

Control judicial de la regulación económica en clave de los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)

CAMILO PERDOMO VILLAMIL¹

RESUMEN

En el contexto de los procesos de liberalización y los nuevos regímenes económicos a nivel constitucional, la regulación económica se posicionó como una de las principales actividades de intervención estatal sobre la economía. Esta se concibe como un instrumento técnico, neutral e independiente, diseñado para resolver las fallas del mercado y armonizar objetivos económicos y no económicos, generalmente contrapuestos. Por tanto, la cabida del control judicial es muy cuestionada, evidenciándose choques entre la garantía de acceso a la justicia de los particulares y la competencia técnica de los reguladores. Así, se efectúa un análisis material de los actos proferidos por las autoridades

1 Abogado y candidato a Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Docente Investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la misma universidad. Correo-e: camilo.perdomo@uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 3 de marzo de 2014; Fecha de modificación: 25 de septiembre de 2014; Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2014. Para citar el artículo: Perdomo Villamil, Camilo (2014). "Control judicial de la regulación económica en clave de los actos administrativos proferidos por Comisión de regulación de comunicaciones (CRC)", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 12. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 63-104.

de regulación en clave de la extensión del principio de legalidad, y basado en las funciones asignadas a la CRC según la Ley 1341 de 2009, con el propósito de determinar los marcos, límites y alcances del control judicial.

Palabras clave: Regulación; Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC–; Intervención del Estado en la economía, Control judicial de la administración; Actividad administrativa; Discrecionalidad administrativa.

Judicial Control of Economic Regulation in terms of the Administrative Acts published by the Communications Regulatory Commission (CRC)

ABSTRACT

In the context of the processes of liberalization and new economic regimes at the constitutional level, economic regulation has positioned itself as one of the main activities of State intervention on the economy. Regulation has been perceived as a neutral, independent and technical instrument designed to solve market failures and to harmonize economic and non-economic goals, usually conflicting. The place of judicial control is very questionable, showing clashes between the guarantee of access to justice for the people and the technical expertise of regulators. Then, it is carried out a material analysis of the acts published by the regulatory authorities in terms of the extension of the principle of legality, and based on the functions assigned to the CRC according to the Law 1341 of 2009, for the purpose of determining parameters, limits and scopes of the judicial control.

Keywords: Regulation; Communications Regulatory Commission; Public intervention in the economy; Judicial control of the Administration; Administrative activity; Administrative discretion.

INTRODUCCIÓN

El modelo económico estatal ha experimentado transformaciones constantes, las cuales generan que el Estado haya asumido facetas diversas. La forma como el Estado interviene en la economía ha venido evolucionando sin un patrón uniforme: en algunas ocasiones la intervención fue muy intensa y, en otras, se constató una reducción de la actividad del Estado al mínimo. De este modo, la administración pública se ha visto conminada a recurrir a herramientas novedosas y muchas veces ajenas a la disciplina jurídica; la regulación económica

es una de ellas. Esta, después de ser empleada ampliamente en los Estados Unidos de América y en países de Europa occidental, se empezó a usar en nuestro ordenamiento jurídico en el marco de los procesos de liberalización de mercados y del nuevo régimen de los servicios públicos definido en la Constitución Política de 1991.

A efectos del presente documento, evadiendo las controversias doctrinales, se entenderá que la actividad de regulación económica tiene dos sentidos, uno amplio y otro estricto. En sentido amplio, es una actividad administrativa que responde a la función (administrativa) de intervención sobre la economía en cabeza del Estado, pero no con la finalidad de las tradicionales actividades de intervención, sino procurando, en un contexto de economía de mercado, la armonización de objetivos económicos con los no económicos² establecidos en la Constitución Política; en últimas, persigue la realización y concreción de las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos mediante actividades con connotación económica. A su turno, en sentido estricto, se alude a la concreción sectorial del concepto amplio enunciado: la reglamentación (*rule-making*), la vigilancia (*monitoring*), la asignación de derechos (*adjudication*) y la resolución de conflictos (*dispute resolution*) en los sectores estratégicos escogidos.

Ahora bien, desde que se generalizó el uso del término en la jerga jurídica, se ha debatido acerca de la necesidad de controlar su despliegue, reconociendo que en virtud del carácter técnico, neutral, experto³ e independiente⁴ que se le

2 Por ejemplo, algunos de los objetivos no económicos que generalmente chocan con objetivos no económicos y, por tanto, deben ser armonizados, serían: “la protección de los consumidores, el cumplimiento de los derechos fundamentales, el servicio público entendido en sentido amplio y los objetivos de interés general ligados al desarrollo durable (o sostenible)”: MARCOU (2009: 18-23).

3 Estos son algunos de los elementos con los que la doctrina ha intentado caracterizar la regulación económica, la mayoría de las veces desde una perspectiva orgánica y no funcional. Ver en este sentido MARCOU (2011) y BETANCOR (2010).

4 Se pone de presente que la problemática del carácter independiente, con respecto al poder ejecutivo, del regulador, desborda el alcance del presente documento y ameritaría un estudio profundo y separado. No obstante, podemos afirmar que en el sistema colombiano la noción de independencia no está muy bien decantada, y en la mayoría de las ocasiones se emplea indistintamente como sinónimo de autonomía o incluso se entiende que puede haber grados de independencia. Es decir, se parte de errores conceptuales básicos al asimilar los conceptos, pues la independencia no puede ser más o menos intensa, en la medida en que un órgano administrativo es o no independiente; mientras que cuando se habla de autonomía podríamos afirmar que sí cabe un escalafón. Aunado a lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico no se especifica frente a qué o quién se goza de esa independencia. Al respecto, basta con revisar la Ley 1341 de 2009 que, al caracterizar a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, afirma que tiene “independencia técnica administrativa y patrimonial”; sin embargo, no especifica esa independencia frente a quién, pues es un órgano sin personería jurídica y se encuentra adscrito al nivel central de la rama ejecutiva. Quizá se refería más bien a una autonomía técnica, administrativa y patrimonial. Igualmente, en la jurisprudencia se confunden los términos, por ejemplo la Sentencia C-150 de 2003 habla

suele atribuir, es necesario consolidar mecanismos de fiscalización adecuados a la luz del modelo de Estado Social de Derecho, y de las implicaciones propias del modelo democrático constitucional (derecho de defensa, debido proceso, garantía de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva, etc.). Este cambio de paradigma, transitar de escenarios donde se buscaba defender la existencia e idoneidad del despliegue de la regulación económica, a buscar argumentos para controlar su ejercicio, evidencia la búsqueda de herramientas jurídicas que controlen el gran poder atribuido a la actividad de regulación.

Como se indicó, la regulación en sentido estricto se despliega a nivel sectorial en aquellos escenarios estratégicos de la economía determinados por la Constitución Política, y en la mayoría de las veces en la ley, en concordancia con el modelo económico constitucional. Para cumplir esta misión son creados organismos (estructura) encargados de ejecutar la actividad de regulación en cada sector⁵; el ideal es que dicha creación atienda a una lógica según la cual el Derecho solo puede desarrollar satisfactoriamente su función si la organización se adecúa a las funciones de la administración (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 263). En el ordenamiento jurídico colombiano son múltiples las entidades a las que se les confía el cumplimiento de estas funciones, y en el campo de las telecomunicaciones –sector que interesa al presente documento– la entidad, actualmente, es la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), creada mediante Ley 1341 de 2009. El despliegue de la actividad regulatoria (técnica) de la CRC se ha enfrentado, a semejanza de la mayoría de órganos reguladores, a la cuestión relacionada con la posibilidad y extensión del control judicial de los actos administrativos proferidos.

Así las cosas, al contextualizar las problemáticas relacionadas con el control de los actos de la CRC resulta el siguiente escenario. Desde una visión orgánica, al ser una unidad administrativa especial sin personería jurídica, se entiende que la CRC, en ejecución de sus actividades, profiere actos administrativos de carácter general y/o particular, como cualquier otra entidad que cumpla con

de la “autonomía constitucional e independencia legal” como características en cabeza de los órganos de regulación, pero no especifica el contenido de cada una de ellas.

- 5 Se afirma categóricamente que este es el orden lógico de la concreción de las actividades administrativas enmarcadas en la función administrativa. Es decir, una vez identificada la actividad se crea la estructura orgánica encargada de desplegarla. Un proceder contrario genera inconvenientes para separar las facetas subjetiva y material de las actividades administrativas, haciendo que el sujeto titular de la actividad se confunda con la actividad misma. Esta confusión entre el sujeto y la función es palpable en nuestro ordenamiento jurídico, concretado en el Derecho administrativo, aunque si bien en sus orígenes europeos podía aceptarse la identificación plena sujeto-función, actualmente no es pertinente. Por tanto, se han presentado innumerables problemas para identificar con claridad el objeto de estudio de nuestra disciplina: ¿es la administración pública orgánicamente entendida o es la administración pública funcionalmente entendida? Al respecto ver MONTAÑA PLATA (2010).

actividades administrativas. Así, establecer la cabida del control judicial de estos actos administrativos no acarrearía mayores complicaciones, y se conduciría por las reglas procedimentales y sustanciales generales; en otras palabras, no habría duda con respecto a la pertinencia del control judicial de los actos proferidos por una entidad adscrita al gobierno en el sector central. Sin embargo, si a la visión orgánica de la CRC le agregamos una visión funcional, resulta que el escenario, en principio pacífico, se complica, puesto que la CRC tiene asignada la actividad de regulación económica a nivel sectorial de las telecomunicaciones. Es decir, esta actividad ha sido concebida tradicionalmente como una intervención administrativa destinada a la corrección de los fallos del mercado de una manera técnica (discrecional), neutral respecto de los agentes partícipes e independiente para no alterar el discurrir normal del mercado; por el contrario, para reconstruirlo según el parámetro del mercado eficiente (BETANCOR, 2010: 63). Por lo tanto, surgen varios interrogantes: ¿la lógica del control judicial de los actos administrativos proferidos por los reguladores se debe conducir por reglas especiales?, ¿el carácter técnico, neutral, independiente y demás características que se le atribuyen a la regulación económica implica que su ejercicio debe ser sustraído del control judicial?, o si en caso de reconocer la necesidad de una fiscalización judicial de la regulación sectorial ¿cuáles serían sus límites?, ¿el juez puede sustituir la decisión administrativa?, entre otras. Lo expuesto hasta este punto evidencia algunos de los motivos que inspiran este escrito. De manera específica, se pretende hacer unos apuntes, desde los fundamentos del Derecho administrativo, y con base en una visión material de la administración pública, en relación con la cabida (o pertinencia) y extensión del control judicial de los actos administrativos proferidos por la CRC. Lo anterior, con el ánimo de esbozar algunas ideas en relación con una temática, que si bien se engloba en el tema de la discrecionalidad administrativa, no ha sido desarrollada de manera concreta para las actividades técnicas de la administración pública colombiana. De este modo, el documento, con sus limitados y reducidos objetivos, constituye una nueva invitación⁶ para analizar la actividad de la administración pública colombiana desde su visión material, y partiendo de ella adentrarse en las especificidades, como el control judicial de la administración técnica, por ejemplo, de la actividad de la CRC (en este documento) o de la actividad del Banco de la República.

Por último, para abordar el tema planteado, el documento está dispuesto en dos grandes apartados. En el primero, se dan algunos elementos para intentar comprender la razón de ser de la CRC en el organigrama estatal colombiano, sobre la base de la mixtura existente entre su visión orgánica y su visión funcional, la cual hace difícil la comprensión pacífica de su naturaleza jurídica, y

6 Invitación que se adhiere a la efectuada, en la doctrina colombiana, por el profesor ALBERTO MONTAÑA PLATA, quien exhorta a estudiar el Derecho administrativo colombiano desde una visión material, atenuando el protagonismo de la clásica visión subjetiva (ver ídem).

con ello de los actos administrativos por ella proferidos (i). Luego, se caracterizan las decisiones (actos administrativos) que profiere la CRC en clave de la extensión del principio de legalidad, en procura de hallar algunos elementos para conciliar las perspectivas orgánica y funcional explicadas; así se podrá determinar los derroteros sobre los cuales se debe conducir el control judicial de la actividad de regulación sectorial de las comunicaciones en Colombia (ii).

I. LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES (CRC) Y SU PAPEL EN LA REGULACIÓN DEL SECTOR DE LAS COMUNICACIONES

El artículo 4° de la Ley 1341 de 2009 es claro cuando establece que el Estado colombiano intervendrá en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, en desarrollo de los principios establecidos en la Constitución Política, con el objeto de cumplir una multiplicidad de fines específicos allí enunciados. Para lo anterior, la referida ley dispone la creación o la reestructuración de varias entidades, a saber: el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión de Regulación de Comunicaciones y la Agencia Nacional de Espectro. Organismos todos con funciones amplias⁷ en el marco de la intervención estatal en el sector de las telecomunicaciones. Dentro de ellas se destaca, a efectos del presente documento, el papel que debe cumplir la CRC, la cual desplegaría la actividad de regulación sectorial. A este respecto, es pertinente caracterizar el tipo de intervención en cabeza de la CRC (A), para en seguida hacer referencia específica a la naturaleza jurídica de la Comisión, intentando dar elementos para conjurar los inconvenientes que se puedan generar al considerar separadamente su visión orgánica y material (B).

A. LA REGULACIÓN COMO ACTIVIDAD DE INTERVENCIÓN ESTATAL SOBRE LA ECONOMÍA

El Estado moderno, desde su consolidación, ha experimentado una ampliación gradual de las funciones que debe cumplir en razón, principalmente, de la evolución de las finalidades que persigue. Esta redefinición de la actividad estatal se debe a múltiples factores, dentro de los cuales la economía es uno de los más determinantes. Precisamente con base en este aspecto es posible afirmar que el modelo estatal ha transitado de un Estado operador a un Estado

7 Por ejemplo, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es el encargado de fijar las políticas de la regulación, la vigilancia y el control de las tecnologías de la información y las comunicaciones y la Agencia Nacional de Espectro (ANE) brindar soporte técnico para la gestión y la planeación, la vigilancia y el control del espectro electromagnético (ver capítulos I y II, respectivamente, de la Ley 1341 de 2009).

regulador (CHEVALLIER, 2011: 104). Durante el siglo XX se evidenció cómo el Estado era titular de actividades productivas y, por tanto, el sector público ocupaba un lugar estratégico en la economía de los países liberales. Bajo el influjo de los procesos de liberalización y de los cuestionamientos a la gestión estatal, el sector público empezó después a reducirse en aquellos escenarios donde en otrora había sido dominante. Fue entonces cuando se vivió una época de constantes privatizaciones de los monopolios estatales. Sin embargo, esto no significó que el Estado dejara de participar en actividades productivas, y simplemente su enfoque cambió para mantener el dominio de las actividades que consideraba esenciales.

Es en este contexto donde cobra fuerza el nuevo papel del Estado (Estado regulador), pues su calidad de agente económico se había reducido considerablemente, y fue necesario que su actividad de intervención económica⁸ se transformara; de este modo, el Estado, que no había renunciado a las potestades de vigilancia, empezó a intervenir sobre la economía y con ello se acuñó el término de "regulación". Entonces, referirse a la actividad reguladora del Estado en el campo económico significa reconocer que el sistema de mercado es incapaz de alcanzar el punto de equilibrio, por lo que requiere de la intermediación del Estado para conseguirlo (CHEVALLIER, 2011: 108). La característica distintiva de la regulación es que difiere de los modelos clásicos de intervención estatal en la economía, pues consiste en supervisar el juego económico, estableciendo algunas reglas e interviniendo de manera permanente para amortiguar las tensiones, regular los conflictos y garantizar el mantenimiento de un equilibrio global. Es decir, el Estado no busca posicionarse como protagonista sino como árbitro del juego económico, centrándose en encauzar el comportamiento de los operadores y esforzándose en armonizar sus acciones, puesto que hay intereses contrapuestos que deben ser efectivizados, incluso correlativamente.

Ahora bien, así entendida en sentido amplio, esta actividad requiere ser aterrizada y puesta en marcha (sentido estricto); por lo tanto, en cada sector de la economía es necesaria la creación, constitucional o legal, de una estructura a la que se le asigne la competencia de regulación sectorial (Sentencia C-186-11 de la Corte Constitucional). Para el caso que nos ocupa, la estructura orgánica es la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) reestructurada

8 Es importante resaltar la distinción existente entre la intervención estatal "en" y "sobre" la economía. La primera se considera más fuerte, más intervencionista, puesto que el Estado asume un rol como agente económico para la producción o distribución directa de bienes y servicios (por ejemplo, las empresas de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado), mientras que en la segunda la intervención no es tan dinámica, sin dejar de ser intervención; en este escenario, el Estado no adquiere la calidad de agente económico, y lo que hace es establecer las reglas de juego, propugnar por su respeto y ejecutar su incumplimiento (policía administrativa) o busca establecer y efectivizar condiciones en las cuales se concreten intereses económicos y no económicos establecidos en el ordenamiento positivo (regulación económica), entre otros.

mediante la Ley 1341 de 2009. A nivel sectorial, se entiende que la regulación puede ser *ex ante* o *ex post* y se vale de un amplio número de ropajes o medios de acción: la reglamentación (*rule-making*), la vigilancia (*monitoring*), la asignación de derechos (*adjudication*) y la resolución de conflictos (*dispute resolution*), entre otros (CHEVALLIER, 2011: 109). Estos medios, al ser instrumentalizados por el Derecho, responderán a una parte específica del ordenamiento jurídico: "derecho de la regulación económica". El cual es pragmático, flexible, elaborado en relación estrecha con los destinatarios y permanentemente reajustado en función de los resultados obtenidos.

En virtud de lo anterior, se afirma que la fase práctica o funcional de la actividad regulatoria del Estado se fundamenta en varias condiciones: una posición de exterioridad (neutralidad) en relación con el juego económico; una capacidad (técnica) de arbitraje entre los interés en presencia y una acción continua en el fin de procedes a los ajustes necesarios. Es decir, se reconoce a la administración-reguladora su calidad de experta encargada de cumplir con las finalidades estatales en el sector económico específico. Esto no implica *per se* que el órgano encargado de la actividad deba gozar de independencia con relación al ejecutivo, en ocasiones basta con refuerzos de la autonomía otorgada para que la autoridad de regulación pueda ejercer sus funciones a cabalidad dentro del sector encomendado. En otras palabras, el ordenamiento jurídico (Constitución Política y ley) decidirá si es menester que el regulador tenga o no independencia o si es suficiente con brindar, además de una autonomía funcional, una autonomía de gestión, todo atendiendo al tipo de mercado sobre el cual intervendrá.

La regulación, como actividad de intervención estatal sobre la economía, se empezó a usar en nuestro ordenamiento jurídico en el marco de los procesos de liberalización de mercados y del nuevo régimen de los servicios públicos consagrado en la Constitución de 1991, quizá por ello existe una tendencia reduccionista⁹ (MARÍN HERNÁNDEZ, 2009: 40), que ha limitado el despliegue de la actividad regulatoria a los servicios públicos, e incluso la limitan aún más a los servicios públicos domiciliarios (GIL BOTERO, 2009: 9). En este sentido, el análisis de algunos artículos de la Carta en materia económica nos arroja el siguiente escenario: el legislador detenta la potestad de expedir normas sobre la intervención económica (art. 150 numeral 21), lo cual implica que el marco de intervención debe estar descrito en una norma jurídica de rango legal que debe precisar sus finalidades y estar acorde con los fines estatales.

9 Como prueba de la visión reduccionista en Colombia es suficiente revisar la doctrina y la jurisprudencia nacional, entre los que tenemos, jurisprudencia. Ver Sentencia C-186 de 2011, Sentencia C-403 de 2010, Sentencia C-955 de 2007, Sentencia C-1120 de 2005, Sentencia C-150 de 2003, Sentencia C-815 de 2001, Sentencia 1162 de 2000 de la Corte Constitucional de Colombia, entre otras. A su turno, en torno a las referencias doctrinarias ver GIL BOTERO (2009:7-29), entre otras.

Igualmente, las leyes sobre intervención económica deben ser acordes con lo preceptuado en el artículo 334 de la Carta, es decir, proferidas sobre la base de que el Estado colombiano es el director de un modelo económico liberalizado, donde todos los partícipes deben buscar, además de su crecimiento y bienestar económico, objetivos sin connotación económica, por ejemplo, la garantía del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de oportunidades, la preservación del ambiente sano y, en fin, y todos los objetivos que se pueden enmarcar dentro del modelo de Estado social de Derecho.

Igual de importante es lo establecido en el artículo 365 constitucional, donde se hace evidente el papel preponderante de los servicios públicos dentro de la economía nacional, estableciéndose que son inherentes a las finalidades del Estado y que es su responsabilidad la prestación eficientemente a todos los habitantes del territorio nacional. Se otorga a una variedad amplia de sujetos la posibilidad de prestarlos, en igualdad de condiciones (competencia económica). Sin embargo, categóricamente se establece que el Estado mantendrá a su cargo la regulación, el control y la vigilancia de estos servicios.

Con respecto a la regulación de los servicios públicos, la Corte Constitucional ha afirmado, en consonancia con las disposiciones constitucionales atrás enunciadas, que esta actividad administrativa generalmente implica la concurrencia de varios agentes en la toma y puesta en práctica de la decisión, de este modo, participan al menos el poder legislativo y un órgano administrativo. En concreto,

...la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades..." (Corte Constitucional, Sentencia C-150-03).

Con fundamento en lo anterior, el ordenamiento jurídico ha creado organismos estatales pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público denominados Comisiones de Regulación, cuyo objetivo es, justamente, regular los servicios públicos domiciliarios. En relación con la temática que interesa al documento, el legislador colombiano profirió la Ley 1341 de 2009 "Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones", mediante la

cual se reafirmó la competencia atribuida a una comisión de regulación mediante la Ley 142 de 1994 para ejercer la actividad reguladora del sector de las comunicaciones. Así las cosas, con el propósito de caracterizar el despliegue de la regulación en el sector se continúa con el análisis, desde una perspectiva orgánica y funcional, de las competencias en cabeza de la CRC.

B. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES –CRC–. NATURALEZA ORGÁNICA Y FUNCIONAL

En virtud de los proceso de liberalización y del nuevo modelo de gestión de los servicios públicos, contenido en la Constitución Política de 1991, fueron creadas entidades estatales con el propósito de cumplir con la mencionada tarea de regulación sectorial en distintos campos. Un año después de la entrada en vigencia del texto constitucional, el presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confería el artículo transitorio 20 de la Carta, profirió el Decreto 2122 de 1992, mediante el cual reestructuró el Ministerio de Comunicaciones y creó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (en adelante CRT), cuya naturaleza jurídica era la de una unidad administrativa especial sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Comunicaciones, a la luz de la tipología establecida en la, para la época aun no expedida, Ley 489 de 1998¹⁰.

La CRT tenía facultades para prevenir prácticas restrictivas de la competencia, solucionar conflictos de carácter administrativo entre operadores de telecomunicaciones, fijar tarifas y fórmulas tarifarias de los servicios e interconexiones, establecer requisitos de interconexión de los operadores de larga distancia, entre otras actividades (VILLEGAS CARRASQUILLA, 2010: 516). Es decir, la Comisión estaba dotada de funciones bastante amplias y variadas, la mayoría de orden estrictamente técnico, cuyos objetivos esencialmente consistían en regular y promover la competencia para que las operaciones fueran económicamente eficientes, para que no hubiera abuso de la posición dominante y para que se prestaran servicios de calidad.

Sin embargo, a escasos dos años de su creación fue promulgada la Ley 142 de 1994, por la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y la CRT se integró dentro de las comisiones de regulación creadas en virtud de esta ley (art. 69). Con ello se pretendía crear un régimen homogéneo para la administración-reguladora en este tipo de servicios públicos. El despliegue de las actividades de estas comisiones de regulación se enmarcaba dentro de la función presidencial de fijar las políticas generales de la administración y

10 Artículo 38: "Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: 1. Del Sector Central:... e. Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica".

control de eficiencia de los servicios públicos, de conformidad con el artículo 370 de la Constitución Política¹¹. En el marco anotado, la naturaleza de la CRT no sufrió modificaciones, es decir, continuó siendo una unidad administrativa especial sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

Con respecto a las funciones de la Comisión, se preveían potestades relacionadas con la fijación de criterios de eficiencia y de calidad, con la política tarifaria y el establecimiento de los regímenes tarifarios, con la garantía de la libre competencia, con la definición de metodologías de costos y evaluación de viabilidad empresarial y con la determinación del régimen de subsidios y contribuciones (VILLEGAS CARRASQUILLA, 2010: 519). De nuevo, se puede observar que las funciones asignadas a la CRT se corresponden con la necesidad de regulación sectorial y con el contenido de la actividad de regulación económica. Es importante resaltar un ingrediente técnico muy pronunciado en las mismas, el cual también hace parte de la naturaleza de la actividad de regulación.

Recientemente, en procura de fomentar la libre competencia en el campo de las telecomunicaciones, fue expedida la Ley 1341 de 2009, mediante la cual se reorganiza el sector de las comunicaciones en el marco de la política de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). En este contexto, se modificó la denominación de la CRT que pasó a llamarse Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC); no obstante, mantuvo su naturaleza jurídica como una unidad administrativa especial sin personería jurídica y adscrita al nuevo Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Las funciones asignadas legalmente a la CRC son, materialmente, las mismas en cabeza de la CRT, las cuales se analizarán más adelante. Sin embargo, vale la pena hacer un comentario cualitativo previo de estas. Mientras existió la CRT, se afirmaba que sus funciones las adquiría en virtud de la delegación presidencial, mientras que ahora, las funciones de la CRC le son asignadas directamente por la ley. Lo anterior implica que sus facultades se derivan de la actividad de regulación económica general (sentido amplio anotado) con-

11 A nivel doctrinal y jurisprudencial se planteó una discusión en torno a establecer si el presidente de la República podía delegar o no las funciones que le atribuía el artículo 370 de la Constitución Política. En concreto, los argumentos encontrados giraban en torno a determinar si esas funciones eran ejercidas por el presidente, en su calidad de jefe de Estado y jefe de gobierno, evento en el cual no podía delegarlas; o si por el contrario, las ejercía en su calidad de suprema autoridad administrativa, circunstancia que sí le permitiría delegarlas. Para dirimir el conflicto, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-272 de 1998, afirmó que "la Constitución de 1991 amplió significativamente el espectro de funciones susceptible de delegación presidencial pues otorgó a la Ley la potestad de definir las funciones susceptibles de delegación tal como se desprende del artículo 211 de la Carta...". En virtud de lo anterior, se legitimó la existencia de las comisiones de regulación creadas por la Ley 142 de 1992 en el entendido de que recibían sus funciones en virtud de una delegación presidencial permitida constitucionalmente.

sagrada en el artículo 334 de la Constitución Política, y por tanto, ya no de facultades derivadas del artículo 370 de la Carta, como se entendía según lo consagrado en la Ley 142 de 1992. Es decir, en procura de cumplir con los objetivos de armonizar intereses económicos y no económicos, contrapuestos en el modelo constitucional colombiano (sentido amplio de la regulación), se procede a crear organismos que aterricen y concreten la regulación en los distintos sectores de la economía (sentido estricto de la regulación). Esta es una concepción más adecuada con el origen y desarrollo histórico de la actividad reguladora.

La CRC concebida como autoridad regulatoria en el sector de las comunicaciones, desde una visión orgánica, está adscrita al sector central de la rama ejecutiva del poder público en Colombia (artículo 38 de la Ley 489 de 1998). En Derecho comparado, desde una perspectiva orgánica, y en razón de los orígenes de la regulación, se ha seguido un camino tendiente a limitar la actividad de regulación a la actuación de las Autoridades Administrativas Independientes (AAI)¹², generalmente independientes del ejecutivo. Sin embargo, se ha constatado que no todas las autoridades que gozan de una independencia orgánica son catalogables como autoridades de regulación; del mismo modo, no todas las autoridades de regulación gozan de independencia estatutaria (MARCOU, 2011: 104). Por lo tanto, a pesar de que la CRC no cuenta con la referida independencia orgánica con respecto del ejecutivo, puede seguir siendo considerada como autoridad de regulación, ya que el legislador colombiano consideró que la autonomía administrativa, técnica y patrimonial (autonomía de gestión y funcional) era suficiente para cumplir a cabalidad con sus objetivos regulatorios¹³. Otro problema es si esta configuración orgánica establecida en la ley se basta para que efectivamente la CRC cumpla con su cometido¹⁴. Concebir a la CRC como una unidad administrativa especial implica, por definición, que se predique una autonomía a nivel técnico, la cual se refiere al contenido de sus funciones. Es decir, ese componente técnico implica que a la Comisión, desde

12 En Derecho francés, las AAI que ejercen una autoridad son titulares de una independencia en términos orgánicos respecto del poder político y los sectores profesionales, sus decisiones atienden a la naturaleza de las tomadas por las autoridades administrativas del Estado, no son jurisdiccionales y la mayoría, no tienen personería jurídica distinta de la del Estado (ver MARCOU, 2011: 104).

13 Afirmación fundamentada en lo dispuesto en el ordenamiento jurídico; sin embargo, desborda el cometido del presente documento analizar la idoneidad orgánica de la CRC para cumplir con sus finalidades.

14 Se reitera, según el ordenamiento vigente –Ley 1341 de 2009–, que la Comisión de Regulación de Comunicaciones es una unidad administrativa especial sin personería jurídica y la autoridad reguladora en el sector. El análisis de la conveniencia de dicho modelo, la necesidad de otorgarle personería jurídica o incluso de dotarla de independencia orgánica con respecto al ejecutivo son temas de vital importancia y muy pertinentes; sin embargo, desbordan los cometidos del presente documento.

una perspectiva funcional, se le confía en su calidad de experta la regulación del sector de las comunicaciones.

La pretensión de que la actividad de regulación económica sea desarrollada por expertos y técnicos especializados en un sector económico, implica que el ejercicio de sus funciones no puede ser enmarcado dentro de la actuación de la administración en general. En el caso de la CRC, el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 establece las funciones a ella atribuidas, las cuales se pueden clasificar así: 1. Funciones relativas al acceso al mercado, 2. Funciones relativas a la interconexión u acceso de redes, 3. Funciones relativas a la determinación de estándares técnicos, 4. Funciones relativas a la gestión de recursos escasos, 5. Funciones relativas a los precios, 6. Funciones relativas a la calidad del servicio, 7. Funciones de protección al usuario, 8. Funciones de resolución de conflictos y 9. Funciones relativas a su propio funcionamiento (VIDA FERNÁNDEZ, 2010: 555-557). La anterior categorización permite afirmar que la mayoría de funciones asignadas a la CRC atienden al componente técnico que se predica de los entes que ejercen la actividad de regulación económica.

La regulación sectorial ha respondido históricamente a una finalidad ideológica consistente en justificar la intervención como una exigencia técnica y, por lo tanto, neutral (política e ideológicamente), además, se presenta como una necesidad en el nuevo contexto del mercado (BETANCOR, 2010: 63). Lo anterior tiene consecuencias muy importantes a nivel jurídico, la principal de las cuales es la diferencia respecto de esa intervención (respecto de la administración pública que cumple con esta actividad), pues se afirma que el control solo es necesario en situaciones en las cuales se evidencie una arbitrariedad manifiesta, pues la administración-reguladora actúa como un experto técnico que no tiene intereses distintos a mejorar el mercado, efectuando los ajustes pertinentes.

Este mismo patrón podría replicarse en el sector de las telecomunicaciones en Colombia con respecto a la extensión del control, en especial judicial, de las decisiones proferidas por la CRC, entendiendo que se enmarcan dentro de la actividad de regulación económica (técnica, neutral y de expertos). Por lo tanto, se evidencia que al articular la perspectiva orgánica de la CRC (unidad administrativa especial) y la perspectiva funcional (actividad de regulación económica) resulta que las decisiones que toma la Comisión deben ser evaluadas teniendo en cuenta que son actos de la administración con un contenido específico. Ese ingrediente puntual a nivel funcional (regulación económica) implica que se diferencien, en lo sustancial, de las actuaciones de la administración en términos generales. Así las cosas, se pasa a efectuar el análisis de los actos administrativos proferidos por la CRC en su condición de administración-reguladora, con el objetivo de determinar los parámetros sobre los cuales se debe conducir el control judicial de la actividad de regulación sectorial de las comunicaciones en Colombia.

II. NATURALEZA DE LAS DECISIONES ADOPTADAS POR LA CRC: PARÁMETROS DE CONTROL JUDICIAL

Una vez esbozados algunos elementos en relación con la naturaleza jurídica de la CRC, como órgano encargado de ejecutar la actividad de regulación económica en el sector de las telecomunicaciones colombiano, se pasa a abordar la problemática relacionada con el control judicial de los actos administrativos proferidos por esta entidad, y que podría ser extensivo a otros órganos reguladores de servicios públicos. Para lo anterior, se parte de reconocer que, en términos generales, los distintos ordenamientos jurídicos no establecen las consecuencias jurídicas, en relación con el control judicial, derivadas de las características orgánicas y funcionales de la administración-reguladora¹⁵. Por tanto, es menester caracterizar las decisiones proferidas por los órganos reguladores a la luz de la extensión del principio de legalidad (A), para luego efectuar algunos comentarios en relación con la pertinencia del control judicial de estos actos administrativos, a la luz de la dicotomía existente entre el reconocimiento de la regulación económica como una actividad técnica y neutral, entre otras características que suele atribuírsele, y las exigencias propias de nuestro régimen constitucional y democrático que imponen la necesidad, sin excepciones, de controles a la administración pública en virtud del sometimiento al Estado al Derecho (principio de legalidad) (B).

A. CARACTERIZACIÓN DE LAS DECISIONES PROFERIDAS POR LA CRC.

¿COMPETENCIA DISCRECIONAL O REGLADA?

Como ya se anotó, desde un punto de vista orgánico, la CRC es una unidad administrativa especial, por tanto, a pesar del tipo de funciones que cumple en el marco de la actividad regulatoria, el despliegue de las mismas puede encuadrar, sin mayores reparos, en el marco general de actuación de la administración¹⁶, circunstancia que no implica el desconocimiento de las características propias que le imprime la perspectiva material ya referida. En otras palabras, es posible afirmar que la CRC en ejercicio de sus funciones de regulación profiere actos administrativos formalmente idénticos a los que profiere la administración en general, pero materialmente gozan de particularidades muy concretas, en razón de la actividad que los inspira (regulación económica sectorial).

15 Estas características son la autonomía funcional, de gestión –administrativa y patrimonial–, en ocasiones independencia respecto del ejecutivo, su condición de órgano especializado y cualificado, y con competencias sobre mercados complejos, entre otras.

16 En Derecho comparado se ha intentado caracterizar a los órganos componentes de la actividad regulatoria por su independencia. Sin embargo, en el caso colombiano vemos que la circunscripción de la regulación exclusivamente a los servicios públicos domiciliarios ha llevado a que estos órganos siempre estén adscritos al ministerio del ramo, haciendo cuestionable la pretendida independencia del ejecutivo.

En este contexto, previo a la caracterización formal¹⁷ de las decisiones que profiere la CRC, es menester contextualizarlas en el marco de la función administrativa del Estado, haciendo énfasis en que no ha sido posible concretar un concepto unívoco y aceptado por toda la doctrina; no obstante, en el marco del presente escrito, se entenderá como

...un conjunto de actividades particulares, disimiles entre sí, pero diversas de aquellas generales del Estado y particulares propias de la función judicial y legislativa, que dan desarrollo directo a las finalidades del Estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política, que pueden ser desarrolladas por distintos sujetos de derecho, habilitados para ello, con el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico (MONTAÑA PLATA, 2010: 124).

Así las cosas, la actividad de regulación económica debe propender por la satisfacción de algunas de las finalidades específicas enmarcadas dentro de los objetivos propios de la función administrativa, y estas a su vez dentro de los fines del Estado. Por lo tanto, la CRC busca satisfacer las necesidades concretas de la sociedad en el sector de las telecomunicaciones; esto lo hace de manera práctica, concreta e inmediata mediante la expedición de actos administrativos de carácter obligatorio y demás mecanismos administrativas, siempre con sujeción al ordenamiento jurídico preestablecido.

El acto administrativo, por excelencia, es el mecanismo principal empleado por la CRC en el despliegue de su actividad. En términos generales, lo podemos entender como un acto jurídico, que profiere quien ejerce la función administrativa, que tiene como contenido la regulación (actividad) administrativa que es propia del Estado y que puede tener diferentes contenidos como declaración, conocimiento, juicio y decisión; pero que siempre busca la producción de unos efectos jurídicos de índole administrativa. Este concepto es posible analizarlo desde una perspectiva formal y una material. Así, formalmente serán actos administrativos todos aquellos que de conformidad con criterios externos –formales– sean considerados como tales (SANTOFIMIO GAMBOA, 2003: 126); elementos como el órgano productor del acto, el procedimiento utilizado en su expedición y la forma que adopte el acto una vez producido. De este modo, según el criterio formal, concluimos que la CRC, mediante los procedimientos establecidos en la ley, y en cumplimiento de las funciones a ella asignada, profiere actos administrativos que son controlables ante la jurisdicción mediante las acciones contenciosas pertinentes.

17 Caracterización que no significa que el acto administrativo, como manifestación de la voluntad de la administración pública, esté reducido a criterios meramente formales. Es decir, el acto administrativo también está dotado de un componente material que se desprende del papel que tiene para hacer efectiva la función administrativa.

Ahora bien, desde una visión material, serán actos administrativos los que en razón de su contenido se consideren como tales, sin importar las formas externas que los revisten ni el órgano del que provienen (ídem: 127). Así las cosas, cualquier manifestación de voluntad declarada por algún órgano del Estado o por un particular, que por su contenido tenga relación con la función administrativa, es un acto administrativo. Materialmente, los actos proferidos por la CRC se fundamentan en la actividad de regulación económica, que busca armonizar objetivos económicos con no económicos en el marco de las finalidades propias de la función administrativa. En razón de lo anterior, desde esta óptica no cabe duda de que estos actos deben ser considerados actos administrativos. Sin embargo, precisamente desde esta perspectiva, es donde la cabida y/o pertinencia del control judicial, de actos que materialmente se respaldan en la actividad de regulación, es muy discutida por las razones que se expondrán más adelante.

Queda claro que, tanto formal como materialmente, las decisiones en las que se evidencie la voluntad de la CRC para producir efectos jurídicos, se deben considerar como actos administrativos. En este orden de ideas, las 21 funciones en cabeza de la Comisión, contenidas en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, serán cumplidas algunas mediante actos de contenido general y otras, mediante actos de contenido particular. Esta situación tiene también incidencia en la determinación de los marcos para el control judicial de la regulación sectorial de las comunicaciones. Sin embargo, el punto central se encuentra en la extensión de dicho control, estrechamente ligado con el tipo de facultad o competencia con base en la cual se adoptó el acto administrativo (reglada o discrecional), sin importar si es de índole general o particular.

Una vez categorizadas las decisiones voluntarias que profiere la CRC (actos administrativos de carácter general y/o particular), se pasa a ahondar en la naturaleza jurídica, desde una perspectiva material, de dichas manifestaciones de la administración, en cuanto se refieren a la actividad de regulación económica, en clave de la extensión del principio de legalidad. Es decir, determinar si la actividad de la CRC en desarrollo de la actividad de regulación sectorial de las telecomunicaciones se corresponde, más o menos, con una facultad de índole reglada o discrecional. Lo anterior, con el objetivo de plantear unas bases que permitan analizar las formas e implicaciones de un control jurisdiccional de estos actos administrativos.

El principio de legalidad, en el Derecho administrativo, tiene gran incidencia en el ejercicio de las potestades estatales, puesto que se considera inherente al Estado de Derecho y se proyecta sobre todos los ámbitos del poder público, en beneficio directo de los administrados. En relación con la función administrativa, el principio de legalidad de los actos administrativos surge igualmente con la institucionalización del poder (ídem: 39). Lo anterior significa que las competencias asignadas al Estado para el cumplimiento de la función administrativa deben ejercerse dentro de lo establecido en el ordenamiento jurídico,

so pena de viciarse de ilegalidad. Así las cosas, las funciones asignadas a la CRC están inscritas en el denominado bloque de legalidad y encuentran sus límites y desarrollo, también, en la ley en sentido amplio.

Sin embargo, a pesar de que el ejercicio de la totalidad de la función administrativa se encuentra sometido al principio de legalidad, la fuerza del mismo no es siempre igual. Se habla de la extensión del principio de legalidad, haciendo alusión a la existencia de eventos en los cuales quien ejerce la función administrativa, para nuestro caso la CRC, lo hace de conformidad solo con el ordenamiento jurídico o si, además, tiene la posibilidad de analizar situaciones o circunstancias de hecho y emitir juicios de conveniencia. Entonces, la ley le asigna facultades a la administración para proferir actos administrativos con base en competencias regladas o discrecionales.

La competencia administrativa discrecional¹⁸ debe ser atribuida por el ordenamiento jurídico, y obedece a políticas que otorgan la facultad a la administración para realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones con el fin único de permitirle el cumplimiento de las finalidades estatales, esto de acuerdo con la realidad fáctica que debe analizar (ídem: 46). En este sentido, la atribución de las facultades no tiene siempre la misma amplitud y, por tanto, el margen de apreciación otorgado a la administración también es variable. A su turno, a la administración se le atribuye una competencia reglada cuando se le exige una aplicación estricta de lo establecido en el ordenamiento, pues se considera que la norma de competencia es clara y específica, por lo que el órgano estatal debe actuar en la forma indicada en dichas disposiciones, sin que pueda romper los marcos en ella establecidos para su ejecución (ídem: 53). Entonces, el ejercicio de potestades regladas implica un proceso de adecuación estrictamente típico, se adecúan los supuestos de hecho descritos en la norma jurídica y los hechos materiales; es una suerte de subsunción normativa.

Así las cosas, la extensión del principio de legalidad se predica dependiendo de si la competencia es reglada o discrecional. Si es discrecional, hay menor grado de reglamentación y, por lo tanto, el principio de legalidad tiene una menor extensión. Si es reglada, la competencia tiene un mayor grado de reglamentación y por lo tanto mayor es la extensión del principio de legalidad, al haber un desarrollo normativo más amplio. Sin embargo, no existe ninguna competencia en uno u otro extremo: es cuestión del mayor o menor grado de libertad de apreciación al que está sometido el funcionario que va a ejercer la

18 Competencia que en sus orígenes se fundamentó en razones de libertad absoluta de actuación para la administración frente a determinadas decisiones, lo cual se traducía en el no acatamiento al orden legal; por tanto, la aceptación por vía de expresión del absolutismo y de la arbitrariedad. Se afirmaba que en los eventos en los cuales la ley no hubiese dispuesto una reglamentación específica, la administración debía disponer normativamente lo necesario (ver SANTOFIMIO GAMBOA, 2003: 45).

competencia correspondiente. Al respecto, la Corte Constitucional (Sentencia T-982 de 2004) ha afirmado que

...toda actuación administrativa, independientemente del nivel de regulación que restrinja (sic) su ejercicio, siempre tendrá un mínimo grado de discreción, o en otras palabras, de buen juicio para su desarrollo. La necesidad de que se le reconozca a la Administración, en todos los casos, un mínimo grado de discrecionalidad o de libertad de acción, para asegurar su buen funcionamiento, independientemente del nivel o volumen de reglamentación que sobre una materia se profiera por el legislador (facultad más o menos reglada).

Mucho tiene que ver el contenido de la actividad administrativa ejercida con el tipo de competencia que les asigna la ley a los órganos administrativos. Así, en la actividad regulatoria en cabeza de la CRC, se les atribuyen funciones de promover la competencia, evitar el abuso de la posición dominante y regular mercados de las redes y servicios de telecomunicaciones. Todas las funciones están dirigidas a conseguir una prestación eficiente del servicio público, altos niveles de calidad, incentivar un mercado competitivo, y maximizar el bienestar social del usuario; en suma, se procura asegurar la calidad regulatoria (CARVAJAL SÁNCHEZ, 2013: 54). En este contexto, el contenido propio de la actividad de regulación de las telecomunicaciones es muy variado, al otorgársele a la entidad facultades amplísimas en las que cabe un sinnúmero de actuaciones. Veamos: primero, cuenta con potestades normativas de expedición de regulaciones de carácter general y de carácter particular y potestades, en contrapartida, no normativas; segundo, goza de funciones cuasi jurisdiccionales de regulación, tendientes a la resolución de conflictos entre proveedores de servicios y redes de telecomunicaciones en sede administrativa; tercero, tiene funciones de regulación de precios y tarifas, interviniendo en precios minoristas o en precios mayoristas, con el fin de promover la competencia y garantizar el acceso y uso de las infraestructuras e instalaciones esenciales y, por último, se le atribuye una función que le permite imponer sanciones a los operadores que no proporcionen la información amplia, veraz, exacta y oportuna que les sea solicitada. Ahora bien, es pertinente indicar que algunos trabajos doctrinarios han propugnado por una construcción dogmática de mitificación de la discrecionalidad, propendiendo por afirmar la cabida del control judicial en todos los eventos (FERNÁNDEZ-ESPINAR, 2012).

Según el bosquejo anterior, es posible afirmar que la CRC, en razón de sus funciones, está dotada principalmente de competencias discrecionales, las cuales, en especial, ejecuta mediante la expedición de actos administrativos. Estas competencias tienen un ingrediente adicional: el alto grado técnico de la actividad de regulación, aunado a que el sector de las comunicaciones está inmerso en constantes innovaciones tecnológicas que implican la imposibilidad práctica, para el legislador, de establecer de manera detallada las compe-

tencias atribuidas. Esto es consonante con el objeto de la Ley TIC (art. 1 de la Ley 1341 de 2009) que

...determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la Administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información (Congreso de la República de Colombia, 2009).

En este tipo de escenarios, la doctrina de Derecho comparado ha acuñado la denominada *discrecionalidad técnica*. En razón de que se considera que la actividad que despliega la CRC se enmarca dentro de competencias eminentemente discrecionales, y que el contenido de las mismas implica un fuerte grado de tecnicidad, es pertinente ahondar en los contenidos de esta categoría de competencia administrativa. Lo anterior sobre la base de que si no ha sido pacífica la tarea de caracterizar las facultades discrecionales de la administración en general, mucho menos lo ha sido la tarea en relación con las competencias administrativas con contenido técnico.

De este modo, se ha teorizado sobre la *discrecionalidad técnica* (MARÍN HERNÁNDEZ, 2007: 272) sin que exista unanimidad en cuanto a la determinación de su origen geográfico concreto. En primer lugar, sus primeros usos son situados en Alemania, donde fue implementada en aquellos casos donde existía cierta dificultad para valorar el supuesto de hecho de la norma que contenía la facultad administrativa, por lo cual, el juez se veía en imposibilidad de controlar la sucesión de argumentos en que se basó la decisión técnica de la administración. En este contexto, se afirmó que otorgar competencia al juez para fiscalizar estos actos administrativos implicaría un control alejado de parámetros objetivos y, por el contrario, sería un concepto técnico paralelo: una doble administración.

Por otro lado, se asevera que fue en la doctrina italiana de principios del siglo XX donde surgió el término. A este respecto vale la pena resaltar la distinción que se planteó entre cuestiones técnicas simples y cuestiones técnicas complejas (ídem: 214). En las primeras, no hay lugar a discrecionalidad alguna, puesto que de conformidad con las reglas científicas y técnicas solo existe una solución justa. Con respecto a las segundas, en virtud de la complejidad de las cuestiones que implican, no es concebible una única solución, por lo tanto, la administración puede elegir entre un abanico de soluciones, en aras de seleccionar la que más se corresponda con la satisfacción y garantía del

interés general. En estas cuestiones complejas, se determinó la imposibilidad del reconocimiento de un control judicial, dada la ausencia de jueces técnicamente preparados para efectuarlo.

Sin embargo, la doctrina no siempre se dirigió en pro de fundamentar la existencia y defensa de la denominada *discrecionalidad técnica*. Precisamente, en el seno de la doctrina italiana se indicó que ese tipo de decisiones se basaba en la aplicación, casi automática, de reglas científicas, lo que implicaba una solución única. En otras palabras, ante la ausencia de ponderación de intereses o de juicios de oportunidad, no era posible hablar de facultades discrecionales. En este sentido, se acercó ese tipo de facultades a los conceptos jurídicos indeterminados¹⁹ (MAGIDE HERRERO, 2000: 249); entendiendo estos últimos como nociones cuyos límites no es posible precisar a plenitud, en abstracto, a través de su solo enunciado (buena fe, buen padre de familia, calidad del servicio, bienestar social del usuario, falla del mercado), pero que, en cada caso concreto pueden (y deben) ser concretados. Igualmente, se realizó una importante acotación en torno a las finalidades del presente documento: se afirmó que la asunción de la *discrecionalidad técnica* se debió a cuestiones de índole procesal, en procura de dotar a los jueces de una herramienta probatoria, el dictamen pericial, que les permitiera fallar los casos en que fuese impugnado algún acto administrativo de orden técnico.

A su turno, en la doctrina española también se han planteado sendos argumentos en contra del uso jurídico-administrativo de la *discrecionalidad técnica*, pues se considera que es una figura que solo busca fundamentar la exclusión de control judicial de las decisiones administrativas técnicas. En este sentido, se asegura que la *discrecionalidad técnica* no es propiamente discrecionalidad, sino una facultad otorgada a la administración para decidir con base en un margen cognoscitivo de apreciación (MARÍN HERNÁNDEZ, 2007: 281), el cual consiste en apreciar las posibles consecuencias jurídicas de la decisión administrativa, por lo tanto, si es la dificultad de control jurisdiccional lo que justifica el uso de la denominada *discrecionalidad técnica*, le correspondería al juez determinar hasta dónde llega su actividad de control, para que partiendo de ese punto se reconozca a la administración el margen cognoscitivo de apreciación para tomar las decisiones de contenido técnico. Ahora bien, las funciones que despliega la CRC también están colmadas de conceptos jurídicos indeterminados,

19 Se resalta que abordar la distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa desborda los objetivos de este documento. Basta con señalar que la doctrina ha encontrado sendos puntos de encuentro, entendiendo que los conceptos jurídicos indeterminados no pueden ser considerados una técnica de control de la discrecionalidad, sino una herramienta para el desplazamiento de la discrecionalidad; de esta manera, ambos conceptos constituyen una dicotomía que agota el espacio de actuación administrativa que no está totalmente reglada y perfectamente determinada, delimitándose mutuamente (ver MAGIDE HERRERO, 2000: 259 y ss.).

lo cual dificulta aún más el despliegue práctico de la actividad²⁰. Así, a la hora de llenar de contenido estos conceptos en el sector de las telecomunicaciones, léase, bienestar social, falla del mercado, instalaciones esenciales, costos eficientes y demás conceptos incluidos en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 y sus disposiciones reglamentarias, la CRC –autoridad reguladora– no podría pretender hallar una única solución justa, y mucho menos el juez contencioso-administrativo, pues se estaría negando el margen de apreciación con que cuenta la administración, con el cual se brinda la posibilidad de aplicaciones distintas a los conceptos indeterminados, manteniéndose su licitud. Por tanto, si la CRC tiene la facultad de llenar una norma imprecisa en el proceso aplicativo, se está reconociendo el ejercicio de una competencia discrecional. El elemento caracterizador sería que los conceptos jurídicos indeterminados sirven como elementos que limitan, con mayor intensidad, el despliegue de las funciones discrecionales.

Según lo anterior, es posible afirmar que la principal motivación de las elaboraciones doctrinarias en torno a la *discrecionalidad técnica* alude a la posibilidad de una fiscalización judicial de los actos administrativos proferidos en materias en las cuales, además de la competencia discrecional en que se inspiraban, era visible una fuerte carga de tecnicidad. Situación que encaja a la perfección con el análisis del despliegue funcional de la CRC en su cometido de ejercer la regulación sectorial de las comunicaciones. Así, una vez esbozados algunos elementos sobre el desarrollo de la actividad de la CRC como producto de la ejecución de atribuciones de índole discrecional, y si se quiere, sobre la base de una suerte de *discrecionalidad técnica*, se pasa a efectuar el análisis de la pertinencia y necesidad de un control judicial de los actos administrativos así proferidos.

B. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS POR LA ADMINISTRACIÓN-REGULADORA, INCLUIDA LA CRC

En Colombia, el control judicial es de vieja data (MALAGÓN PINZÓN, 2007) y la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional para hacer valer los intereses que se creen conculcados, constituye un derecho inherente en la configuración del Estado Social de Derecho. Así, la cabida del control judicial de las decisiones proferidas por la administración pública, en ejercicio de competencias regladas, constituye un escenario pacífico, es decir, no se objeta que los administrados puedan impugnar ante un juez la decisión administrativa que se cree que desbordó el marco de las facultades regladas. Sin embargo,

20 La doctrina no es específica a la hora de determinar los puntos de distinción y/o cercanía conceptual entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados. Si se quiere ahondar en la relación y/o distinción existente entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad, ver MARÍN HERNÁNDEZ (2007: 203 y ss.) y MAGIDE HERRERO (2000: 259 y ss.).

esta misma posibilidad con respecto a los actos administrativos derivados de competencias discrecionales es muy controvertida. Un sector de la doctrina clásica, con fundamento en la libertad de actuación de la administración en determinados escenarios, reconocía una libertad absoluta de actuación en las decisiones discrecionales, exenta del control judicial. Lo anterior posibilitaba el no acatamiento del orden legal y, por tanto, la aceptación del absolutismo y la arbitrariedad (SANTOFIMIO GAMBOA, 2003: 45). Esta concepción inicial se transformó, en razón de las exigencias propias del modelo de Estado sometido al Derecho; no era concebible, según el principio de igualdad, que alguno de los sujetos de derecho no tuviera la obligación de respetar la ley; entonces, sin eliminar el ejercicio discrecional de algunas competencias, se dejó claro que cualquier competencia atribuida a la administración y al Estado se debe encontrar sometida al ordenamiento jurídico (principio de legalidad) y a la fiscalización judicial.

En este orden de ideas, cuando fiscaliza decisiones proferidas con base en competencias regladas, el juez contencioso-administrativo puede ejercer un control pleno, es decir, que abarque tanto la anulación del acto administrativo como la sustitución del mismo. A su turno, cuando las decisiones se fundamentan en competencias discrecionales, el control es meramente negativo, esto es, el juez solo puede anular las decisiones proferidas, sin reemplazar el criterio de la administración (MARÍN HERNÁNDEZ, 2007: 178). Bajo esta perspectiva, el juez contencioso-administrativo colombiano jamás podría valorar el fondo de una decisión proferida por la CRC y se debería limitar a anularla (juicio de legalidad puro), puesto que se premiarían los postulados según los cuales el ordenamiento jurídico debe reconocer un campo de poder discrecional a la administración, inmune al control judicial, con fundamento en la –ya comentada– mayor capacidad técnica de esta para tomar cierto tipo de decisiones.

No obstante, la solución no puede ser tan simple, el sistema legal no asigna competencias totalmente regladas ni totalmente discrecionales: se trata más de una cuestión de grados. En otras palabras, no existen manifestaciones de voluntad de la administración pública que correspondan a competencias totalmente discrecionales, porque, en todas las ocasiones, la ley (en sentido amplio) determina el titular de las mismas, o el procedimiento para desplegarlas. Tampoco hay actos administrativos totalmente reglados porque siempre, aunque todos los aspectos estén estipulados en la ley, se le otorga al funcionario de la administración pública un poder de apreciación mínimo. Como se indicó anteriormente, las competencias asignadas a la CRC tienden a enmarcarse dentro de la denominada *discrecionalidad técnica*, sin perjuicio de algunas competencias que podrían caracterizarse por tener un tinte más reglado, por ejemplo, administrar su patrimonio de conformidad con la ley. De este modo, en razón del sector económico regulado (telecomunicaciones), se puede afirmar que la discrecionalidad es una exigencia propia de la actividad en cabeza de la CRC,

pues la administración pública se enfrenta al deber de armonizar intereses contrapuestos, y para ello requiere de un margen amplio de apreciación.

Aunado a lo anterior, surge de nuevo la problemática relacionada con la denominada *discrecionalidad técnica* y sus implicaciones que, como se enunció, generan mayores reparos para la cabida de un control judicial de fondo de las decisiones administrativas técnicas. A este respecto, es menester dejar claras las consecuencias de la *discrecionalidad técnica*, con el propósito de esclarecer la posible existencia de competencias administrativas inmunes al control judicial. Por tanto, se acude a la tesis adoptada por el profesor HUGO ALBERTO MARÍN, quien retomando a DESDENTADO DAROCA (MARÍN HERNÁNDEZ, 2007: 284) afirma que es más preciso hablar de apreciaciones técnicas atribuidas a la administración, las cuales se pueden enmarcar dentro de las competencias discrecionales pero sobre la base de ciertas precisiones.

En este orden de ideas, se asevera que las apreciaciones técnicas se emplean para solucionar problemas prácticos a través de razonamientos técnicos (saberes especializados). Estas pueden ser utilizadas en tres tipos de decisiones administrativas: primero, en aquellas en que el ordenamiento jurídico concede la facultad de elegir entre varios caminos en procura de satisfacer el interés general, y si son varias las opciones técnicas (igualmente eficaces) con que cuenta la administración, seleccionará de conformidad con un criterio de conveniencia; segundo, aquellas actuaciones y/o decisiones que se deben basar en conceptos científicos que no han sido comprobados, evento en el cual la administración nuevamente está llamada a decidir con base en criterios de conveniencia respecto del interés general. En estas dos primeras situaciones, la administración al efectuar apreciaciones técnicas, gozaría de un ámbito de discrecionalidad fuerte y se considera que el control judicial ha de ser limitado, centrándose en verificar la legalidad de la decisión sin referirse a los aspectos técnicos, pues en la primera todas las soluciones eran igualmente eficaces y en la segunda no existía certeza científica.

El tercer evento, al que aluden los mencionados autores, se refiere a la actividad de la administración a partir de la cual debe fundamentar sus decisiones en criterios de naturaleza técnica, por ejemplo, y para el caso de la CRC, conceptos como interconexión, instalaciones esenciales, uso de redes, radiodifusión sonora, condiciones de acceso, etc.; circunstancias en las cuales no siempre habrá lugar a decisiones automáticas. Por tanto, cuando la norma remite a un concepto técnico no deja margen de análisis de conveniencia a la administración y, por el contrario, la obliga a determinarse según el concepto técnico. Con lo anterior, se hace evidente la existencia de una discrecionalidad débil en este tipo de decisiones. En razón de la naturaleza y el tipo de derechos en juego en estas decisiones²¹, no existen mayores reparos frente a la posibilidad

21 Se afirma que este tipo de decisiones se basan en normas que confieren derechos a los

de que se impugnen judicialmente. Por lo anterior, se recomienda acudir a las herramientas que brinda el ordenamiento procesal general, esto es, acudir a la prueba pericial con miras a tener argumentos sólidos que le permitan controlar adecuadamente la aplicación de este tipo de conceptos técnicos por parte de la administración. En este tercer escenario, el control no se limitaría a verificar la legalidad de la actuación; por el contrario, el juez estaría facultado para reemplazar (sustituir) la decisión técnica de la administración.

Según lo expuesto, se podría concretar una primera solución a la problemática que suscita la cabida del control judicial de las decisiones proferidas por la CRC y demás autoridades regulatorias. Como ya se referenció, las funciones de la Comisión se despliegan en virtud de competencias discrecionales; por lo tanto, debe realizar apreciaciones técnicas, siendo posible encuadrarlas dentro de cualquiera de los tres modelos atrás explicados. En consecuencia, la cabida del control judicial y la extensión del mismo dependerán del contenido específico de la competencia discrecional ejercida en cada caso concreto, habiendo situaciones en las que sería posible inclusive que el juez sustituya la decisión de la CRC.

A pesar de lo anterior, es evidente que el juez contencioso-administrativo está fuertemente condicionado por la dificultad y/o complejidad técnica de la materia, por las enunciadas apreciaciones técnicas (discrecionalidad técnica) que se encuentran alejadas de los estándares usuales de su razonamiento jurídico. Se requiere un conocimiento altamente especializado, el cual no es muy común encontrar, pues los jueces tienden a concentrarse en un conjunto de asuntos particulares y su labor se vuelve casi mecánica (por ejemplo, los procesos a cargo de un juez civil son en un alto porcentaje ejecutivos). Por lo tanto, se podría creer que el juez contencioso-administrativo, ante la duda por el desconocimiento, debería y/o preferiría fallar a favor de la administración técnica, en nuestro caso a favor de la CRC (regulador) (BETANCOR, 2010: 607).

Así, se ha afirmado que el juez contencioso-administrativo podría efectuar un control del contenido discrecional, solo si aprecia que la administración-reguladora ha incurrido en arbitrariedad evidente, con lo cual se sacrifican los derechos de los agentes del mercado (ídem: 610). Sin embargo, ello implica que se ponga en el mismo plano el respeto (deferencia) por las decisiones técnicas tomadas por los reguladores y la eventual vulneración de los derechos de los agentes regulados. Es decir, la pretensión de controlar judicialmente a los reguladores, con fundamento en la garantía de derechos constitucionales y en el acceso a la justicia, estaría inclinando la balanza a favor de una fiscalización judicial sin límites, en desmedro de la actividad regulatoria. Por lo tanto, la cuestión es determinar herramientas y procedimientos para contro-

particulares; por lo tanto, si se está acudiendo al concepto técnico de "justo precio", el particular tiene derecho a que efectivamente se le pague dicho precio, bajo la plenitud de su conceptualización.

lar la discrecionalidad y evitar la arbitrariedad en la actividad regulatoria, sin sacrificar los fines propios de la misma. Una de las posibles soluciones sería por vía de los elementos reglados de las competencias de los reguladores, es decir, procurar un mayor desarrollo normativo de las funciones atribuidas para homogeneizar la tarea fiscalizadora del órgano judicial. Más adelante se hará referencia a algunas de las técnicas de control de la administración (CORDÓN MORENO, 2003), los cuales constituyen límites de la potestad discrecional de la administración pública que pueden ser controlados por los tribunales.

En torno a la posibilidad de efectuar control judicial de fondo, con efectos sustitutivos, a las decisiones proferidas por los entes reguladores, la solución no siempre es similar. Por ejemplo, los jueces británicos han practicado lo que se conoce como *principio de deferencia*, que consiste en respetar la esfera de atribuciones del regulador en aquellas cuestiones complejas, quedando vedada la facultad sin reemplazar los criterios técnicos previos (ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA y DEL GUAYO CASTIELLA, 2012: 380-381). Esta es una manifestación de la abstención del poder judicial en materia de regulación económica, que se basa en los ya referidos *expertise*, formación especializada, conocimientos técnicos, independencia y neutralidad frente a intereses regulados. Igualmente, el trato deferente de los tribunales británicos se debe a una concepción de eficacia administrativa, en virtud de la cual se entiende que la intervención del juez paralizaría la actuación eficaz y oportuna de la administración, y atentaría contra la seguridad de los negocios y las transacciones, lo que se vería agravado por la incapacidad del juez de medir las consecuencias indirectas de sus sentencias frente a terceros. Lo anterior resulta especialmente relevante en el sector financiero y crediticio, donde se requieren soluciones inmediatas y firmes en el tiempo (ídem, 2012: 381).

En el caso español, la situación se ha abordado con implicaciones similares, es decir, se ha reconocido un espacio decisorio de la administración que la jurisdicción no puede fiscalizar. La zona inmune al control judicial está conformada por las decisiones que se adoptan con base en criterios técnicos; este elemento de tecnicidad, de experticia, es la razón de la deferencia que el juez reconoce a la administración-reguladora (ESTEVE PARDO, 2009: 900). Sin embargo, se resalta que la adopción de decisiones técnicas tiene límites en criterios como el de razonabilidad, proporcionalidad y no arbitrariedad, sobre los cuales se legitimaría la fiscalización judicial, no solo de la legalidad del acto, sino de los criterios técnicos adoptados. A su turno, en el escenario francés se ha afirmado que el juez contencioso-administrativo siempre estará habilitado para efectuar el control de legalidad de los actos administrativos, sin importar si se fundamentan en competencias discrecionales o regladas. No obstante, con respecto al control interno (de fondo), se afirma que si es un acto discrecional "...el juez no lo controla pues es difícil confrontar la situación de hecho (con el fin de calificarla jurídicamente) con disposiciones textuales muy generales..." (MONARD-DEVILLER, 2010: 309). Esto implica que se deje a

la administración en libertad de interpretar la ley en razón de un restringido control judicial, y evidencia un cierto grado de respeto hacia la administración, en razón de que la norma habilitante puede ser muy amplia, esto es, contener múltiples conceptos indeterminados, ser ambigua o ser de índole técnico.

En este punto, es pertinente hacer una pequeña referencia a tres de las técnicas o mecanismos para controlar la discrecionalidad de la administración²². Así, el primero es el denominado i) control de los elementos reglados, que se deriva del reconocimiento de la sujeción plena de la administración pública al ordenamiento jurídico, consistente en que todas las actividades de la administración, sin importar la extensión del principio de legalidad, es decir, incluso en aquellos eventos en los cuales existe una extensión reducida, como en las competencias discrecionales, no se pueden desplegar de manera completamente libre. En este sentido, se afirma que el juez contencioso-administrativo está habilitado, en todos los casos, para efectuar un control de legalidad externo –incompetencia, vicio de forma y de procedimiento– y de legalidad interno –desviación de poder, error de hecho y error de Derecho– de la actuación administrativa (MONARD-DEVILLER, 2010: 309). Aquí el control dependerá de si la competencia es reglada o discrecional; en el segundo evento será más restringida la fiscalización judicial. En el sistema colombiano, este es el control usual desplegado por el juez contencioso-administrativo, de este modo, en relación con la CRC –antigua CRT– se hace siempre una constatación de la atribución competencial en virtud de la cual se efectúa un primer tamiz en el control judicial, en un caso concreto se afirmó que

...con base en las indicadas y transcritas normas de la Ley 142 de 1994, también considera la Sala que la CRT tiene asignada competencia para establecer las fórmulas tarifarias para acceder a cualquier red de telecomunicaciones (art. 73.22) y, especialmente para fijar el valor de los cargos de acceso que deben pagar los operadores de servicios TPBCLD y demás operadores (art. 73 literal c) por el uso de las redes de telecomunicaciones del Estado... En lo que concierne a la glosa de que la CRT carece de competencia para establecer las tarifas a cobrar por la interconexión de redes [...] la Sala considera que el hecho de que en el acto acusado se haya determinado un valor específico de los cargos de acceso por minutos o por capacidad, no le resta legalidad a la decisión adoptada en tal sentido, puesto que dichos valores [...] se establecieron por la CRT con base en cálculos y estudios previos por ella realizados sobre comportamientos anuales de los cargos de acceso que reconocen los operadores del servicio TPBCLD por la utilización de sus redes a los operadores de TPBC... (Consejo de Estado, Sentencia del 15 de noviembre de 2012).

22 Aunado a lo que se expone, se ha indicado que la necesidad de motivación de los actos administrativos y los hechos propios que sirven de fundamento para adoptarla, constituyen elementos idóneos para proceder con el control de las facultades discrecionales(al respecto, ver CORDÓN MORENO, 2003: 160 y ss.).

Se prosigue con el llamado ii) control de los hechos determinantes, pensado en específico para las competencias discrecionales, consistente en la verificación de las situaciones fácticas sobre los que la administración edifica su decisión (ROMERO PÉREZ, 1999: 73). Por tanto, se constata cuáles son los hechos, en cuanto efectivamente se han producido, o cuáles no son, porque no existen; además, envuelve el análisis de la correspondencia entre el supuesto de hecho normativo y la situación fáctica concreta como elemento esencial de constatación de cumplimiento de las facultades discrecionales. En este sentido, la actividad probatoria en sede administrativa y en sede judicial tiene la finalidad de controlar la exactitud de los hechos determinantes de la decisión; de este modo, se efectúa un control correlativo al ejercicio de las facultades discrecionales, que solo podría usarlas en el evento en que se compruebe la existencia de las circunstancias que integran el supuesto de hecho normativo (MARÍN HERNÁNDEZ, 2007: 329). Con ello, se le otorga al juez la posibilidad de desvincularse del análisis fáctico efectuado por la administración, y efectuar uno propio. Al respecto, el juez contencioso-administrativo colombiano, en un pronunciamiento aislado y en relación con la expedición, por parte de la CRC, de un reglamento que se pretendía fuera para la creación de política general de administración, indicó que

...la comisión al expedir la resolución 028 no formuló ninguna política general de Administración. Baste leer su texto para corroborar este aserto, ya que esa resolución es un reglamento contentivo de un procedimiento gubernativo completo para la selección de los operadores de larga distancia, con poderes definitorios y de disposición de tanta trascendencia como los de otorgar títulos habilitantes para la prestación del servicio; disponer restricciones en el número de los concesionarios u operadores de larga distancia; definir las calidades de los operarios; señalar el procedimiento para la expedición de las licencias; fijar las reglas para la interconexión y el uso del espectro electromagnético; precisar el régimen tarifario, etc., etc. El enunciado mismo de la aludida resolución muestra que la comisión con ese acto invadió la órbita del legislador, único competente para definir el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, según el art. 365 de la constitución... (Consejo de Estado, Sentencia del 25 de septiembre de 1999).

De este modo, para argumentar la intrusión de competencias legislativas por parte de la CRC, en el ejercicio de su facultad discrecional de "reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión", contenida en el literal D del artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994, determinó que a pesar de la existencia del sustento fáctico para la expedición del reglamento referido, no existía correspondencia con el supuesto normativo; y, por lo tanto, el análisis probatorio permitió establecer que los hechos no ameritaban la expedición de dicho reglamento.

Otra de las técnicas atiende al empleo de iii) los principios generales del Derecho, basado también en la sujeción de la actividad de la administración al Derecho, dentro de la cual se entienden comprendidos los valores jurídicos que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico y el valor informador, interpretativo y armonizador que se les atribuye (MARÍN HERNÁNDEZ, 2007: 367). Son diversos los principios que se relacionan con el cumplimiento de la actividad administrativa; a título de ejemplo, el principio de igualdad entendido, de manera estricta, como la obligación en cabeza del Estado de dar un tratamiento igual a situaciones de hecho iguales. Por lo tanto, cuando se introduce un elemento diferenciador, sin que exista fundamento racional, estaríamos ante una distinción arbitraria porque el trato desigual es innecesario para la protección de los bienes jurídicos y derechos constitucionales. En este sentido, se ha afirmado que el desconocimiento de los principios generales del Derecho constituye vicios jurídicos en el ejercicio de la discrecionalidad. En el caso de la CRC, el juez contencioso-administrativo ha indicado que

...el principio a la igualdad si bien ordena tratar de modo distinto a lo que es diferente, exige que haya una correspondencia o proporcionalidad entre las diferencias fácticas y las jurídicas; ese principio resulta violado cuando a una diferencia trivial se le atribuyen consecuencias jurídicas profundas [...] limitar el número de operadores equivale a establecer un requisito general a que deben someterse los operadores de los servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a usar las redes de Telecomunicaciones del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) numeral 3 del artículo 74 de la ley 142 de 1994 [...] los derechos a la libre competencia y a la igualdad tampoco se transgreden, con la fijación de tres concesionarios, porque: de una parte, todas las empresas con ese objeto social pueden participar en los procesos de selección del concesionario que garantizan, por su resultado, que no sólo una persona preste el servicio (libre competencia, que excluye el monopolio); y de otra parte, porque la Constitución señaló que la ley garantiza el derecho a la igualdad bajo el supuesto de estar bajo la misma situación..." (Consejo de Estado, Sentencia del 13 de julio de 2000).

Lo anterior constituye un claro ejemplo de remisión a los principios generales del Derecho para el control de las competencias discrecionales atribuidas a la CRC; en este sentido, el ejercicio del control judicial se ve respaldado en la inadecuada aplicación del principio de igualdad. Con todo, se afirma que las todas las decisiones de la administración deben ser susceptibles de control judicial, y se reconoce que el *soft law* puede ser el nuevo elemento determinante para proceder a efectuar el control, pues este trae consigo elementos que pueden llenar los vacíos e inconvenientes propios de la legalidad pura (ARIÑO ORTIZ, 2010).

En el caso colombiano, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en su artículo 44 –anterior artículo

36 del Decreto 01 de 1984— establece una suerte de límites legales a la competencia discrecional, sobre los cuales se debería conducir el control judicial. Expresamente dice “en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Es decir, existen dos límites a nivel legal para el ejercicio de competencias discrecionales: su finalidad y su causa; por tanto, la finalidad del acto administrativo proferido con base en competencias discrecionales tiene que estar establecida en la ley que atribuyó la función, y la decisión debe guardar relación de proporcionalidad con los motivos que la inspiran. En otras palabras, de conformidad con el CPACA, la determinación que se adopta debe guardar una medida o razón que objetivamente sea acorde con los supuestos fácticos que la originan. Una disposición normativa semejante no existe para los actos administrativos fundamentados en competencias regladas, pues en estos eventos simplemente se compara la actuación administrativa con la norma que lo reglamenta.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional (Sentencia C-1161-2000) al afirmar que

...el ejercicio de las potestades discrecionales se encuentra sometido a los principios que gobiernan la validez y eficacia de los actos administrativos, y se debe entender limitado a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados a la autoridad por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad administrativa sólo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto se ejecute en función de las circunstancias, tanto teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede....

Sin embargo, se supedita el control judicial de decisiones discrecionales a conceptos extremadamente amplios; la adecuación a los fines de la norma que la autoriza y la proporcionalidad con respecto a los hechos que le sirven de causa, son conceptos indeterminados que el juez contencioso-administrativo debe completar y aplicar a un caso concreto a la hora de efectuar el control; no obstante, constituye una tarea muy compleja fallar con un criterio objetivo de adecuación y proporcionalidad.

En virtud de lo anterior, y con miras a juzgar si una decisión de la administración basada en competencias discrecionales está ajustada a la ley (principio de legalidad), el ordenamiento jurídico colombiano, partiendo de lo establecido en el CPACA, da algunas luces de cómo se debería proceder. Primero, se debe establecer si la actuación fue proferida por la autoridad competente; en esta cuestión no hay lugar a interpretaciones, pues el funcionario es o no competente. Segundo, se debe evaluar el cumplimiento de los requisitos formales (notificación, citaciones etc.) para que de toda decisión administrativa produzca efectos; estos están reglados en el ordenamiento jurídico y dependen de cada

tipo de acto. Tercero, toda actuación administrativa debe estar motivada por una causa, esto es, una razón para tomar la decisión; por lo tanto, la ausencia de causa, su falsedad o su ilicitud faculta al administrado para impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuarto, toda actividad administrativa debe tener una finalidad acorde con la función administrativa que la inspira. Así las cosas, el ejercicio de competencias discrecionales siempre debe cumplir con un mínimo de requisitos y con el objetivo de cumplir los fines que se predicen del Estado y los propios de cada actividad administrativa.

Estos parámetros establecidos en el CPACA, idénticos a los establecidos en el derogado Decreto 01 de 1984, parecen ser muy claros y, por tanto, en la doctrina nacional se ha afirmado que, con base en ellos, al expedirse un acto administrativo habría una plena identificación entre la decisión y la normatividad que le sirve de sustento (razonabilidad), lo cual implica expresar los motivos que llevan a la administración a adoptar esa decisión, partiendo del contenido de la norma que otorga la competencia discrecional y llegando a la realidad fáctica (SANTOFIMIO GAMBOA, 2003: 52). No obstante, no es claro qué ocurre si esos motivos, de índole técnico, no los comparte el órgano jurisdiccional y, por el contrario, considera que esa argumentación técnica carece de credibilidad, razonabilidad, proporcionalidad y, por lo tanto, constituyen una arbitrariedad. Muchas veces la decisión puede ser la adecuada pero los motivos no la justifican o incluso la decisión puede no ser la mejor (en términos de racionalidad); sin embargo, la carga argumentativa es tan fuerte y adecuada que se respeta la decisión, y en este sentido se exige que el control judicial tenga una carga argumentativa igual de profunda, fundamentada en elementos como la representación democrática, la interpretación previa y la debida justificación de las decisiones (VARGAS-CHÁVEZ, 2013); ello sin obviar que se sigue a la sombra de la indeterminación de muchos conceptos y salta a la vista una real preocupación para establecer tanto los límites de la actividad regulatoria como los alcances reales del control judicial. Es decir, a pesar de la referencia del artículo 44 del CPACA, en el Ordenamiento Jurídico interno no existen parámetros claros para concretar esos criterios teóricos de control de los actos discrecionales²³.

23 La doctrina ha hecho un gran esfuerzo teórico para llenar de contenido los parámetros abstractos que establece la ley (art. 44 del CPACA, anterior art. 36 del Decreto 01 de 1984). Al respecto se ha afirmado que "...la Administración debe expresar necesariamente las razones que la llevan a adoptar una determinada decisión dentro del amplio esquema de posibilidades que el ordenamiento le otorga. Esa relación necesaria, lógica y congruente entre lo decidido con lo permitido y la realidad de los hechos, que debe quedar expresada en el respectivo acto administrativo, no solamente constituye a la luz de la doctrina contemporánea una garantía de seguridad jurídica para el ejercicio de competencias discrecionales, sino que proporciona de igual manera los elementos necesarios para el ejercicio de los controles naturales sobre dichas decisiones en la medida en que permite visualizar la equivalencia, adecuación y más lógica y justa tipificación entre los presupuestos del ordenamiento ju-

Ahora bien, el análisis del tratamiento que en la jurisprudencia contencioso-administrativa colombiana se les da a las decisiones administrativas que se fundamentan en competencias discrecionales y cuyo contenido es fuertemente técnico ya ha sido abordado (MARÍN HERNÁNDEZ, 2007: 934-962). Al respecto, se concluyó que la jurisprudencia en la materia no es uniforme. En algunos casos, y si se quiere en la mayoría, el juez contencioso-administrativo colombiano ha optado por respetar las decisiones administrativas de contenido técnico, es decir, ha reconocido la existencia de márgenes donde el control judicial a su cargo no puede llegar, porque las decisiones administrativas han sido tomadas bajo la atribución de la denominada discrecionalidad técnica. En otros casos, si bien el juez ha admitido la preferencia por la decisión técnica de la administración, precisa enseguida que ello no implica una inmunidad al control judicial o la imposibilidad de impugnación judicial por el administrado, y mucho menos un impedimento para recurrir a la prueba científica (dictamen pericial) con miras a controvertir la valoración técnica de la administración.

De este modo, vale la pena traer a colación las consideraciones de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia, que al estudiar la cabida de la denominada discrecionalidad técnica y los alcances de su control judicial—apartado 2.4.2 (Sentencia del 31 de octubre de 2007) determinó lo siguiente: a) La jurisprudencia constitucional colombiana no ha mantenido una línea uniforme al abordar el tema de la cabida del control judicial de las competencias discrecionales de la Administración pública. b) en algunas decisiones ha afirmado que al juez contencioso-administrativo no le es posible controlar los aspectos técnicos de las decisiones administrativas; por tanto, ha negado la cabida del reemplazo de la determinación técnica por un concepto científico de otra índole, verbigracia, un peritaje dentro del proceso judicial; c) sin embargo, en algunos fallos la Corte Constitucional ha reconocido la procedencia, e incluso necesidad, de realizar un control judicial de fondo de los criterios técnicos empleados por la administración acudiendo, ahora sí, al acervo probatorio y a la prueba pericial como elementos que permiten cuestionar, según las reglas de la sana crítica, la decisión adoptada en sede administrativa²⁴.

Con base en lo anterior, la Sala sienta su posición al establecer que "...la naturaleza técnica de las decisiones administrativas, incluso, el reconocimiento de la posibilidad de existencia de márgenes de apreciación o de discrecional-

ridio y la realidad fáctica". No obstante, dichas consideraciones se siguen quedando en el plano teórico y no se ha logrado una concreción real; la pretendida seguridad jurídica que se derivaría de la aplicación de esos criterios no es muy evidente y mucho menos han constituido parámetros claros para la fiscalización judicial de las decisiones que se basan en competencias discrecionales (ver SANTOFIMIO GAMBOA, 2003: 52-53).

24 En este sentido, ver Corte Constitucional, sentencias C-031-95; C-333-99; T-982-04; T-265-13, entre otras.

lidad para su adopción, de ninguna manera se traduce en la consagración de ámbitos de actividad de la Administración inaccesibles al control por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo...". En este sentido, y acorde con las exigencias del modelo constitucional y la garantía de acceso a la justicia de los administrados, se afirma que en Colombia el escenario probatorio propio de un procesos judiciales permitiría al juez y a las partes obtener el convencimiento de que el fallo judicial se soporta en la valoración integral de todo el material probatorio allegado, y por tanto, la labor jurisdiccional no estaría sometida a la determinación técnica adoptada por la administración ni al concepto contenido en el dictamen parcial. Por último, se morigeran las implicaciones prácticas de la cabida de un control judicial en todos los casos, y se afirma que "...en consideración a las particularidades de cada caso concreto y a la naturaleza y complejidad de la cuestión técnica debatida, el control judicial que se lleve a cabo puede tener una intensidad diversa...", el cual depende de la extensión del principio de legalidad, es decir, de que la norma otorgue de manera clara la posibilidad de escoger entre distintas soluciones igual de eficaces o que la norma no haya establecido un tipo de decisión técnica válida, evento último en el que deberá escoger la solución más adecuada de acuerdo al interés público.

Entonces, este vistazo amplio del tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad técnica, nos da algunas luces acerca de la cabida y tratamiento del control judicial al que estarían sometidas las decisiones técnicas adoptadas por la CRC. Escenario que no otorga un camino unívoco y pacífico para resolver el problema de la cabida y/o pertinencia del control judicial de la actividad del regulador de las comunicaciones en Colombia. A pesar de cierta claridad teórica, subsisten algunos inconvenientes de orden práctico para aterrizar en los casos concretos los límites teóricos al ejercicio de la regulación, los cuales deben ser pautas tanto para los reguladores como para el juez en su labor fiscalizadora.

Ahora bien, vale la pena hacer unos comentarios sumarios y precisos, acudiendo a referencias de las corrientes de la doctrina jurídica española, sobre la intensidad del control judicial de la discrecionalidad administrativa. El tema tiene sus cimientos en la tensión existente entre la garantía de tutela judicial efectiva, en nuestros términos de acceso a la justicia, y la realización eficaz de las actividades administrativas. Así, se afirma que, a pesar de las diferencias, existen puntos de convergencia entre las doctrinas contrapuestas; a saber, se admite la posibilidad de controlar el despliegue de actividades discrecionales mediante un examen de la motivación de la decisión, de los denominados hechos determinantes y de la congruencia de la decisión con dichos hechos y motivos (DESCALZO GONZÁLEZ, 2011: 65). Igualmente, se concluye que el irrespeto de los anteriores criterios conlleva solo la nulidad, en sede judicial, del acto administrativo, y que excepcionalmente cabría la sustitución de la decisión Administrativa, en el evento en que la discrecionalidad quede reducida a cero (MARÍN HERNÁNDEZ, 2002). En el ordenamiento jurídico español

se creó una norma jurídica –artículo 71.2 de la Ley 29/1998– que implica la imposibilidad para los órganos judiciales de remplazar el contenido discrecional de la decisión administrativa (Jefatura del Estado Español, 1998); sin embargo, la doctrina ha entendido que la discrecionalidad puede desaparecer –quedar reducida a cero– cuando en el trámite procesal se elimina cualquier otra alternativa de elección, o se prueba que la elegida es arbitraria. Ahora bien, existen puntos de discrepancia como: i) algunos hacen más énfasis en la necesidad de eliminación de la arbitrariedad administrativa en el despliegue de competencias discrecionales, es decir, la preocupación gira en torno a la garantía y defensa de los derechos del conglomerado (FERNÁNDEZ, 2008: 80); en este sentido, se hace una férrea distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad, indicando que la motivación de los actos administrativos y la necesidad de una justificación objetiva constituyen elementos idóneos para deslindar los dos conceptos; ii) otros, a su turno, enfocan su interés en limitar y controlar el activismo judicial en relación con el control de los actos administrativos que se fundamentan en competencias discrecionales (PAREJO ALFONSO, 1993), enfatizando en que el único límite del juez contencioso-administrativo en su labor fiscalizadora es el ordenamiento jurídico mismo. Por lo tanto, la ausencia de comprobación de una infracción jurídica impide al juez la asunción de cualquier competencia sobre el acto administrativo discrecional; es por ello que se le otorga gran importancia a la densidad de la programación normativa efectuada por el legislador en relación con la actividad de la administración.

En este contexto, es claro que a la administración pública se le ha otorgado, en casos específicos, un poder de decisión, la mayoría de las veces discrecional, que se debe enmarcar dentro del principio de legalidad. Este escenario se evidencia en la administración-reguladora donde el legislador, generalmente, otorga amplios márgenes de decisión al órgano regulador. Lo anterior se debe, en gran medida, a la incapacidad pragmática de los parlamentos para prever y dar respuesta a las grandes problemáticas que la política económica plantea (ARIÑO ORTIZ, DE LA CUÉTARA y DEL GUAYO CASTIELLA, ob cit.: 367). Es más, incluso cuando el legislador opta por desarrollar *motu proprio* materias en las que no tiene un amplio conocimiento, se evidencian grandes problemas en la técnica legislativa, se otorgan poderes amplísimos a los reguladores, verbigracia a la CRC, que son una mezcla de facultades jurisdiccionales, sancionatorias, normativas, etc. Sin embargo, no se evalúan las implicaciones prácticas de estos poderes, no se armonizan con el resto del ordenamiento jurídico. Lo anterior genera un problema de índole estructural, pues el regulador puede hacer todo lo imaginable y la concreción de esas facultades carece de criterios claros; se envuelve en el manto de la discrecionalidad cuya valoración se da igualmente con base en criterios amplísimos y de difícil determinación racional. En suma, nos encontramos que la CRC es una entidad con grandes facultades, es decir, con gran poder, pero carente de marcos claros de actuación, lo cual implica que el eventual control judicial sea igual o más fluctuante e inestable.

CONCLUSIONES

1. La intervención estatal sobre la economía mediante la regulación económica sigue sin ser muy bien entendida, tanto en el ámbito del Derecho comparado como en el Derecho interno. En razón de ello, las construcciones que se deberían soportar en el adecuado entendimiento de la actividad han sido poco desarrolladas; en consecuencia, se ha tenido que recurrir a la teoría general del Derecho administrativo con el objeto de explicar las implicaciones y alcances del control judicial de las decisiones y determinaciones regulatorias. Lo anterior, sin tener en cuenta que las importantes particularidades del despliegue de la regulación sectorial impiden que se haga un simple traslado del tratamiento de los actos administrativos generales de la administración, de cualquier otro escenario, a los actos administrativos proferidos en ejercicio de las funciones regulatorias. El contenido funcional de la actividad regulatoria implica un desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario con una lógica propia; por tanto, partiendo del carácter interdisciplinario (economía, nuevas tecnologías, econometría, sociología, etc.) de la misma hace que se quiera dotar de amplísimos poderes a la administración-reguladora; sin embargo, pocas veces se tiene en cuenta que los poderes discrecionales implican establecer unos marcos claros de despliegue. Estos últimos se han quedado cortos, pues se fundamentan en juicios de razonabilidad, proporcionalidad y no arbitrariedad que son de difícil concreción, tanto en la faceta previa en cabeza de la administración-reguladora, como en el control judicial posterior de esas valoraciones administrativas. El principal inconveniente radica en que en los eventos en los cuales se justifica la intervención judicial plena, se hace alusión a estos criterios (razonabilidad, arbitrariedad y proporcionalidad) en abstracto. Es decir, los elementos sobre los que se basaría el análisis judicial son casi tan amplios e indeterminados como las mismas funciones discrecionales (técnicas) que le fueron otorgados al regulador. Ello explica la dificultad del operador judicial a la hora de hallar el elemento de proporcionalidad o razonabilidad en una determinada decisión, pues a pesar de los intentos de hacer objetivos estos juicios, en la mayoría de las ocasiones, se terminarían profiriendo las decisiones judiciales con fundamento en consideraciones y valoraciones subjetivas. En suma, si el ejercicio *per se* de las competencias discrecionales implica una labor valorativa bastante compleja, es casi igual de complejo para el juez analizar esas decisiones, sin tener el conocimiento y la *expertise* requeridas; por tanto, también se corre el riesgo de que la determinación judicial se torne arbitraria.
2. Es claro que la CRC, desde una perspectiva material, es la titular de la actividad regulatoria en el sector de las telecomunicaciones en Colombia. La rápida revisión de las funciones a ella otorgadas nos da a entender

- que cuenta con un amplísimo poder, difícil de esquematizar, y en virtud del cual debe ejecutar una multiplicidad de actividades concretas, entre las que se encuentran la expedición de actos administrativos de carácter general, la resolución de conflictos, la regulación del acceso a las redes, la definición de las instalaciones esenciales, entre muchas otras. Esta amplia gama de funciones pone de manifiesto que la perspectiva funcional de la CRC debería tener un mayor peso en los análisis de la pertinencia del control judicial de los actos por ella proferidos. Lo anterior, sobre la base de que queda pendiente llevar a cabo el examen de las implicaciones de su naturaleza orgánica como unidad administrativa especial sin personería jurídica adscrita al Ministerio de las Comunicaciones, es decir, evaluar si su teórica autonomía funcional basta para que lleve a cabo a plenitud sus actividades, o si es necesario establecer una independencia orgánica; de este modo, entender la dimensión real de la autonomía que se le atribuye actualmente.
3. La actividad de regulación económica se sustenta en normatividad que podría ser catalogada de compleja, es una mezcla de presupuestos tecnológicos (técnicos), análisis económico y distintas ramas del Derecho (privado, constitucional, administrativo, etc.), todo lo cual debe desarrollarse en un escenario impregnado de política. Aunado a lo anterior, los sectores regulados están sometidos a constantes mutaciones, lo que implica la constatación de alteraciones sustanciales tanto en el funcionamiento del sector como en la regulación del mismo. En este sentido, es necesario tener claro que la regulación se desarrolla en un doble plano: teórico y práctico. El primero es el definidor de las reglas de juego (derechos y deberes de autoridades y particulares), el cual conviene que sea estable, claro y equilibrado; debe contener principios y no tantas reglas de solución específica, pues es imposible establecer en abstracto respuestas particulares a la multiplicidad de conflictos que ofrece la realidad, sin perder de vista que la imprecisión de la norma legal y el gran número de conceptos jurídicos indeterminados, dificulta el control judicial e, incluso, genera problemas a la administración para determinar sus atribuciones. Es decir, por naturaleza se deben establecer criterios flexibles de actuación en función de los objetivos y circunstancias de cada mercado, en cada momento. Ahora bien, en la faceta práctica es relevante la calidad del regulador, de tal modo que ante la imposibilidad e inexistencia de solución legal *ex ante*, se proceda a dar una aplicación armónica y coherente a normas con un contenido tan amplio y flexible (discrecionalidad). Por lo tanto, es importante reducir al máximo la posibilidad de que el ejercicio de competencias discrecionales se convierta en arbitrariedad, parcialidad o inseguridad en las decisiones de la administración-reguladora.

4. La referencia jurisprudencial planteada permite evidenciar la gran dificultad que existe en pretender dar un tratamiento judicial uniforme a las decisiones proferidas por la administración-reguladora. De este modo, la pertinencia del control judicial de la actividad discrecional de la administración se debe analizar en dos situaciones, esto es, casos en los que la administración tiene la posibilidad de decidir optando por varios caminos igual de eficaces, o casos en los cuales, al no existir alguna solución certera científicamente hablando, decide escogiendo la alternativa más adecuada para el interés general. En el primer evento, la valoración y actuación es medianamente fácil, pues en el contexto de la extensión del principio de legalidad se acude a elementos reglados, lo cual dota a la administración-reguladora de parámetros claros para defender la alternativa que escogió. Sin embargo, en el segundo de los escenarios, se evidencia uno de los principales inconvenientes anotados, esto es, la indeterminación del marco de valoración de las actuaciones técnicas de la administración, el concepto de "adecuado al interés general" es muy volátil y dificulta la faceta práctica de la toma de decisiones y del control judicial. De nuevo ante la incertidumbre de la discrecionalidad, rodeada de conceptos indeterminados, se obstaculiza un análisis objetivo del cumplimiento de las finalidades establecidas. Esta consideración aplica para las decisiones adoptadas por la CRC como por la administración en general, es decir, en cualquiera de los escenarios en que la ciencia no haya establecido con certeza al menos una solución eficaz.
5. Toda competencia administrativa, sea reglada o discrecional, debe ser atribuida por el ordenamiento jurídico; por lo tanto, no hay discrecionalidad por fuera de la ley, y en el evento en que el ejercicio de la facultad desborde la legalidad, el juez contencioso-administrativo tiene plena competencia para juzgar esa situación remitiéndose a los elementos reglados con los que fue atribuida la competencia correspondiente. El control judicial así planteado se percibe sencillo; no obstante, es realmente difícil de llevar a términos prácticos, por lo cual se exige que las normas atributivas de competencias sean lo más claras posibles, que incluso en los eventos en los cuales se requiera acudir a la aplicación de criterios técnicos, la administración tenga mediana claridad con respecto al contenido de las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso. Si bien es imposible que la norma aborde todas las soluciones posibles, y se presenten eventos en que el desarrollo de la ciencia y la técnica no permite identificar una solución técnica corroborarle, es menester que en esos casos la técnica legislativa y normativa, que es muy defectuosa no solo en el ámbito de la regulación económica, sea ejecutada adecuadamente a fin de que la competencia no sea atribuida de una forma tan volátil (tan amplia que no se pueda concretar su despliegue). A su turno, que la administración detente herramientas

que le permitan decidir, a pesar de la existencia de múltiples soluciones que carecen de comprobación técnica. Lo anterior, de tal forma que la motivación de la decisión sea fiscalizable judicialmente bajo criterios homogéneos y menos abstractos.

6. De conformidad con la recopilación doctrinaria y el rápido vistazo jurisprudencial, se podría afirmar que el debate probatorio empieza a ser tomado como un escenario apto para que se evite una intromisión arbitraria de la jurisdicción en las decisiones técnicas atribuidas a la administración. En este sentido, un camino para controlar la denominada discrecionalidad técnica que se le puede atribuir a la CRC, y al cual ha acudido en algunas oportunidades el juez contencioso-administrativo colombiano, es la confrontación de las decisiones así tomadas con dictámenes periciales que le permitan al juez fiscalizar la decisión técnica con asiento en los mismos insumos científicos utilizados por la administración. Lo anterior, puesto que las dos apreciaciones técnico-científicas pueden ser valoradas según la sana crítica por el juez, en su condición de tercero, imparcial frente a las partes. No es más que recurrir al abanico de herramientas probatorias que contiene el régimen procesal colombiano en su sección tercera, donde se incluye el dictamen pericial como un medio de prueba legal y válido (Congreso de la República de Colombia, 2012).

De este modo, si bien el escenario probatorio sería la mejor solución a la luz de las exigencias democráticas de garantía de acceso a la justicia y del Estado Social de Derecho, queda sin resolverse el problema relacionado con dotar de contenido claro a una multiplicidad de conceptos que precisamente serían objeto de prueba, verbigracia, elementos que permitan objetivamente determinar que un juicio técnico ha sido arbitrario y atentatorio de la proporcionalidad o razonabilidad que se le exige. Sin duda, esta indeterminación de parámetros pone en duda la pretensión de certeza en la toma de la decisión administrativa y el posterior control judicial. En este sentido, la solución más acorde sería idear mecanismos que, sin desconocer la garantía de acceso a la justicia de los administrados, eviten que la determinación de la idoneidad (razonabilidades y proporcionalidad) de las decisiones técnicas de la administración quede sometida a valoraciones subjetivas plasmadas en los fallos judiciales, es decir, no siempre la última palabra proferida por los jueces es la adecuada para los fines de la actividad fiscalizadora. Sin afirmar la incompetencia de los jueces, se debe cuestionar ¿quién controla al juez que fiscaliza a la administración? Se debe tener en cuenta que el control de la actividad judicial es realizada por otro juez (*ad quem*) que posiblemente tendrá las mismos inconvenientes de orden práctico para realizar el control de la administración que tuvo el *ad quo*. Por tanto, los criterios que debería tener el órgano jurisdicción para efectuar el control

deben ser muy claros y concretos, de tal forma que el sistema de *checks and balances* funcione adecuadamente; sería ideal que el juez tuviese claros los criterios objetivos con base en los cuales se tomó la decisión de contenido técnico, y que la administración conociera los marcos sobre los cuales va a ser fiscalizada su actividad, procurando que los criterios fueran los mismos para ambos eventos.

7. En razón de los intereses en juego, en la actividad desplegada por la CRC y por las demás entidades encargadas de la regulación económica sectorial, el ejercicio de estas competencias debe estar enmarcado en el principio de legalidad, es decir, debe existir un derrotero de actuación y paralelamente debe ser razonable, lo que implica que la competencia –sea discrecional o no– debe estar en equilibrio con los intereses regulados. Los entes reguladores están dotados de marcos de actuación flexible, para que con base en un conocimiento especializado, resuelvan las controversias y problemáticas que se susciten en sectores económicos estratégicos; no obstante, estas afirmaciones que parecen concordantes con el modelo de Estado Social de Derecho y con las exigencias propias del modelo constitucional son muy etéreas, por lo cual se hace difícil la faceta práctica de la actividad regulatoria. Entonces, con la pretensión de delimitar el poder de actuación de la administración-reguladora, se podría acudir a delimitar más minuciosamente los márgenes de actuación que acompañan el ejercicio de ese poder regulatorio, así se homogeneizaría la tarea de los reguladores, con lo cual sedaría más luces a un control judicial objetivo.
8. En virtud de las condiciones propias de la actividad regulatoria (neutralidad, independencia o autonomía, complejidad, tecnicidad, etc.) y sin entrar al análisis de si existen en realidad o no dichas condiciones u elementos, es menester no recaer en extremos, es decir, no llegar a defender a ultranza un campo de decisiones administrativas inmunes al control judicial (la imposibilidad de fiscalización jurisdiccional) y tampoco afirmar que absolutamente todas las decisiones de la administración son fiscalizables y sustituibles por el juez. Ambas situaciones son atentatorias de los postulados del Estado Social de Derecho y de las exigencias del modelo democrático actual. Por lo tanto, se requiere establecer parámetros normativos (no solo en leyes en sentido estricto) claros que permitan que el despliegue de la actividad regulatoria previa sea adecuado a ellos, y que en el evento de la fiscalización jurisdiccional el juez pueda objetivamente basarse en los mismos marcos para valorar la decisión técnica de la administración; en otras palabras, se requiere procurar reducir la indeterminación terminológica y conceptual reinante en la actividad regulatoria, para, así, generar cierto grado de seguridad y certeza jurídica para el regulador, para los regulados y para el juez.

9. El choque entre la garantía de acceso a la justicia y las finalidades de la actividad de regulación implica que no se pueda dar una solución en abstracto. Por lo tanto, la configuración de las funciones debe ser tal que la comprensión y límites de la competencia discrecional sean entendidos, tanto por el regulador como por el juez, a efectos de disminuir el riesgo de adoptar decisiones arbitrarias, a niveles administrativo y jurisdiccional. Lo anterior se podría lograr, como se ha expuesto, con un mayor desarrollo normativo de los parámetros de ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos encargados de la regulación económica, procurando reducir al mínimo la inclusión de conceptos indeterminados.
10. Del derrotero histórico del tratamiento, a nivel doctrinario y jurisprudencial, de las actividades discrecionales de la administración, podría afirmarse que el problema no solo sería la deferencia respecto de los reguladores, sino una generalizada deferencia a favor de la administración cuando el asunto reviste cierta complejidad técnica. A este gran respeto, contribuye el deficiente uso de las técnicas judiciales de control de la discrecionalidad, generalmente basada en el mismo desconocimiento de la cuestión técnica. Por lo tanto, y con miras a determinar si existe o no deferencia por la actuación técnica (en los sectores estratégicos sometidos a regulación económica) por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa colombiana, sería pertinente efectuar un análisis de la jurisprudencia en torno a la prosperidad de acciones de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del Derecho, en materias de competencia de la CRC y de otros órganos encargados de la regulación económica, para evaluar los fundamentos teóricos y prácticos con base en los cuales el juez ha resuelto estos procesos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, G. (mayo-agosto de 2010). "El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho", en *Revista de Administración Pública*(128), 9-37.
- ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA, J. y DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2012). "El control judicial de las entidades reguladoras. Operaciones de concentración de empresas. Intervención de entidades de crédito. La necesaria expansión del Estado de Derecho", en G. ARIÑO ORTIZ, J. M. DE LA CUÉTARA e I. DEL GUAYO CASTIELLA. *Regulación Económica. Lecturas Escogidas*. Pamplona. España: Aranzadi S.A.
- BETANCOR, A. (2010). *Regulación: Mito y Derecho*. Navarra. España: Aranzadi S.A.
- CARVAJAL SÁNCHEZ, B. (Primer semestre de 2013). "¿Cómo asegurar la calidad regulatoria?", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* (9), 41-62.

- CHEVALLIER, J. (2011). *El Estado posmoderno*. (O. PÉREZ, trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CORDÓN MORENO, F. (Septiembre de 2003). "El control judicial del uso por la administración de sus facultades discrecionales", en *Revista jurídica de Castilla y León* (1), 141-169.
- DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2011). *La noción de Derecho administrativo en España: algunas cuestiones de reciente actualidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ESTEVE PARDO, J. (2009). "La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional", en Autores Varios. *Regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel.
- FERNÁNDEZ, T. (2008). *De la arbitrariedad de la administración* (5ª ed. ampliada). Pamplona: Aranzadi S.A.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, L. (2012). "El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control", en *Revista Jurídica de Castilla y León* (26), 211-258.
- GIL BOTERO, E. (Segundo semestre de 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° 3, 7-29. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MAGIDE HERRERO, M. (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.
- MALAGÓN PINZÓN, M. (Enero-Junio de 2007). "El control de la administración pública en Colombia durante el siglo XIX y comienzos del siglo XX", en *Estudios Socio-Jurídicos*, 9 (1), 154-165.
- MARCOU, G. (2011). "Regulación, servicios públicos e integración europea en Francia", en Autores Varios, *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional* (Universidad del Rosario, trad., vol. II. Experiencias europeas). Bogotá: L'harmattan. Universidad del Rosario.
- MARÍN HERNÁNDEZ, H. (Diciembre de 2002). "El debate sobre el alcance y los límites del control judicial del ejercicio de la discrecionalidad administrativa en la doctrina española", en *Revista Derecho del Estado* (13), 133-149.
- MARÍN HERNÁNDEZ, H. (2º semestre de 2009). "'Norma regulatoria': ¿mito o realidad?", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n° 3, 31-70. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

MARÍN HERNÁNDEZ, H. A. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

MONARD-DEVILLER, J. (2010). *Curso de Derecho Administrativo* (1ª ed. en español). (Z. RINCÓN ARDILA, y J. C. PELÁEZ GUTIÉRREZ, trads.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

MONTAÑA PLATA, A. (2010). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PAREJO ALFONSO, L. (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos.

ROMERO PÉREZ, J. (1999). *Derecho Administrativo General*. Costa Rica: EUNED.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ª ed., vol. II). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

VARGAS-CHÁVEZ, I. (2013). "Elementos doctrinales para el estudio de la argumentación como eje del control judicial", en *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores* (II), 235-245.

VIDAL FERNÁNDEZ, J. (2010). "La Comisión de Regulación de Comunicaciones: su naturaleza y significado en la organización institucional colombiana a partir de la Ley 1341 de 2009", en Autores Varios, *Comentarios a la Ley de tecnologías de la información y las comunicaciones - TIC (Ley 1341 de 2009)* (pp. 541-570). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

VILLEGAS CARRASQUILLA, L. (2010). "Ley de TIC y la regulación de las telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones", en Autores Varios, *Comentarios a la Ley de tecnologías de la información y las comunicaciones - TIC (Ley 1341 de 2009)* (pp. 503-539). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado, Sentencia del quince (15) de noviembre de dos mil doce (2012) de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia, 2012707 (15 de noviembre de 2012).

Consejo de Estado, Sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007) de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de Colombia, 13.503 (31 de octubre de 2007).

Consejo de Estado, Sentencia del trece (13) de julio de dos mil (2000) de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia, 253072 (13 de julio de 2000).

Consejo de Estado, Sentencia del veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999) de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia, 246544 (25 de septiembre de 1999).

Corte Constitucional, Sentencia T-265-13, Expediente T-3347202 (8 de mayo de 2013).

Corte Constitucional, Sentencia C-186-11, Expediente D-8226 (16 de marzo de 2011).

Corte Constitucional, Sentencia T-982-04, Expediente T-916680 (8 de octubre de 2004).

Corte Constitucional, Sentencia C-150-03, Expediente D-4194 (25 de febrero de 2003).

Corte Constitucional, Sentencia C-1161-00, Expediente D-2851 (6 de septiembre de 2000).

Corte Constitucional, Sentencia C-333-99, Expediente D-2217 (12 de mayo de 1999).

Corte Constitucional, Sentencia C-031-95 de la Corte Constitucional de Colombia, Expediente D-676 (2 de febrero de 1995).