

# UN RÉGIMEN JURÍDICO PROPIO PARA LAS ACTIVIDADES DE VIGILANCIA Y CONTROL

---

Claudia Jiménez Jaramillo

En la organización de los Estados democráticos contemporáneos, junto a las tres ramas tradicionales del poder público, se han venido estructurando “organismos paralelos” que también integran la administración pública, pero cuyas misiones exigen una cierta independencia del poder central justificada por los campos de acción de los mismos. En la mayoría de los casos, se trata de organismos técnicos, especializados en áreas de difícil intervención y donde están presentes grandes intereses económicos o sociales. Se trata en particular de los sectores financiero, bursátil, audiovisual, de la competencia, de las telecomunicaciones y de las libertades fundamentales, entre otros<sup>1</sup>.

Relativamente nuevas en el universo del derecho administrativo, las **Independent Regulatory Agencies** estadounidenses, las **Quangos (Quasi-Autonomous Non Governmental Organizations)** británicas, las **AAI (Autorités Administratives Indépendantes)** francesas y, en parte, las superintendencias y algunos de los OAI (Organismos Autónomos e Independientes) colombianos, nacen a partir de la necesidad de enmarcar ciertos sectores sensibles de la vida social que tocan de cerca las libertades fundamentales y las relaciones entre poderes de toda naturaleza. Si bien es cierto que la intervención del Estado sigue siendo necesaria para establecer las reglas aplicables y mantener el equilibrio entre los intereses sociales de un sector determinado, también es cierto que esta intervención a menudo conlleva amenazas para el libre desarrollo de la sociedad y de su actividad. La institución de las “autoridades independientes”, que actúan no obstante por cuenta y en nombre del Estado, pero fundamentalmente ajenas a toda jerarquía con respecto a los gobernantes, es un mecanismo que permite superar esta contradicción y conciliar estas dos preocupaciones mediante el ejercicio de una regulación especializada y por fuera del alcance de lo puramente político o de lo estrictamente particular. Se busca, entonces, evitar tanto el estatismo como el corporativismo.

En realidad, sólo se trata de la nueva forma de intervención del Estado contemporáneo. Es cierto: el Estado actual continúa siendo un Estado decididamente interventor en los aspectos más variados del desarrollo económico y social de las naciones modernas. Sólo que una nueva concepción del papel del Estado ha surgido: la del “Estado regulador” que, en lugar de prestar

directamente los servicios, permite su privatización y liberalización, a cambio de una regulación y un control ejercidos a través de autoridades competentes. En vez de tomar la forma de una injerencia directa y global en la economía y en la sociedad, esta misión pública se manifiesta a través de un intervencionismo indirecto, pero sobre todo, sectorial. **Indirecto**, porque la decisión unilateral, que en otros tiempos pudo haber sido el instrumento idóneo de intervención, ha sido remplazada por una lógica de incitación, discusión y negociación; indirecto, además, porque actualmente se utiliza un cierto número de actores externos –la mayoría profesionales concededores y/o involucrados en el tema– cuya coordinación de conjunto corresponde a una instancia de características igualmente técnicas e independientes, sin que sea necesaria la intervención inmediata y exclusiva del Estado; éste actúa por medio de sus representantes en la institución quienes, junto con los demás miembros y dentro de un marco de igualdad, establecen algunas veces la regulación y reglamentación, pero sobre todo la vigilancia y el control, en un determinado tema<sup>2</sup>. Intervencionismo **sectorial**, porque a través del mecanismo de las instancias independientes se pretende la protección de un orden público particular circunscrito a un sector determinado de la actividad económica y social.

La creación de tales autoridades dotadas de poderes de regulación, no solamente nace de la necesidad de hacer más eficiente la intervención del Estado contemporáneo, sino que también revela las íntimas relaciones existentes entre la evolución general de nuestras sociedades “técnico-liberales” y el fenómeno de la regulación, vigilancia y control. Hoy se hace evidente en el mundo moderno la importancia de la especialización y de la manera como ésta influye y modela la vida individual y colectiva. Esto justifica, desde un punto de vista de la estructura del Estado, la creación de organismos técnicos que disponen de amplios y profundos poderes: desde el establecimiento de las reglas hasta la represión de las infracciones a las mismas.

Vale la pena profundizar un poco en cuanto a lo que se entiende por regulación, reglamentación,

vigilancia y control, así como en cuanto a las autoridades competentes para ejercer cada una de estas funciones (1); para luego hacer énfasis en la misión de vigilancia y control y en la necesidad de reconocerle un régimen jurídico propio (2).

## I. FUNCIONES Y AUTORIDADES DE REGULACIÓN Y CONTROL

La **terminología** tiene a menudo sus razones de fondo. Mientras que en Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia el término “regulación” implica una misión integral de intervención en el sector (asesoría a los poderes públicos, reglamentación de la actividad, prevención y represión) por parte de las instancias independientes, en el derecho colombiano la función de regulación suele equipararse solamente con el ejercicio del poder reglamentario. No obstante, hay suficientes razones constitucionales para diferenciarlas: mientras que la **regulación** hace referencia a la “intervención” en un sector a través del establecimiento de las políticas generales y de la elección del modelo de desarrollo que se quiere seguir, la **reglamentación** significa la potestad de desarrollar una ley sin que ello implique una intervención para encauzar actividades, sino que se encuentra dirigida a establecer reglas que buscan aplicar en concreto normas superiores, usualmente leyes. El principal objeto, entonces, de la potestad reglamentaria, es hacer efectivo el cumplimiento de una ley. La función de **inspección, vigilancia y control** es una facultad de carácter operativo, que busca asegurar el respeto de la reglamentación expedida por los organismos competentes a través de mecanismos preventivos y represivos. Aunque generalmente las

<sup>1</sup> La determinación de los sectores considerados como “sensibles” para cada nación está íntimamente relacionada con las peculiaridades de cada actividad y con las realidades institucionales, históricas y culturales de cada país. Toda enumeración resulta entonces discutible.

<sup>2</sup> Colombia se caracteriza por el carácter unipersonal de la mayoría de sus organismos de control. En otros países la colegialidad es la regla, lo que consolida la independencia y profesionalismo de sus dirigentes para regular y controlar asuntos técnicos.

normas se refieren indistintamente a las facultades de control, vigilancia e inspección, o les dan un contenido y alcance diferente según la institución de que se trate, vale la pena tratar de diferenciar teóricamente estas nociones.

Podría afirmarse que la **misión de control** atribuida a algunas autoridades administrativas incluye facultades de tipo preventivo y represivo; puede entenderse entonces por **vigilancia**, la facultad de orden preventivo y permanente con el fin de instruir las instituciones en el cumplimiento de sus deberes, certificar o aprobar determinados actos y velar por el respeto de las normas aplicables al sector; por **inspección o supervisión**, el poder preventivo ejercido de forma ocasional, que se refiere sobre todo a la facultad de investigación de la autoridad; finalmente, hace parte de la misión de control, la facultad de **represión** a través de la imposición de una sanción.

En cuanto a las **autoridades competentes** para ejercer estas diferentes funciones, dos sistemas pueden plantearse: el existente en Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, en donde un sector calificado como sensible es intervenido a través de **un solo organismo competente** tanto para la regulación y reglamentación, como para el control. Allí se habla de autoridades “reguladoras” en sentido amplio, porque la misión de intervención a ellas asignada es integral: como organismo asesor de los poderes públicos, como ente que formula las políticas y establece las reglas aplicables a la actividad sometida a su vigilancia y como autoridad de control preventivo y represivo de los comportamientos que vulneren la estabilidad de su área específica.

No obstante, actualmente existen en el sistema colombiano situaciones en las que el organismo de control tiene igualmente a su cargo el ejercicio de funciones de reglamentación y de formulación de políticas. Es el caso de algunos ministerios, de la Comisión Nacional de Televisión y de la Superintendencia de Valores. En cuanto a esta última, por ejemplo, el artículo 189 de la Constitución de 1991 establece que pertenece al Presidente de la República, conforme a la ley, la “vigilancia

y el control” (facultad de carácter claramente administrativo –num. 24–), y la “intervención” en el sector financiero y de valores, competencia que le permite adoptar reglas de carácter general (facultad de naturaleza netamente reglamentaria –num. 25–). Además, el artículo 33 de la Ley 35 de 1993 (ley marco relativa a la intervención en la actividad financiera, bursátil y aseguradora), manifiesta que “(...) el Gobierno Nacional adoptará las normas de intervención de que trata el artículo 4º (intervención en el mercado de valores) de esta ley por conducto de la Sala General de la Superintendencia de Valores, así como las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Valores e Intermediarios...”. Es decir, que es a través de la Supervalores que el Presidente ejerce la regulación, la competencia reglamentaria y el control del mercado público de valores a la que hace referencia la Constitución<sup>3</sup>.

Sin embargo, esta es la excepción y no la regla en el derecho positivo colombiano, en donde rige un **sistema de separación de funciones** entre la autoridad que goza de la potestad de regulación o de reglamentación y aquella que ejerce el control.

*...una nueva concepción del papel del Estado ha surgido: la del “Estado regulador” que, en lugar de prestar directamente los servicios, permite su privatización y liberalización, a cambio de una regulación y un control ejercidos a través de autoridades competentes...*

En nuestro sistema, la **regulación** se lleva a cabo, por regla general, mediante el ejercicio de la función legislativa, expidiendo normas con fuerza de ley o, excepcionalmente, mediante el ejercicio de la función administrativa, expidiendo actos administrativos de carácter general. En el primer caso, las cumple el Congreso o el Gobierno, como legisladores ordinarios o extraordinarios, respectivamente. En el segundo caso, la cumplen ciertas autoridades como el Gobierno, la Junta Directiva del Banco de la República, la Comisión Nacional de Televisión y la Superintendencia de Valores. La función de **reglamentación**, ejercida entonces mediante la expedición de actos administrativos de carácter general, es cumplida por las autoridades administrativas con facultades reglamentarias (como el Gobierno, las asambleas departamentales, los concejos distritales y municipales, el Consejo Nacional Electoral, el Consejo Superior de la Judicatura y el contralor general de la Nación). En fin, la función de **control** (vigilancia, inspección y represión) de cada sector corresponde normalmente a los respectivos ministerios, a algunas unidades administrativas especiales (DIAN, Estupefacientes, Aeronáutica Civil), a algunos establecimientos públicos (ICFES, Coldeportes) y a todas las superintendencias. Sin embargo, el control de determinados sectores ha justificado la existencia de organismos aun más especializados, como la Contraloría General de la República (para el control fiscal de recursos públicos), la Procuraduría General de la Nación (control disciplinario de los funcionarios públicos) y Consejo Nacional Electoral (control de la organización electoral). A estos organismos especializados se les ha dado la categoría de **organismos autónomos e independientes** (art. 113 de la Constitución), llamados a cumplir otras funciones del Estado, diferentes a las correspondientes a las tres ramas tradicionales de los poderes públicos, en este caso, la función de control.

En el sector bancario, por ejemplo, la reglamentación es de competencia del Ministerio de Hacienda y el control le corresponde a la Superintendencia bancaria<sup>4</sup>; igualmente sucede en el sector

de los servicios públicos domiciliarios, en donde la reglamentación le corresponde a las comisiones de regulación y el control es confiado a la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios.

En cuanto a la **ubicación** de estas entidades en la estructura del Estado, el **organismo encargado de la reglamentación** es una autoridad desconcentrada o delegada (como las comisiones de regulación) o, en la mayoría de los casos, perteneciente a la administración central, a través de sus ministerios. Por otra parte, el **organismo encargado del control** (como las superintendencias, por ejemplo) hace parte, en principio, de la rama Ejecutiva del orden nacional, integrante del sector central, pero también desconcentrado de éste. En consecuencia, su **naturaleza jurídica** es la de una autoridad con autonomía administrativa y financiera, la mayoría de los casos sin personalidad jurídica, que cumple funciones de inspección y vigilancia, dependiente de un ministerio específico al cual se encuentra adscrita, y cuyas funciones fueron conferidas inicialmente por la Constitución al Presidente, pero atribuidas a ésta directamente por la ley (**desconcentración** interna o central)<sup>5</sup> o delegadas por el Presidente de la República previa autorización legal (**delegación** de funciones)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> La Corte Constitucional validó enteramente esta distribución de competencias en su sentencia C-397, diciembre 7 de 1995, pp. 31 a 35. En el mismo sentido Consejo de Estado, secc. 4ª, noviembre 24 de 1995, N° 7088, p. 29.

<sup>4</sup> Cuando hablamos de la Superintendencia Bancaria hacemos entonces referencia, en primer lugar, a la función de vigilancia y control de la actividad financiera, bursátil y aseguradora de competencia del Presidente (art. 189-24) la cual, por disposición de la ley (art. 10º de la Ley 35 de enero 5 de 1993 relativa a la intervención en la actividad financiera, bursátil y aseguradora), es ejercida a través de la Superintendencia. Por el contrario, en cuanto a la competencia reglamentaria el artículo 33 de la Ley 35 de enero 5 de 1993 prevé que "El Gobierno Nacional, ejercerá por conducto del Ministerio de Hacienda las facultades de regulación ordinarias asignadas actualmente a la Superintendencia bancaria y otros organismos...".

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-397, diciembre 7 de 1995; Corte Constitucional Sentencia C-496, septiembre 15 de 1998; y Consejo de Estado, secc. 4ª, noviembre 24 de 1995, exp. 7088, p. 29, M. P. J. E. Correa.

<sup>6</sup> Carlos Lleras de la Fuente y otros. Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia, 2ª ed., Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1992, p. 363.

Sin embargo, las superintendencias colombianas se caracterizan, en su conjunto, por ser organismos de vigilancia y control en ámbitos muy diferentes y de características jurídicas distintas. En efecto, las superintendencias se crearon a medida que las necesidades lo iban exigiendo y sin ninguna coherencia de conjunto; por demás, la Ley 489 de 1998 sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se limitó a legalizar la heterogeneidad de dichos organismos. Es fundamentalmente por esta razón que hoy existen superintendencias sin personería jurídica,<sup>7</sup> con personería jurídica<sup>8</sup> o con la categoría de unidad administrativa especial<sup>9</sup> y de facultades muy disímiles en cuanto a sus competencias. Una reflexión al respecto es entonces necesaria, teniendo como punto de partida la unidad de misión de dichos organismos: el control.

## II. LA ESPECIFICIDAD DE LA FUNCIÓN DE CONTROL

El fundamento de todos los poderes reconocidos a las superintendencias en particular es su **misión de vigilancia y control**. Dichos organismos tienen por función primera la obtención de dos objetivos principales: asegurar el respeto de la legislación en vigor (control de legalidad) y consolidar el desarrollo de las actividades protegidas evitando los riesgos que podrían poner en peligro la estabilidad de los sectores involucrados (control de oportunidad). En efecto, la misión de vigilancia y control debe dirigirse primero a hacer efectiva la aplicación de las disposiciones legislativas y reglamentarias en la materia, ya sea que éstas pertenezcan a una jerarquía superior o que hayan sido expedidas por la misma autoridad. Pero su misión no se limita a un control de legalidad, sino a procurar además la protección del equilibrio de la estructura a cargo de cada autoridad y el control de las condiciones de su explotación oportuna y conveniente.

Estos objetivos de vigilancia y control son, pues, el fundamento primero de las facultades preventivas y represivas de las superintendencias. La

idea es que, con frecuencia, es preferible tener un sistema de examen previo y preventivo de ciertos fenómenos económicos y sociales, realizado por organismos especializados en la materia. Así, la variedad de los sectores de intervención de los organismos de control y de los medios de los que disponen conlleva siempre a la unidad de su misión: controlar. En la mayoría de los casos, estas autoridades pretenden ser consideradas como las ejecutoras de una “magistratura de influencia”, rechazando la imagen del “policía” que usa la coacción; una buena parte de ellas prefieren primero utilizar procedimientos de persuasión y de concertación, antes de aplicar mecanismos de coerción. Queda claro, entonces, que el papel de las autoridades de control es, primero que todo, más de pedagogía técnica y profesional que de simple administración de represión. Sin embargo, rápidamente pudo ser constatada la necesidad de dotar dichas instancias de poderes represivos, necesarios a la eficiencia de la misión de control. En efecto, la misión pedagógica debe ser completada con medios correctivos y coercitivos.

*... que el papel de las autoridades de control es, primero que todo, más de pedagogía técnica y profesional que de simple administración de represión.*

<sup>7</sup> Superintendencia Bancaria (Ministerio de Hacienda y Crédito Público), la Superintendencia de Industria y Comercio (Ministerio de Desarrollo Económico), la Superintendencia de Valores (Ministerio de Hacienda y Crédito Público), la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada (Ministerio de Defensa Nacional) y la Superintendencia General de Puertos (Ministerio de Transporte).

<sup>8</sup> Superintendencia de Sociedades (Ministerio de Desarrollo), la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (Ministerio de Desarrollo), la Superintendencia Nacional de Salud (Ministerio de Salud) y la Superintendencia de Economía Solidaria (Ministerio de Hacienda y Crédito Público y creada en 1998).

<sup>9</sup> Superintendencia de Notariado y Registro (Ministerio de Justicia) y la Superintendencia del Subsidio Familiar (al Ministerio de Salud).

En lo que concierne más específicamente a las competencias represivas, la tendencia actual de pérdida del valor punitivo del derecho penal beneficia evidentemente la represión administrativa contemporánea o, como se suele llamar en Colombia, la **facultad sancionadora de la administración**.

La primera consecuencia de esta realidad es la aparición de una multiplicidad de ordenamientos jurídicos específicos cuyo contenido varía según el sector. Vale la pena preguntarse si la multiplicación de ordenamientos sectorizados no pone en peligro el conjunto del ordenamiento jurídico y la existencia de un orden público general. En Colombia, el primero de estos peligros se presenta de forma extrema: interminables listas de facultades preventivas y represivas están previstas de manera dispersa y repetitiva en la legislación, casuística jurídica de la cual resulta gran dificultad para determinar la normatividad vigente, con las lógicas incoherencias e inseguridades que ello implica. La especialización de las autoridades del Estado debe, en efecto, acompañarse de un régimen de control basado en criterios técnicos, jurídicos y económicos claros y de fácil acceso y aplicación.

Ciertamente, a las superintendencias corresponde la protección de un “orden público particular”, autónomo y específico, cuyo fundamento se encuentra en la protección de las libertades individuales y el mantenimiento de un cierto equilibrio en el desarrollo económico y social del país. Lo anterior, ha impulsado ciertas ramas del derecho a tomar distancias con respecto al derecho penal y a utilizar órdenes públicos particulares, cuyo contenido es más amplio que el de la noción tradicional del derecho criminal. Esto, lejos de constituir un peligro para la coherencia del sistema jurídico en general implica, por el contrario, una mayor especialización de las autoridades competentes y de los medios de acción previstos para proteger estos órdenes particulares.

Son justamente estos órdenes públicos particulares el fundamento de lo que se ha llamado la “represión administrativa” o “derecho administrativo sancionador”, que hace excepción al poder punitivo exclusivo del juez atribuyéndolo a ciertas

autoridades administrativas que, con anterioridad, prestaban directamente algunas de las actividades que ahora simplemente controlan. El retiro del Estado de muchas actividades económicas y sociales es directamente proporcional a la consolidación del poder de policía de la administración que, en lugar de limitarse al “dejar hacer, dejar pasar” o de suplantar a los particulares, se concentra en el establecimiento de la reglamentación, pero sobre todo, en la vigilancia y el control de la actividad, prevaleciéndose, si es necesario, de facultades sancionadoras.

La gran conclusión, entonces, radica en que cuando el Estado evoluciona de un Estado “policía” al Estado “providencia” y al “regulador-controlador”, éste no ha —en lo absoluto— abandonado su poder de sanción. Por el contrario, ha enriquecido sus facultades represivas y ha perfeccionado sus modalidades de aplicación. En realidad, estos modelos sucesivos de Estado no son excluyentes, sino progresivos y cada etapa posterior conserva, al menos parcialmente, algo de los modelos anteriores. La represión administrativa hoy no es más que una adaptación del papel del Estado moderno.

*...la tendencia actual  
de pérdida del valor  
punitivo del derecho penal  
beneficia evidentemente la  
represión administrativa  
contemporánea o, como se  
suele llamar en Colombia,  
la facultad sancionadora  
de la administración...*

Para que estas nuevas competencias sean correctamente ejercidas y con el fin de permitir una mejor integración en la estructura administrativa de los organismos a través de los cuales el Estado cumple sus misiones, un régimen jurídico coherente se hace necesario. Así, las atribuciones de los organismos de control deben ser definidas con precisión y claridad, excluyendo toda mezcla de géneros. Se debe entonces evitar confiar a una misma institución misiones administrativas de control y responsabilidades jurisdiccionales. Inversamente, puesto que la vocación de las superintendencias es la de vigilar y controlar íntegramente un sector determinado, se les debe atribuir poderes amplios y suficientes que aseguren la eficiencia de su intervención.

En efecto, la función de vigilancia y control tiene una dimensión global y supone el recurso a diversos medios de acción: las superintendencias deben gozar de competencias jurídicas que, más allá de los simples conceptos, les permita modificar el ordenamiento jurídico o las situaciones individuales. Así, deben poder expedir normas de alcance general o contribuir a su elaboración; necesitan poderes de decisión individual; de poderes de vigilancia que aseguren un comportamiento permanente pertinente; de medios de investigación, requerimiento y sanción. La responsabilidad de la vigilancia y el control implica entonces la concentración de ciertas facultades jurídicas generalmente disociadas y que justifican un análisis de conjunto, de "sistema". Ciertamente, estas facultades tienen por fundamento común la función de vigilancia y control, sin embargo, hay algunas instituciones que no disponen, por ejemplo, de facultades reglamentarias. Pero la reunión de la totalidad de estos poderes no es imprescindible y la naturaleza de este tipo de organismos tiene que ver más con el de su misión común: garantizar el cumplimiento de las normas del sector y el mantenimiento de ciertos equilibrios entre intereses divergentes.

Un régimen propio de la función de vigilancia y control se hace entonces indispensable. Un régimen que consolide la especificidad de la prevención y de

la represión administrativa y que, entre muchas otras virtudes, la diferencie de la represión penal e incluso de la represión disciplinaria.

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Gentot, M. **Les autorités administratives indépendantes**, Montchretien, 1991.

Guedon, M-J., **Les autorités administratives indépendantes**, L. G. D. J., 1991.

Low Murtra, E., "Policía administrativa y actividad financiera", en **Revista de derecho económico**, Asociación de Derecho Económico, Temis, Año III, N<sup>os</sup> 5-6, enero/junio, 1985, p. 7.

Lleras de la Fuente, C. y otros. **Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia**, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1992.

Longobardi, N., "Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique", en **RFDA**, 1995, pp. 171 a 177 (I partie) y pp. 383 a 389 (II partie).

Martínez, N. H. **Sistemas financieros (fundamentos jurídicos y económicos para la iniciación de su estudio en América latina)**, Edit. Feleban, 1994.

Mattes, H. **Problemas de derecho penal administrativo (Historia y derecho comparado)**, traducción y notas de José M<sup>a</sup> Rodríguez D., Edit. de derecho reunida, Madrid, 1979.

Moderne, F. **Sanction administrative et justice constitutionnelle, (Contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines)**, Economica, coll. droit public positif, 1993.