

Presentación

HÉCTOR SANTAELLA-QUINTERO¹

Después de varios números con carácter cuasi-monográfico, dedicados en buena parte al examen de temas neurálgicos para el estudio del derecho administrativo (sus antecedentes históricos en el derecho romano, la estructura administrativa, la contratación pública, la intervención del Estado en la economía o la función de regulación económica), este volumen de la *Revista digital de Derecho Administrativo* presenta una rica y provechosa pluralidad temática. Con textos de notable interés y actualidad, el n.º 18 de la publicación ofrece al lector escritos sobre la Parte general del derecho administrativo, el derecho de organización, el derecho administrativo económico, el derecho del consumo, la responsabilidad del Estado y el derecho administrativo sancionatorio. Una clara muestra de los amplios confines del derecho administrativo actual y una grata evidencia de la saludable dinámica que registran en Colombia su Parte general y los distintos sectores que integran su Parte especial. No es procedente, por lo tanto, realizar una presentación general de esta edición estructurada en torno a una idea fuerza o a un único problema de investigación. Por ello, en las líneas que siguen se avanzan algunas de las ideas y conclusiones fundamentales de cada texto, no con el ánimo de "arruinar la película" del lector (contándole cómo termina), sino, por el contrario, de avivar su interés respecto de cada uno de los artículos reunidos en esta edición. Dada la afinidad temática de varios de ellos, han sido agrupados en secciones, tal como han sido presentados en la tabla de contenido.

El primer bloque, dedicado a la Parte general de esta disciplina, lo conforman tres artículos: el primero de ellos, de Ronald Pacheco Reyes, está dedicado al estudio de las diferentes aproximaciones doctrinales al objeto del derecho administrativo. Partiendo de una interesante perspectiva sistémica, el autor analiza los criterios tradicionales de identificación del objeto de esta materia (subjetivos, objetivos y mixtos), evalúa y enjuicia su evolución, explora sus implicaciones y concluye de manera persuasiva, resaltando el talante democrático y la enorme adaptabilidad de esta normativa, que dada su permanente

1 Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España. Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: hector.santaella@uexternado.edu.co. Para citar el artículo: SANTAELLA-QUINTERO, H. "Presentación", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 7-11. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.02>

evolución y apertura al cambio, "no hay teorías verdaderas y/o falsas, sino teorías plausibles en determinado contexto". El segundo de los textos de este primer bloque, de los profesores Yezid Carrillo y Milton Pereira, se ocupa de la incidencia del principio de proporcionalidad y las teorías de la argumentación jurídica sobre el ejercicio de las potestades discrecionales. En concepto de los autores, la incidencia de aquel principio sobre esta clase de facultades es de tal magnitud que exige la reconfiguración de las teorías que se han ocupado de este asunto, clásico y vertebral para el derecho administrativo, toda vez que torna en "potestades regladas encubiertas" determinaciones que tradicionalmente se han remitido a una amplia libertad de valoración por parte de las autoridades administrativas. Por último, el tercer escrito que integra esta sección de la Revista, de Mario Aguilera Martín y Juan David Aponte González, analiza los antecedentes, elementos, efectos y principales problemas que ha originado la figura de la extensión de jurisprudencia, incorporada a nuestro derecho positivo por la Ley 1437 de 2011. Con una postura fuerte de defensa del carácter vinculante de los precedentes jurisprudenciales (quizás demasiado, en mi concepto²), los autores abordan el estudio de cuestiones como la legitimidad del apartamiento administrativo frente a los precedentes y el tipo de sentencias susceptibles de fijar reglas extensibles en sede de este particular procedimiento, y examinan casos polémicos fallados por la jurisprudencia administrativa sobre esta materia, abogando siempre por una comprensión más flexible y garantista de este instituto.

El segundo bloque de artículos está dedicado al derecho de organización. En él se encuentran los trabajos de María Clara Garrido y de Catalina Larach del Castillo. El primero de ellos da continuación al estudio ya publicado por la autora en esta misma Revista sobre el régimen de las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia³. En esta segunda entrega se analizan las características funcionales y orgánicas de tales entidades, para concluir que, en virtud de los claros paralelismos existentes entre ellas y las unidades administrativas especiales y los establecimientos públicos, en nuestro país "la noción

- 2 En mi criterio, una posición similar a la planteada termina por desconocer el carácter heterogéneo de la función administrativa, toda vez que parte de una teórica (pero impracticable en la realidad) uniformidad de la sujeción de la Administración a las reglas que fija la jurisprudencia en sus decisiones. De aquí que resulte siendo criticable y que la Corte Constitucional haya tenido que replantearse su visión absolutista de la materia, inicialmente acogida, para abrir paso al legítimo apartamiento de las autoridades administrativas frente a los precedentes vigentes en las materias que deciden, tal como se plasmó en la sentencia C-816 de 2011. Sobre esta interesante controversia, puede verse SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR, "La sujeción de la Administración a los precedentes jurisprudenciales", en *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo* (Compilador: J. L. Benavides), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 141 y ss.
- 3 Véase GARRIDO GARRIDO, MA. CLARA, "Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 17, 2017, pp. 243-290.

de agencia no alude a una categoría de organización de la administración con características sustanciales diferentes a las de otras formas tradicionales de la administración". Y a la vista de esta realidad, formula interesantes propuestas para su fortalecimiento y la efectiva sustantivización de su régimen jurídico. El trabajo de Larach del Castillo está dedicado al estudio de las relaciones interterritoriales en los Estados federados y unitarios. A partir de la importancia innegable de las relaciones de cooperación intergubernamentales dentro de un Estado (cualquiera que sea su modelo de organización territorial), reforzada por las exigencias que en materia de descentralización eleva en la actualidad el principio democrático en aras de un apropiado reparto del poder, la autora resalta el papel que corresponde a los principios de cooperación y coordinación interadministrativa, lo mismo que de la planificación territorial, como elementos esenciales para el logro de los objetivos comunes a las distintas administraciones que conforman un Estado.

El tercer segmento de la Revista está dedicado al derecho administrativo económico. En él encontrará el lector dos escritos primordiales para comprender las particularidades del papel que desempeña hoy el Estado en el sistema económico, así como una de las líneas fundamentales de la disciplina jurídica de estas actuaciones: su preocupación por la promoción y defensa de la libre competencia. El primero de los textos, escrito por David Guinard Hernández, efectúa un estudio exhaustivo de la regulación económica como instrumento de dirección estatal de la economía. Luego de separar este instrumento específico (la regulación) del género (la intervención del Estado en la economía), el autor se consagra a la tarea de dibujar con claridad y rigor los perfiles esenciales y el contenido fundamental de esta nueva forma de actividad administrativa, que responde a los desafíos que la sociedad actual plantea a las autoridades en un entorno de recursos presupuestales escasos, desmonte de los monopolios públicos, privatización de las grandes empresas e infraestructuras públicas y notables compromisos sociales derivados de la cláusula de Estado social. Al hilo de la reconstrucción de esta figura capital dentro del derecho público contemporáneo, el autor advierte sobre los peligros para las libertades económicas que se derivan de la polisemia del concepto "regulación", apunta los riesgos que comporta la adopción sin adaptación de modelos foráneos y defiende una versión fuerte del control judicial sobre las decisiones de las agencias regulatorias, como contrapeso a la notable discrecionalidad con la que ejercen su actividad. El segundo artículo, de Barreto Cifuentes, explora las implicaciones del reconocimiento legal de la libre competencia económica como principio esencial dentro del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones. De este reconocimiento jurídico positivo el autor deriva la existencia del principio *pro competentia* como criterio hermenéutico esencial para la resolución de las diferentes controversias que se presentan en estos campos y evalúa y confronta a su luz decisiones concretas adoptadas por la administración y la jurisprudencia en estas materias. Sin duda

un análisis que, más allá de las conclusiones a las que arriba, resulta valioso y enriquecedor en sí mismo, por cuanto permite apreciar y examinar a fondo las hondas consecuencias del mandato constitucional y legal de promoción y tutela de la libre competencia económica; algo que no siempre parece estar claro para nuestros operadores jurídicos, pese a representar hoy por hoy un imperativo ineludible.

La cuarta parte, dedicada al derecho del consumo, presenta un artículo escrito por María Carolina Corcione, que analiza la responsabilidad de los empresarios por la seguridad de los productos de consumo. A partir de la conceptualización de lo que se entiende por un producto inseguro o defectuoso, la autora indaga sobre las obligaciones de los empresarios frente a las autoridades y a los consumidores cuandoquiera que se verifica alguno de estos supuestos, y sondea las facultades de que gozan las autoridades administrativas y judiciales para encarar estos eventos, esenciales para asegurar el respeto de los derechos de los consumidores y el correcto funcionamiento de un sistema que *ab initio* se caracteriza por las notables asimetrías entre productores y consumidores.

La quinta sección está consagrada a la responsabilidad del Estado. Frente a este tema clásico del derecho administrativo los lectores encontrarán un texto orientado a explorar un ámbito poco común, hasta ahora: el de la responsabilidad patrimonial del Estado por intervenciones de reasignación de sexo y adecuación genital temprana, de John Arturo Cárdenas y Juan David Velásquez. En su escrito, los autores esbozan algunas nociones clave para comprender este debate (como los de transexualidad y transgenerismo), exponen la jurisprudencia constitucional en relación con personas con desarrollo sexual diferente y personas transexuales, plantean algunos casos emblemáticos del derecho comparado y emprenden el análisis de la eventual responsabilidad patrimonial que le puede caber al Estado por intervenciones quirúrgicas a personas con ambigüedad genital o con desarrollo sexual diferente. Este último es sin duda un asunto en extremo delicado, no solo por la actualidad de la polémica sobre la defensa de los derechos de la comunidad LGTBI, sino en especial por el carácter irreversible de esta clase de cirugías y las condiciones de escasa información o ausencia de consentimiento informado con que suelen llevarse a cabo esta clase de intervenciones en niños, niñas y adultos intersex; algo que sin duda tendrá que cambiar, y para lo cual las resoluciones que adopten los tribunales que enjuician esta clase de casos resultarán decisivas.

El sexto apartado de la Revista está dedicado al derecho administrativo sancionatorio, con un estudio particular de gran interés y utilidad de Santiago Fajardo Peña, el cual aborda la problemática de la responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. Pese a las recurrentes referencias que se hacen en el mundo de la contratación pública a la eventual responsabilidad fiscal de los contratistas, son pocas las certezas que existen en torno a cuándo un particular colaborador de la administración ejerce gestión fiscal. Contrario a lo que suele

pensarse, no basta con celebrar un contrato cualquiera para que el contratista ejerza gestión fiscal. Este artículo emprende el estudio de esta importante cuestión e indaga sobre cuáles son los supuestos en los que, efectivamente, vía contrato, un particular deviene en gestor fiscal y puede ver comprometida su responsabilidad ante las autoridades a cargo de esta modalidad de control.

La sección final ofrece dos reseñas bibliográficas de enorme valor y pertinencia para la dogmática jurídico administrativa colombiana: la primera, de Irit Milkes Sánchez, presenta el sugestivo libro *La administración de la escasez: los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número* (Madrid: Marcial Pons, 2015), coordinado por los profesores Luis Arroyo Jiménez y Dolores Utrilla Fernández-Bermejo; un valioso esfuerzo doctrinal por tipificar, fundamentar y desarrollar los denominados actos de adjudicación (de derechos y recursos escasos) como una categoría jurídico-administrativa específica. La segunda, de Laura Anaya Quintero, analiza los principales aspectos y aportes del trabajo *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), de la profesora María Cecilia M'Causland; indagación rigurosa y crítica sobre uno de los aspectos más polémicos de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual del Estado en los últimos años.