los profesores ANÍBAL ZÁRATE y ALBERTO MONTAÑA, me dirijo a ustedes para efectuar la presentación del n° 12 de la *Revista Digital de Derecho Administrativo* de la Universidad Externado de Colombia.

Lo normal y acostumbrado en estos casos es realizar una presentación somera de cada uno de los importantes artículos que la contienen. Voy a permitirme salir de la línea conductora, para escribir unas breves líneas por la importancia del tema que contiene esta edición, y referido a un concepto que sigue siendo nuevo, y que no acierta a precisarse en nuestro ordenamiento y en la legislación comparada. Nos estamos refiriendo al contenido, alcance, limitaciones y control político y judicial de la regulación, en su vertiente de regulación económica, pero también de regulación jurídica enmarcada en la finalidad social de actividades calificadas en nuestro ordenamiento jurídico como servicio público.

La función de regulación en los servicios domiciliarios, en las telecomunicaciones, en las TIC, y en actividades económicas, todas marcadas por el interés general y su diversa organización institucional para su ejercicio², han llegado a nuestro Derecho sin mucha discusión y participación, especialmente en la década de los noventa, vinculada en varios casos al proceso de liberalización en el modelo de gestión para la prestación de servicios públicos esenciales para la comunidad, o a la estructura conocida de las Superintendencias, traída desde nuestra reforma constitucional de 1968.

Tal vez por esta razón se encuentra una falta de precisión en la ubicación y características de estas instituciones. En efecto, el legislador ha utilizado varia-

1 Docente e Investigador. Director del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones, Universidad Externado de Colombia.

2 Las 9 Agencias Nacionales Estatales creadas o modificadas en el 2011, con funciones disímiles, y realmente diferentes y a veces opuestas sobre el concepto y naturaleza de las Agencias originadas en el derecho anglosajón, generalmente encargadas de funciones de regulación técnica y con mayor independencia del órgano ejecutivo. Las Unidades Administrativa Especiales, como denominación genérica utilizada para crear entidades estatales como mesitas de noche para guardar todo aquello que no sabemos cómo ubicar. Las Superintendencias, cuyo representante legal es de libre nombramiento y remoción del presidente de la República y sin los visos de autonomía y estabilidad para cumplir una función de regulación y de control y vigilancia eminentemente técnica.

das denominaciones en la organización administrativa, que no corresponden a las autoridades encargadas de esta función, como sucede con las Agencias Nacionales Estatales creadas en la reforma de 2011; que nunca han sido precisadas, bajo el rótulo indefinido de Unidades Administrativas Especiales, o bajo organizaciones que no son las más adecuadas para regular o para ejercer funciones de control y vigilancia, en sectores de especial importancia para la comunidad, como es el caso de las Superintendencias.

Además del problema de su denominación en la estructura administrativa, hay también una marcada confusión sobre las características de las mismas, en cuanto a su carácter descentralizado, su autonomía, su adscripción, o su vinculación con el respectivo ministerio o departamento administrativo, o a veces guardando silencio sobre estos temas³.

Esta situación obliga al operador jurídico a indagar por el concepto de regulación en este sentido, y las características y naturaleza de la Autoridad Administrativa Independiente que la debe ejercer, y a partir de estos supuestos, analizar cuáles de estas entidades, denominadas Agencias, Unidades Administrativas Especiales, Comisiones⁴ y Superintendencias, realmente ejercen esta función, con qué atributos e instrumentos la deberían ejercer, y aportar sus luces para la urgente modificación de su estructura jurídica, encaminada a preservar en mejor forma un interés general especializado que amerita y justifica una autoridad de la misma naturaleza⁵.

Como inicial aproximación a este concepto de regulación, en servicios públicos, hay que referirse en especial a la Ley 142 de 1994, con una definición que la vincula a la función de control en el cumplimiento de la norma jurídica, o que la incorpora a una función delegada del presidente de la República para señalar políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos⁶. Son aproximaciones restrictivas a su contenido y a sus

3 A varias Agencias Nacionales (ANCP, ANDJE) se les denomina entidades descentralizadas de la rama ejecutiva, pero no se precisa qué tipo de entidades descentralizadas se crea, o si se trata de una nueva categoría. En algunos casos se menciona que pertenecen a un sector administrativo. También se denominan agencias presidenciales o agencias colombianas, sin precisar si son descentralizadas o no. En otros casos, se menciona que pertenecen al sector descentralizado. En el caso de la ANTV, se crea como una Agencia, que forma parte del sector de TIC, pero nada se dice acerca de si es independiente o si está adscrita o vinculada al Ministerio.

4 Además de las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios y de comunicaciones, la reciente creación con la Ley 1682 de 2013, de la Comisión de Regulación del Sector Transporte.

5 Además estas funciones de regulación y de control y vigilancia deben atender –en las diferentes líneas, de mandato, de concertación, de consenso y aun de participación previa de los afectados–, a sectores regulados que se caracterizan por su profundo conocimiento de la actividad económica, y por su fuerza para la defensa de sus intereses, como grupo de presión en la creación de las normas administrativas y legales.

6 Artículos 14 y 68 de la Ley 142 de 1994.

características, que resultan extrañas a la naturaleza de la regulación, lo cual ha dado lugar a diferentes interpretaciones de nuestra Corte Constitucional y del Consejo de Estado⁷.

En el sector de TIC y de las telecomunicaciones, también existen similares incertidumbres sobre esta función de regulación y las características de autonomía y neutralidad política del órgano regulador que la ejerce como Autoridad Administrativa Independiente. Resultan ilustrativas para este efecto las recientes recomendaciones presentadas por la OCDE al gobierno nacional⁸.

Asimismo, debe recordarse la discusión jurídica abierta sobre el alcance de la función de regulación de resolución de controversias, con la vía arbitral, la cual se enmarca en otra discusión: la prevalencia de las disposiciones comunitarias respecto de las nacionales, y su interrelación con las decisiones administrativas de los órganos reguladores y judiciales⁹.

Es también un tema de actualidad, a nuestro juicio no definida, la eventual responsabilidad patrimonial que pudiera tener el órgano regulador, y su alcance, frente al control de legalidad de su acto administrativo, en algunos casos restringida o negada por el juez administrativo, cuando afecta derechos económicos de la parte inconforme, y sin intervención procesal de la parte favorecida. Se trata de sentencias judiciales proferidas varios años después de la decisión administrativa¹⁰.

7 Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000, y con un óptica diversa C-150 de 2003. Además sentencias C-066 de 1997; C-444 de 1998; C-350 de 1997; C-353 de 2006; C-955 de 2007 y C- 823 de 2011. En el Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 5 de marzo de 2008 y 9 de septiembre de 2009 y 11 de noviembre de 2009, y bajo una óptica distinta Sentencia del 14 de agosto de 2008, y Salvamento de Voto a las sentencias iniciales del Consejero ENRIQUE GIL.

8 Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia 2014. Se destaca la posición de dominio de un operador de telefonía móvil y de los operadores incumbentes de redes fijas a nivel regional, y la necesidad de que el órgano regulador desempeñe un rol decisivo para lo cual debe convertirse en una organismo con plena independencia del gobierno y con plenos poderes para la aplicación de la normativa, incluidas facultades sancionatorias de que carece en la actualidad.

9 Las normas de la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la CAN. Los diversos conceptos emitidos por el Tribunal Andino de Justicia, y sus conceptos vinculantes y no vinculantes. En desarrollo de estos conceptos, se han proferido anulaciones de laudos arbitrales en el tema de cargos de acceso de interconexión por la carencia de este requisito. Recientemente, el 10 de octubre de 2014 se expidió un laudo arbitral entre dos de los proveedores más importantes de redes y servicios de telecomunicaciones, en el que el Tribunal adopta la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y en consecuencia se declara no competente para resolver la controversia judicial. Se encuentran pendientes varios procesos arbitrales sobre temas que por vía administrativa podían ser del conocimiento de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

10 Entre otras, Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera Subsección B Exp. 1152-01 del 21 de mayo de 2009. M.P.: FREDY IBARRA MARTÍNEZ.

Si más condimento se requiere, podríamos mencionar la vehemente controversia de la doctrina y con pronunciamientos de la Corte Constitucional, sobre la aplicación de los reglamentos de los órganos reguladores a contratos vigentes en curso suscritos por los proveedores de estos servicios, y relacionados con la interconexión de sus redes¹¹.

Para parte de la doctrina, el concepto de regulación en algunos casos se ha asimilado a la expedición de normas, y se han establecido sus diferencias con la función de reglamentación, que parece propio del concepto gramatical de esta función, pero no coincidente con el concepto de regulación económica y jurídica al que nos estamos refiriendo.

También se ha dicho a favor y en contra que corresponde a la función de policía administrativa¹². En otros casos se ha considerado circunscrita a la finalidad de la regulación económica, enfocada en garantizar la existencia de la competencia y prevenir o expedir normas *ex ante* tendientes a esa finalidad. Bajo otra óptica, se ha enmarcado su función natural de promover la competencia en el marco constitucional de los servicios públicos, en especial de su función inherente a la finalidad social del Estado, y ejercida esta intervención por organismos administrativos especializados en una regulación técnica.

De otro lado, se ha puesto en duda el ejercicio de los diferentes instrumentos de la regulación, o su alcance en la confrontación de los principios de jerarquía normativa y de competencia. Además de la expedición del acto creador de situación jurídica particular, ejerce el atributo de una potestad reglamentaria secundaria, limitada al campo definido por la ley, y diferente de la presidencial. Es también una de sus modalidades la adopción o eliminación de incentivos para los operadores, y la dificultad y necesidad de precisar la competencia para resolver controversias, su finalidad no enmarcada en la promoción de la competencia, y los efectos en el tiempo de su decisión¹³.

La exposición de estos problemas jurídicos suscitados en la realidad y en la academia son un preámbulo más que suficiente para mostrar el estado de arte y los diversos temas de actualidad que siguen afectando el desarrollo armónico de estos sectores y de los derechos de los diversos actores y de la colectividad.

11 Corte Constitucional, Sentencia T-058 del 2 de febrero de 2009. M.P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

12 La función de regulación no corresponde a la función de policía administrativa, o a una especie de policía administrativa económica, pues trasciende su espacio, sus objetivos, los conceptos en que se sustenta y las técnicas e instrumentos utilizados, pues tampoco se limita a una función de supervisión o de control y vigilancia. Al respecto, ESTEVE PARDO (2009: 388-405). Con acierto se plantea que la regulación económica como actividad administrativa no corresponde a la tradicional clasificación de la actividad de policía, y se desplaza a una regulación de riesgos. En contrario, CASSAGNE (2010: 444).

13 A partir del reconocimiento normativo del derecho conculcado a una parte. A partir del momento en que se solicita la intervención del órgano regulador para resolver el conflicto y a partir de la fecha de la decisión administrativa para resolver la controversia.

Por ello, celebro que el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia mantenga su interés y dedicación en profundizar aspectos propios de la regulación en los servicios públicos y las TIC.

El carácter discrecional marcado de las decisiones de los órganos reguladores y la dificultad de su control judicial, en una tensión entre los extremos de aceptar una deferencia judicial y renunciar a su ejercicio, o el peligro de sustituir al regulador por el juez, y su ubicación en el contexto de los procesos de liberalización y la naturaleza técnica de estas decisiones, son mostrados en forma acertada por el profesor CAMILO PERDOMO y que sirve de inicio a una discusión necesaria y pendiente.

La búsqueda permanente de la eficiencia judicial y de la modernización de las administraciones públicas en un contexto de Gobierno Abierto, como una tendencia evidente del nuevo Derecho administrativo, refrendado por una justicia especializada y eficiente, vinculada a los medios electrónicos, es otro de los temas analizado con alta riqueza conceptual, en la generosa colaboración del profesor CARLOS JIMÉNEZ, en su calidad de autoridad reconocida internacionalmente en esta institución.

Merece rescatarse el estudio sobre la actividad administrativa de la regulación en su gran campo de acción, marcado por la discrecionalidad, y el necesario contrapeso de un régimen jurídico de garantías que permita el control de legalidad de los actos del regulador, como en términos claros lo presenta el profesor español MONTERO PASCUAL, a quien agradecemos su generosidad para compartir estas inquietudes, que se enmarcan en la tensión de la discrecionalidad administrativa y si se quiere técnica, y las garantías y controles para la no arbitrariedad de la autoridad.

Se encuentra, también, la misma construcción del concepto de regulación, en el marco de servicios públicos, de libre competencia o de monopolios de la estudiante MARÍA JOSÉ CAMPANELLI. Si de regulación económica se trata, con razón debe incluirse su análisis en el concepto de fallo del mercado, mencionado por nuestro legislador¹⁴, pero precisado por las ciencias económicas, como aparece en la introducción al tema presentado por el investigador DAVID DE LA TORRE VARGAS.

Bajo la misma óptica y desarrollo se encuentran los artículos sobre la inversión en TIC en torno a las ciudades digitales; el servicio público de las telecomunicaciones como un reto para la regulación económica. En un marco vinculado pero con aspectos diferentes, se incluyen los artículos de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, visto desde el análisis de la regulación de protección al consumidor, a cargo del profesor GUILLERMO BETANCOURT CARDONA, y la diferenciación entre ingreso y ascenso

14 Ley 1341 de 2009.

en la función pública como la forma de garantizar la eficacia de los órganos del Estado, a cargo de la investigadora MÓNICA LILLY SERRATO.

Finalmente, nuestro profesor y colega JUAN CARLOS COVILLA aporta el interesante artículo sobre la identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la administración pública desde una perspectiva funcional.

Son amplias y diversas las colaboraciones contenidas en esta edición, que seguramente presentarán motivos de reflexión, de duda, y aun de opiniones, diferentes de quienes estamos en este mundo de incertidumbre y del mayor interés como es la función administrativa de regulación en sectores de interés general y orientados a la competencia, o a la regulación de actividades económicas insertas en el desarrollo y bienestar de la comunidad y de la mejor estructura institucional que pueda ejercerla.

BIBLIOGRAFÍA

CASSAGNE, JUAN CARLOS (2010). *Derecho Administrativo*, t. II. Lima: Palestra Editores.

ESTEVE PARDO, JOSÉ (2009). "El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del derecho público", en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO y JOSÉ ESTEVE PARDO (dirs.). *Derecho de la Regulación Económica*, t. I. *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: Iustel.