

Precedente judicial y administrativo en la regulación económica colombiana**

Judicial and administrative precedent in the colombian economic regulation

RESUMEN

Sin desconocer la vigencia e importancia de la doctrina probable, desde la promulgación de la Constitución de 1991 el ordenamiento jurídico colombiano, de marcada tradición romano-francesa, empezó a experimentar una aproximación hacia los sistemas de derecho anglosajón, gracias a la labor interpretativa de la Corte Constitucional. Así, a partir de la rígida aplicación de la ley por parte del juez se empezó a abrir camino la aplicación de la teoría del precedente, primero en materia judicial y luego en materia administrativa. Paralelo a esto, en la década de 1990 Colombia emprendió un programa de apertura económica que consagró el modelo de Estado mixto, dentro del cual coexiste la libertad económica con la regulación. De esta manera, la evolución de las fuentes del derecho nacional, aunada a la consagración de un Estado regulador que interviene en la economía, puso de presente el sometimiento de las autoridades administrativas de regulación al precedente judicial y administrativo.

PALABRAS CLAVE

Precedente judicial, precedente administrativo, regulación, intervención estatal, Estado regulador.

* PhD en Derecho, Universidad de Lovaina (Bélgica); MA en Derecho Económico, Universidad de Lovaina (Bélgica); especialista en Tributación, Universidad de los Andes; estudios en Regulación de Servicios Públicos, Universidad de Florida (Estados Unidos). Abogado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia). Director del Departamento de Derecho Minero-Energético, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia). Contacto: luis.moreno@uexternado.edu.co

** Recibido el 6 de abril de 2016, aprobado el 1.º de octubre de 2016.

Para citar el artículo: L. F. MORENO. Precedente judicial y administrativo en la regulación económica colombiana. *Derecho del Estado* n.º 37, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2016, pp. 165-188. doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n37.05>

ABSTRACT

Without denying the validity and importance of the probable doctrine, since the enactment of the Political Constitution of 1991, Colombia's legal system, of a Roman and French tradition, started to shift towards the common law system, mainly because of the interpretations of the Constitutional Court. Hence, the rigid usage of legislated law by judges is now open to the use of precedent to reach a decision. Simultaneously, in the Nineties Colombia began its economic opening and adopted the organization of a Mixed State, one where free competition and State regulation converge. With the evolution of the sources of law on the one hand, and the State regulation on the other, the concept of precedent applied to the decisions of administrative authorities has emerged.

KEYWORDS

Judicial precedent, administrative precedent, regulation, State intervention, Regulatory State.

SUMARIO

Introducción. I. El precedente judicial y el precedente administrativo en Colombia. II. Regulación económica en Colombia. A. Concepto de regulación. B. Autoridades u órganos de regulación económica. III. Precedente judicial y precedente administrativo en la regulación económica. A. La regulación administrativa de las actividades económicas. B. Aplicación del precedente judicial y el precedente administrativo en las decisiones que se adoptan en la regulación administrativa de las actividades económicas. 1. Decisiones regulatorias de carácter general. 2. Decisiones regulatorias de carácter particular. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Propósito del presente escrito es demostrar que los precedentes judiciales y administrativos tienen incidencia en las autoridades de regulación en Colombia. Este trabajo se justifica en que, desde la promulgación de la Constitución de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano, de acentuada raigambre romano-francesa, empezó a experimentar una aproximación a los sistemas de derecho anglosajón, gracias a la labor interpretativa de la Corte Constitucional. Si bien ya la Ley 153 de 1887, en sus artículos 10 y 12, habla de la doctrina probable como fuente del derecho, siendo considerada como preámbulo del precedente judicial, fue con los pronunciamientos de la Corte

Constitucional que se pasó de la rígida aplicación de la ley por parte del juez a abrir el camino a la aplicación de la teoría del precedente, primero en materia judicial y luego en materia administrativa. Paralelo a esto, hacia la década de 1990 se empieza en Colombia un programa de liberalización y privatización, en el cuadro de un modelo de Estado mixto en el que coexisten la libertad económica y la regulación. De esta manera, la evolución de las fuentes del derecho colombiano, aunada a la consagración de un Estado regulador que interviene en la economía, hizo evidente el sometimiento de las autoridades administrativas de regulación al precedente judicial y administrativo.

El tema del precedente judicial y el precedente administrativo en la regulación económica, hasta la fecha, ha sido abordado por la doctrina de manera separada, por un lado, el precedente judicial y administrativo con: López Medina (2000), Bernal (2009), Santofimio (2010), Ospina Garzón (2014), Santaella (2014), Díez (2014), Moreno Cruz (2014), y por otro lado, sobre la regulación con: Nieto Roa (1991), Moreno Castillo (1999), Ibáñez (2007), Marín Cortés (2010), Lizarazo y Anzola (2004). La presente contribución pretende interrelacionar estos dos temas tratados separadamente por la doctrina.

El escrito se divide en tres partes: en la primera, se estudia el precedente judicial y el precedente administrativo en Colombia; en la segunda, se aborda la regulación económica en el país, en particular su evolución, concepto y autoridades de regulación; y finalmente, en la tercera, se analiza la aplicación del precedente judicial y el precedente administrativo en la regulación económica colombiana.

I. EL PRECEDENTE JUDICIAL Y EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

En Colombia se diferencia claramente entre el precedente judicial o jurisprudencial y el precedente administrativo, cada uno con sus propios sujetos y alcances.

El precedente judicial, cuyo origen histórico se encuentra en el derecho anglosajón¹, se basa en que los asuntos sometidos a los tribunales se deben resolver tomando como referencia las sentencias antes dictadas por tribunales superiores para casos semejantes, en vez de atenerse a las leyes escritas promulgadas por el órgano legislativo. En el *common law* opera el precedente como jerarquía entre corte, tribunales y jueces, y una rígida regla de *stare decisis*, esto es, mantenerse en una decisión anterior para resolver un caso actual. Como sostiene López Linaldi, “‘*Stare decisis*’ forma parte de la frase

1 MORENO CRUZ, P. Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial. (Re) visitando lugares comunes. En Benavides, J. L., comp. *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, 70-71.

latina ‘*stare decisis et non quieta movere*’, que significa mantenerse con las cosas decididas”².

Por su parte, en el sistema romano-francés, los jueces dictan sentencia ciñéndose a la ley. Sin embargo, en este sistema de derecho romano-francés, se ha admitido, desde finales del siglo pasado e importada del derecho español³, una variante del precedente judicial que es la llamada jurisprudencia o doctrina legal⁴, respecto de la cual se puede decir que no ha sido generalizada la idea de aceptarla como fuente de derecho.

Colombia⁵, como lo señala Bernal Pulido⁶, hace parte del sistema romano-francés y reconoce el carácter de precedente judicial a las sentencias judiciales como fuente de derecho a partir de una renovada interpretación del artículo 230 CP por parte de la Corte Constitucional. En particular, es de mencionar la Sentencia C-836 de 2001 de esta Corte que, como lo dice Santofimio⁷, postula de manera definitiva la teoría del precedente en el derecho positivo colombiano, fundamentándose en los principios constitucionales de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima. También se encuentra dicho reconocimiento a nivel legislativo, en los artículos 4 y 115 de la Ley 1395 de 2010.

No obstante lo expuesto, no se puede desconocer, como antecedente de la aplicación del precedente judicial y administrativo, la existencia de la doctrina probable consagrada ya desde 1887 en el artículo 10 de la Ley 153, en donde se dispone que “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”. Es preciso señalar que la Corte Constitucional, en Sentencia C-037 de 2000, declaró la inexecutable de la expresión “ni a la doctrina legal más probable” del artículo 12 de dicha ley⁸, bajo el entendido de que esta “no vincula al juez cuando falla de conformidad con los principios

2 LÓPEZ LINALDI, L. A. La necesidad de crear un órgano de apelación para arbitrajes inversionista-Estado en CIADI. *Revista de Derecho Económico Internacional*, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Vol. 3, n.º 1 (diciembre), 2012, 58.

3 LÓPEZ MEDINA, D. *El Derecho de los jueces*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000, 12.

4 Hoy también denominada doctrina legal probable.

5 El sistema judicial colombiano está compuesto por los siguientes órganos decisorios: Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado.

6 BERNAL PULIDO, C. El precedente en Colombia. En: Bernal Pulido, C. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del Derecho n.º 7. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, 158-161.

7 SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, 54.

8 Art. 12 Ley 153 de 1887: “Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios á la Constitución, á las leyes ni a la doctrina legal más probable”. El texto

superiores que emanan de la Constitución, y de que no puede desconocer la doctrina constitucional integradora”⁹.

Posteriormente, en Sentencia C-621 de 2015, la misma Corte consideró que la doctrina probable y el precedente judicial son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Señaló así que, “mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión”. En consecuencia, en este pronunciamiento la Corte reconoce que acudir a la doctrina probable o al precedente judicial no desconoce o va en contravía de lo dispuesto en el artículo 230 CP sino que refuerza el sistema jurídico nacional y es compatible con la jerarquización de las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico. Adicionalmente, en esa oportunidad la corporación reiteró, en el mismo sentido de la Sentencia C-836 de 2001, que, en cumplimiento del mandato del artículo 230, el deber del juez de sustentar las razones por las cuales se aparta de la jurisprudencia ha de ser coherente con los objetivos perseguidos con la doctrina probable y el precedente judicial, y con su ponderación frente a la libertad decisional como juez¹⁰.

La aplicación del precedente judicial sería como sigue, según la división de la rama judicial en Colombia.

Jurisdicción ordinaria	Jurisdicción contencioso administrativa	Jurisdicción constitucional
Tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia constituyen precedente.	Constituyen precedente una sentencia de unificación del Consejo de Estado, o tres sentencias del Consejo de Estado y de conformidad con la Sentencia C-634 de 2011 de la Corte Constitucional.	Una sentencia de la Corte Constitucional constituye precedente.

Entonces, ¿cómo se aplica el precedente judicial por las autoridades administrativas?

en cursiva fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-037 de 2000.

9 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2000, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2015, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Primeramente, es de reconocer una práctica que las autoridades administrativas se sometan a las sentencias del Consejo de Estado sobre control de legalidad, y también a los fallos de la Corte Constitucional. Ejemplo de lo primero es la Sentencia de 2 de mayo de 2007, exp. 16257, del Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio¹¹.

Hay que mencionar que a nivel legal se introduce en el artículo 10 CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011) el deber de las autoridades administrativas, en sus decisiones, de tener en cuenta, además de las sentencias de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, también las sentencias de la Corte Constitucional, sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad¹².

Sin embargo, como lo sostiene Ospina¹³, la jurisprudencia es vinculante mas no obligatoria, en tanto que las autoridades administrativas no deben hacer una aplicación indefectible de la jurisprudencia, debiendo esta ser consultada pero no aplicada coactivamente. En igual sentido, sostiene Santaella que el sometimiento de la Administración a la jurisprudencia no es absoluto sino que las autoridades administrativas, fundada y razonadamente, pueden apartarse de los precedentes vinculantes¹⁴.

No obstante la posición de Ospina y Santaella, consideramos que el precedente judicial, en especial las sentencias de nulidad de los actos administrativos del Consejo de Estado y las sentencias de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional, es de obligatorio cumplimiento por parte de las

11 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente No. 16257, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. La Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. interpuso acción pública de nulidad contra el ordinal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998, la cual determina que sólo las empresas constituidas como E.S.P. que se dediquen como objeto exclusivo a la actividad de transmisión pueden participar en los procesos de selección. Concluye la Sala que, en vez de retirar del ordenamiento la preceptiva administrativa demandada, adoptará una sentencia interpretativa para modular sus efectos. Así, el Consejo de Estado declara nula la interpretación del citado ordinal a) del artículo 10 de la Resolución GREG 051 de 1998 que incluya en la restricción prevista para participar en los procesos de selección a las empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 143. En consecuencia, dicha interpretación está proscrita y las autoridades administrativas deben sujetarse a la prohibición.

12 Cfr. Ospina Garzón, A. Comentarios del Capítulo II (Derechos, Deberes, Prohibiciones, impedimentos y recusaciones). En Benavides, J. L., ed. *Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Comentado y concordado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, 80.

13 OSPINA GARZÓN, A. Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿veleidad o independencia del juez? En Benavides, J. L., comp. *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, 25.

14 SANTAELLA, H. La sujeción de la administración a los precedentes jurisprudenciales. En Benavides, J. L., comp. *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, 159.

autoridades administrativas, y en particular, por parte de las autoridades de regulación.

Dicho lo anterior, a continuación se aborda el precedente administrativo, el cual se fundamenta en el reconocimiento de fuerza vinculante a las decisiones administrativas anteriores frente a un nuevo caso o asunto administrativo que deba ser resuelto por la autoridad administrativa. También se podría denominar esto como doctrina legal probable en materia administrativa. Según DÍEZ, los precedentes orientan el proceso de adopción de decisiones “que exigen, en mayor o menor grado, un ejercicio de ponderación de las circunstancias e intereses en juego”¹⁵.

Como lo manifiesta Santofimio, el precedente administrativo en Colombia se construye desde la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁶. Para sustentar lo anterior, se debe hacer referencia a la Sentencia T-545 del 28 de mayo de 2004, la primera sentencia de la Corte Constitucional donde se reconoce un derecho pensional con base en una decisión administrativa anterior, y también a fallos más recientes de la misma corporación, como la Sentencia C-537 del 30 de junio de 2010. A juicio de Santofimio, esto significa que el precedente no es una figura que se debe predicar solamente de la actividad judicial del Estado (precedente judicial) sino que también abarca las autoridades administrativas (precedente administrativo)¹⁷.

Es preciso señalar que el reconocimiento como doctrina legal probable de las decisiones administrativas uniformes y que se reiteran sobre un mismo asunto es un gran paso del derecho positivo colombiano para garantizar la seguridad jurídica. Por ello, el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia C-537 de 2010 es acertado al sustentar la doctrina probable de carácter administrativo en los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.

A nivel de la legislación es necesario mencionar, en primer lugar, el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece expresamente el precedente administrativo o doctrina probable en asuntos relacionados con la protección de la competencia. Esta norma fue el preámbulo de las disposiciones normativas adoptadas en el nuevo CPACA en materia de precedente administrativo. Así, se pasa de una determinación jurisprudencial de la fuerza normativa de la jurisprudencia a una expresa confirmación, por parte del legislador, de la jurisprudencia como fuente del derecho administrativo.

En efecto, el CPACA, en el artículo 10, consagra el precedente administrativo cuando expresa:

15 DÍEZ, S. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. En Benavides, comp. *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*, cit., 179.

16 SANTOFIMIO, ob. cit., 31.

17 SANTOFIMIO, ob. cit., 48-49.

Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Es de aclarar que esta norma establece, en concordancia con los artículos 102 y 270 *ibídem*, que las autoridades administrativas no solamente deben ceñirse al precedente administrativo, sino también al precedente judicial. Por lo tanto, las autoridades administrativas en Colombia deben aplicar tanto el precedente administrativo como el precedente judicial.

En materia del precedente administrativo, el artículo 10 CPACA es norma general, y en caso de existir norma especial que lo consagre, se aplica conforme con lo señalado en dicha norma especial; ejemplo de ello es la doctrina probable que debe aplicar la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia, de acuerdo con el citado artículo 24 de la Ley 1340 que reza: “La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”.

Como se puede observar, la norma prevé como obligación tres decisiones ejecutoriadas uniformes para que constituyan doctrina probable o precedente administrativo; mientras que el citado artículo 10 CPACA, como norma general, no establece la obligación de contar con un número necesario de decisiones administrativas para conformar un precedente. De ahí que se pueda decir que la administración está obligada a actuar de la misma manera frente a situaciones que tienen los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Ahora bien, en lo que respecta al deber de aplicación del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas, es importante tener en cuenta que la Sentencia C-634 de 2011 de la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 10 CPACA bajo el entendido de que las autoridades también deben tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten normas constitucionales. A nivel legal, encontramos al respecto el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010.

II. REGULACIÓN ECONÓMICA EN COLOMBIA

Colombia, en materia de regulación económica, ha transitado inicialmente por un periodo de regulación general (1863 a 1929), en que predominaba el Estado liberal; luego, por la regulación con énfasis en la protección industrial

y el Estado empresario (1929 a 1990), en un contexto de Estado mixto; y finalmente, por la regulación enfocada hacia el mercado, siempre en el marco de un Estado mixto (1990 hasta la fecha).

El periodo de 1863 a 1929 es una época de regulación general que parte de la Constitución liberal de 1863¹⁸, y en la cual se expide el Código de Civil de 1873. Pero en esencia, es en la Constitución de 1886 donde se menciona por primera vez la palabra “regular”. En efecto, el artículo 76 CP de 1886 rezaba:

Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

[...]

10) Regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales...

De igual modo, establecía el mismo artículo: “22) Limitar o regular la apropiación o adjudicación de tierras baldías”.

Estas eran las únicas normas que mencionaban la palabra “regular”, pero hay que aceptar que las dos modalidades de regulación reconocidas por la Constitución de 1886 eran la ley y los reglamentos, como bien lo sustenta Nieto¹⁹.

En este periodo el desempeño económico se realizaba por iniciativa privada y la estructura productiva se basaba en el sector agrícola y la explotación minera con inversión nacional y extranjera. Esto es calificado por Ocampo y Bértola²⁰ como el desarrollo primario exportador. Mientras que la regulación se orientaba a la protección de los derechos de propiedad con base en el Código Civil.

A continuación exponemos la regulación con énfasis en la protección industrial y el Estado empresario en ciertos sectores específicos (años 1929 a 1990).

Al período de 1929 a 1990 en América Latina, según Ocampo y Bértola²¹, se le puede denominar de industrialización dirigida por el Estado, porque se basa en la industrialización como eje de desarrollo hacia adentro y la aplicación de las esferas de la acción del Estado.

18 Constitución que defendieron los fundadores de la Universidad Externado de Colombia.

19 NIETO ROA, L. G. Regulación Sistema Financiero. Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia n.º 117. En Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Constitucional* n.º 28, Bogotá, miércoles 27 de marzo de 1991, 7.

20 BÉRTOLA, L. y OCAMPO, J. A. *El desarrollo económico de América Latina desde la independencia*. México: FCE, 2013, 103.

21 BÉRTOLA y OCAMPO, ob. cit., 170.

La industrialización dirigida por el Estado implica que este asume varias responsabilidades en materia de regulación macroeconómica en materia cambiaria, de comercio exterior, de crédito y tasas de interés, para blindar y proteger la industria local. El Estado también empieza por entonces a participar como Estado empresario en ciertos sectores específicos; así en los hidrocarburos, los servicios públicos e inclusive en los servicios financieros.

Esto demuestra que en Colombia no era generalizado el Estado empresario en todas las actividades económicas, porque, en primer lugar, la Constitución de 1886 y sus reformas de 1936, 1945 y 1968 consolidaron un Estado mixto en donde se garantizaba la iniciativa privada pero, al mismo tiempo, se establecía la intervención del Estado. En segundo lugar, el Estado sólo se convirtió en Estado empresario en sectores estratégicos o específicos, y sin exclusión de la iniciativa privada. Por ejemplo, en el sector financiero, el Estado era propietario de bancos, pero al mismo tiempo existían bancos privados. En el sector petrolero, Ecopetrol (empresa pública) era administrador de los recursos hidrocarbúricos, pero había participación del sector privado mediante contratos de asociación con aquella empresa. En el sector de minas, el Estado participaba con empresas públicas, pero existía también inversión privada. Quizás la excepción fueron los servicios públicos domiciliarios, donde el Estado fue el único prestador de esos servicios en este periodo, si bien siempre estuvo constitucionalmente consagrada la iniciativa privada.

Esto nos permite concluir que en el periodo de 1929 a 1990 Colombia fue un país con un modelo de economía mixto o Estado mixto, pudiéndose incluir asimismo bajo este concepto el periodo de 1870 a 1929, por cuanto, aunque en este predominaba la iniciativa privada, el Estado era un promotor de desarrollo económico.

También podemos decir que como parte de la regulación para proteger a la industria se adopta el Código de Comercio en el año de 1971. El Estado colombiano, en este periodo, tuvo experiencias de regulación de ciertas actividades económicas, particularmente, de la actividad financiera (1974), del transporte terrestre, petrolera (1951) y minera (1969 y 1988). Toda esta regulación posteriormente sería modificada con la reorientación hacia el mercado desde el año 1990.

Desde 1990 hasta la fecha se observa la regulación enfocada hacia el mercado, en el marco de un Estado mixto.

La liberalización y la privatización dictadas por el Consenso de Washington se plasmaron en Colombia a partir de febrero de 1990 con el CONPES 2465^[22], el cual estableció la programación, los criterios y los instrumentos para llevar a cabo el programa de apertura económica. En efecto, como lo señalan Lizarazo

22 Departamento Nacional de Planeación. Programa de modernización de la economía colombiana. Documento CONPES: DNP-2465-J. 22 de febrero de 1990, disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Económicos/2465.pdf> (Consultado el 10 de febrero de 2016).

y Anzola, desde la década de 1990 se dio paso a un modelo de regulación de vastos sectores económicos, con una amplia participación del sector privado en un ambiente de competitividad, lo cual evidenció la necesidad de crear nuevas instituciones para regular las actividades económicas²³.

Lo que se pretendía, en palabras de Ocampo y Bértola²⁴, era una reforma del mercado orientada a ampliar su esfera de acción y reformular el papel del Estado. Todo esto se hizo, dentro de la tradición del modelo de Estado mixto que fue preservada por la Constitución Política de 1991.

En efecto, los artículos 333 y 334 CP de 1991 establecieron un modelo de Estado mixto, donde se admiten simultáneamente principios propios del Estado liberal y principios propios del Estado intervencionista²⁵, limitados y enmarcados por la Constitución y las leyes.

Del primero, esto es, el Estado liberal, prevalecen los siguientes principios: la autonomía privada, la libertad económica (los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido), la igualdad y la propiedad privada, entre otros. Del segundo, esto es, del Estado intervencionista, sobresalen los siguientes principios: la dirección de la economía corresponde al Estado, la reserva del Estado de sectores estratégicos por medio de ley, el interés general, la búsqueda del bien común, y la función social y ecológica de la propiedad privada.

Por lo anterior, en el debate político, económico y social actual ya no se discute sobre la necesidad o no de la intervención del Estado²⁶, sino únicamente sobre las modalidades, actores, razones, objetivos, lugares, momentos y límites de esta intervención. Las libertades económicas, presupuesto básico para que exista mercado, coexisten con el Estado con el fin de lograr el bien común, pues, como ya lo ha demostrado la historia, la libertad económica sin el Estado podría ser una fuente de arbitrariedades y abusos en el mercado, y el Estado sin las libertades económicas conduce a la ineficacia absoluta. Se reitera entonces que lo que se debate no es la intervención del Estado en sí misma considerada, sino los instrumentos jurídicos de dicha intervención, sus límites y hasta dónde se deben limitar las libertades económicas.

23 LIZARAZO, L. y ANZOLA, M. Regulación, autorregulación y desregulación. En Lizarazo, L. y Anzola, M., eds. académicas. *La regulación económica: tendencias y desafíos*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2004, 26.

24 BÉRTOLA y OCAMPO, ob. cit., 242.

25 JULIO, A. Economía y ordenamiento Constitucional. En Cuevas, H. *Teorías jurídicas y económicas del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, 171-198.

26 RIVERO, R. *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. Salamanca: Ratio Legis, 1999, 41. Como lo pone de presente este autor: “Actualmente la gran diferencia entre economistas neoliberales y partidarios del intervencionismo no se refiere a la intervención en sí misma considerada, sino a la forma en que la misma se realiza y a los límites que es necesario fijarle”.

En este contexto de Estado mixto se dio en Colombia la apertura económica o la reforma del mercado con instrumentos como la liberalización de ciertos mercados, la privatización de empresas públicas, y las reformas a la regulación económica existente. Lo anterior se podría resumir, diciendo que Colombia reformuló el papel del Estado y lo orientó hacia uno regulador, con una experiencia previa de regulación sectorial en el periodo de 1929 a 1990 dentro del modelo de protección industrial y Estado empresario. Pese a esta experiencia, es de reconocer que no existieron antecedentes doctrinales ni jurisprudenciales sobre lo que se conoce hoy como teoría de la regulación económica, con sus elementos, alcances y características, con excepción quizás de la regulación financiera. De ahí entonces se puede decir que es dentro del contexto de la apertura económica y de los principios de un Estado mixto consagrado en la Constitución de 1991 que se hacen las reformas del mercado y las reformas de la regulación económica reorientada hacia el mercado.

Se puede decir que antes de 1990 había cierta experiencia en regulación pero no había doctrina jurídica. Es a partir de 1990, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado crea una doctrina legal sobre la *regulación* con base en la Constitución Política de 1991; fue así como la Corte y el Consejo se pronunciaron sobre el concepto de regulación recogido en la Ley 142 de 1994 (servicios públicos domiciliarios), sobre las autoridades de regulación económica y sobre otros aspectos que no entraremos a desarrollar en este escrito. Nos enfocaremos en cambio en los conceptos de regulación y de autoridades de regulación económica, porque nos sirve de introducción para aplicar el precedente judicial y administrativo en las autoridades administrativas de regulación económica.

A. Concepto de regulación

La regulación económica proveniente del Estado se manifiesta a nivel macro y microeconómico. Según Moreno, respecto de la regulación a nivel macroeconómico, el Estado actúa en la determinación de la política monetaria, fiscal, cambiaria y de comercio exterior. Por el contrario, respecto de la regulación a nivel microeconómico, el Estado impone reglas al funcionamiento libre de mercados²⁷.

El concepto de regulación, desde el punto de vista jurídico, se encuentra definido únicamente en el derecho positivo colombiano, en el artículo 14.18 de la Ley 142 de 1994 (de servicios públicos domiciliarios). Esta definición, al ser la única en el ordenamiento jurídico colombiano, se aplica por analogía, a los demás sectores regulados diferentes a los servicios públicos domici-

27 MORENO CASTILLO, L. F. Regulación económica con énfasis en la regulación de los servicios públicos domiciliarios. En *Homo Iuris, Ensayos de Derecho Contemporáneo*, n.º 1, agosto, 1999, 305-306.

liarios. El mencionado artículo define regulación así: “La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”.

Es importante mencionar que dicha norma fue declarada exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1162 de 2000²⁸, bajo el entendido de que la regulación es una forma de intervención del Estado en la economía, donde concurren varios órganos del Estado para ese propósito. De esta sentencia se destaca que concibe la regulación como una forma de intervención del Estado en la economía y no como una norma.

Esto también se reitera en la Sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional, porque dentro de las características definidoras de la regulación se centra fundamentalmente en decir que es una modalidad de intervención del Estado donde se ejercen principalmente facultades normativas. Por esa razón, la Corte señala expresamente: “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”²⁹.

En todo caso, la definición de regulación que trae el artículo 14.18 de la Ley 142 es bastante aceptada porque la concibe como la función de dictar normas de carácter general y particular, y que por supuesto se debe predicar dicha función del Estado donde concurren diferentes órganos, como bien lo señalan las sentencias mencionadas. Esta definición coincide con una acepción que trae el Diccionario de la Lengua Española sobre la palabra “regular” como “determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo”. Dado lo anterior, nos parece muy importante determinar en el punto siguiente cuáles serían esas autoridades u órganos de regulación económica en Colombia.

B. Autoridades u órganos de regulación económica

Se ha clarificado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁰ que la Constitución Política de Colombia contempla las siguientes autoridades u órganos que desarrollan la actividad de regulación en la economía o de las actividades económicas:

28 Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

29 Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

30 Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo & Sentencia C-150 de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

– Congreso de la República, a quien le corresponde primigeniamente la tarea de regular por medio de leyes, conforme, entre otros, con los artículos 150 n.º 19 y n.º 24, 365 y 376 CP.

– Presidente de la República, a quien le corresponde regular dentro de sus facultades reglamentarias y fijación de políticas generales, conforme con los artículos 189, n.º 11 y n.º 25, y 370 CP.

– Órganos de rango constitucional, como la Junta Directiva del Banco de la República, que tiene competencia de regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito (art. 371 CP), y como la extinta Comisión Nacional de Televisión, que se encargaba de la política de televisión de conformidad con los mandatos de la ley (arts. 76 CP derogado y 77 CP modificado).

– Ministerios en sus potestades normativas.

– Órganos de creación legal que mencionan el artículo 150 n.º 7 CP como “otras entidades del orden nacional”, y el artículo 211 CP como “agencias del Estado” que determine la ley. Dentro de estas denominaciones están incluidas las comisiones de regulación.

Como se puede observar, son varias las autoridades u órganos que desarrollan la actividad de regulación de la economía, las cuales las podemos clasificar, siguiendo a Ibáñez³¹, así: la regulación legal, en cabeza del Congreso de la República, y la regulación administrativa, que le corresponde a las autoridades administrativas como expresión o ejercicio de una función administrativa. Estas últimas autoridades serían: el Banco de la República³², el Presidente de la República³³, los ministerios³⁴ y las comisiones de regulación de servicios públicos³⁵, entre otras.

III. PRECEDENTE JUDICIAL Y PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN LA REGULACIÓN ECONÓMICA

En este capítulo se analiza la manera como se aplican el precedente judicial y el precedente administrativo en las autoridades de regulación administrativa de las actividades económicas. Para este propósito, primero se expone qué tipo de decisiones se toman en la regulación administrativa, y luego se analiza cómo se aplican los precedentes judiciales y administrativos en las decisiones que se adoptan en la regulación.

31 IBÁÑEZ, J. E. La regulación y reglamentación en Colombia. En *Memorias VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo: VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, 861-900.

32 Por Constitución.

33 Por Constitución y jurisprudencia.

34 Por jurisprudencia.

35 Por creación legal.

A. La regulación administrativa de las actividades económicas

En la regulación administrativa las autoridades están sometidas a una jerarquía normativa, conforme con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional iniciada con la Sentencia C-1162 de 2000. Como se había señalado, la Ley 142 de 1994 es la única disposición normativa en el ordenamiento jurídico colombiano que define qué es regulación, y al definirla establece que en el ejercicio regulatorio se dictan normas de carácter general o particular. Como estas normas son dictadas por autoridades administrativas, dichas normas serían actos administrativos de carácter general o bien actos administrativos de carácter particular. En otras palabras, serían decisiones regulatorias de carácter general o particular que adopta la autoridad administrativa, cuyo contenido es disímil, mientras que en las decisiones de carácter general se fijan las reglas sobre la estructura del mercado o sobre reglas de la conducta en una actividad económica. Con las decisiones de carácter particular se puede crear una situación jurídica particular (aprobación de una tarifa, p. ej.), o se resuelve un conflicto entre empresas, o se impone una sanción o se solicita información, etc. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en la Sentencia C-150 de 2003, fallo en el cual señala los elementos que componen la noción de regulación³⁶.

La doctrina colombiana no es ajena a reconocer que en la regulación se adoptan diferentes decisiones; así por ejemplo, Marín³⁷ afirma que la regulación demanda la realización de múltiples actividades y la adopción de decisiones y políticas que se expresan de diferentes formas: actos administrativos generales o actos administrativos particulares, etc.

En fin, cuando se trata de regulación administrativa, las autoridades administrativas adoptan decisiones regulatorias de carácter general o decisiones regulatorias de carácter particular. A nuestro juicio, las decisiones de carácter general de las autoridades administrativas deben basarse en el principio de legalidad y en el precedente judicial. No somos partidarios de que el precedente administrativo se aplique para decisiones de carácter general.

36 Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa: “La noción jurídica de regulación es, ciertamente, un poco flexible. Sin embargo, incluye necesariamente varios elementos: La regulación supone la imposición de un marco normativo a ciertas actividades, con el fin de que éstas respeten un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los ciudadanos y el interés general. Este marco normativo está compuesto de decisiones con efectos generales, las cuales constituyen las reglas de juego, cuya aplicación puede ser objeto de controles y controversias que den lugar a decisiones con efectos individuales, por ejemplo, a sanciones. Así mismo, diferentes autoridades administrativas independientes pueden detentar las funciones descritas anteriormente, es decir, la creación de la norma, su aplicación y la eventual represión de las infracciones”.

37 MARÍN CORTÉS, F. *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Temis, 2010, 395-465.

Por el contrario, consideramos que las decisiones de carácter particular se deben basar en el principio de legalidad, en el precedente judicial y en el precedente administrativo.

B. Aplicación del precedente judicial y el precedente administrativo en las decisiones que se adoptan en la regulación administrativa de las actividades económicas

Como en los puntos anteriores se determinó qué es regulación, se estableció cuáles son las autoridades de regulación y, en particular, cuáles son las autoridades de regulación administrativas que se encargan de la regulación administrativa, y se concluyó cuáles son las decisiones que se adoptan en el ejercicio de la facultad de regulación administrativa, en este acápite se analiza la aplicación de los precedentes judiciales y los precedentes administrativos según el tipo de decisiones regulatorias de carácter general o particular.

1. Decisiones regulatorias de carácter general

Las decisiones regulatorias de carácter general son impersonales y se dictan para todas las personas que se encuentran en la misma situación, así por ejemplo, la Resolución GREG 126 del 9 de agosto de 2010 establece los criterios generales de la remuneración del transporte de gas.

La autoridad administrativa regulatoria, cuando adopta una decisión de carácter general³⁸, como la señalada anteriormente, podría hacerlo mediante una decisión reglada, lo que implica que debe ceñirse estrictamente a lo que ordena la norma fundante³⁹, o bien de manera discrecional⁴⁰. Hay que reconocer que por regla general las decisiones regulatorias de carácter general gozan de una amplia discrecionalidad, como lo defiende Ariño⁴¹; pero limitada en el caso colombiano a que la decisión debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa,

38 Estas decisiones regulatorias de carácter general, desde el punto de vista del derecho administrativo, son actos administrativos de carácter general.

39 LUQUI, R. E. *Revisión judicial de la actividad administrativa*. Buenos Aires: Astrea, 2005, 191-192. Este autor, al referirse a las decisiones regladas, señala que algunas veces la ley dice detalladamente la manera como la autoridad administrativa debe decidir, en otras palabras, “predetermina la decisión, sin darle a la administración para que lo haga de modo diferente. En tales casos, ésta se limita a constatar si se dan o no los presupuestos de hecho enunciados en la ley y aplica directamente sus prescripciones, las cuales contienen la solución de ese caso en particular”.

40 LUQUI, ob. cit., 193. El autor plantea que la discrecionalidad “importa siempre una valoración y ponderación de intereses y un poder de elección para actuar en la realización del interés público”.

41 ARIÑO ORTIZ, G. *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 1996, 148.

conforme con el artículo 44 CPACA. De ahí que la autoridad administrativa regulatoria, cuando adopta una decisión de carácter general⁴², que de por sí es discrecional, debe adecuarse o ceñirse a los fines de la norma que autoriza la decisión y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

En relación con lo primero, adecuarse o ceñirse a los fines de la norma que autoriza la decisión, estamos hablando del principio de legalidad. Las autoridades administrativas, en la toma de las decisiones regulatorias de carácter general, se ciñen, según el caso, a los fines de la Constitución⁴³, de la ley, de los decretos reglamentarios y de la política del gobierno. Las normas jurídicas pueden contener reglas o principios respecto de los cuales hay pronunciamientos judiciales. A partir de ahí, las autoridades administrativas regulatorias deben tener en cuenta los precedentes judiciales sobre los casos particulares. No cabe duda de que las autoridades de regulación gozan de discrecionalidad técnica en la toma de decisiones, sin que esta se pueda confundir con arbitrariedad. Para que esto último no suceda, la norma citada establece que debe ser adecuada a la norma que autoriza y proporcional a los hechos. En caso de que se tome una decisión en contra de lo anterior, esta podría estar viciada de nulidad por infracción de las normas en que debería fundarse o por falsa motivación.

En relación con lo segundo, los hechos que le sirven de causa, es un elemento trascendental en materia de regulación porque el regulador debe estar siempre atento y observar los hechos para tomar decisiones que sean proporcionales a ellos. Un regulador que no atiende los hechos puede caer en el inactivismo regulatorio, en perjuicio del interés general. Adicionalmente, también puede perjudicar el interés general cuando se fundamenta en hechos que no corresponden a la realidad o en una errada calificación de los mismos. Todo esto en nuestro ordenamiento jurídico sería una falsa motivación de la decisión.

Tanto la aplicación del primer elemento como la del segundo implica tomar decisiones que deben ser razonables, sobre todo con una gran carga de motivación o de argumentación al expresar las causas de la decisión y el razonamiento seguido a esto. Con todo, no pueden ser desconocidas, en las decisiones regulatorias de las autoridades administrativas, las sentencias de la Corte Constitucional⁴⁴ que han reiterado los límites a la intervención del Estado en la economía. En ese sentido, la intervención del Estado se realiza en aras de proteger el interés general, pero sin afectar las libertades econó-

42 Estas decisiones regulatorias de carácter general, desde el punto de vista del derecho administrativo, son actos administrativos de carácter general.

43 El artículo 333 CP establece la reserva de ley para restringir o para delimitar la libertad económica. Lo anterior significa que debe haber una ley en sentido formal que la restrinja o autorice su restricción.

44 Corte Constitucional. Sentencias C-974 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil; C-516 de 2004, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; C-623 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

micas. Dichos límites son los siguientes: (i) reserva de ley, ii) no se puede afectar el núcleo esencial de la libertad económica, iii) la intervención debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la garantía, y iv) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En este escenario es preciso aclarar que el Consejo de Estado sólo se ha pronunciado sobre la reserva de ley⁴⁵ y la proporcionalidad⁴⁶ como límites de la intervención del Estado.

Si desarrollamos cada uno de los puntos podemos decir, en primer lugar, que la autoridad de regulación ha de tener en cuenta que la limitación de las libertades económicas se tiene que realizar por disposición expresa de la ley o por autorización de esta (reserva de ley). De ahí entonces que si a la autoridad administrativa se le otorga la facultad de regular cierta actividad económica, quepa preguntarse si ese hecho implica que está autorizada para limitar las libertades económicas. Nuestra respuesta es que no puede haber una habilitación en blanco, debiendo necesariamente facultarse o autorizarse de manera detallada y expresa a la autoridad de regulación. Así, se observa que en ciertas sentencias del Consejo de Estado se ha declarado la legalidad de los actos administrativos regulatorios de las comisiones de regulación en materia de servicios públicos domiciliarios que limitan las libertades económicas por el solo hecho de que la Ley 142 les ha asignado la facultad o función de regular los servicios públicos.

En segundo lugar, en lo que respecta a que la intervención del Estado no afecte el núcleo esencial de la libertad económica, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁷ ha avanzado en señalar cuál es ese núcleo esencial. Aunque esta labor no ha sido totalmente completada, es posible mencionar ciertos elementos de ese núcleo esencial como: la pluralidad empresarial, la libre elección de los usuarios, la igualdad competitiva. La Corte, al determinar el núcleo esencial, establece que la intervención del Estado, aunque se haga o se realice bajo el principio de primacía del interés general y bajo el entendido de que la libertad económica no es absoluta, toda vez que tiene que respetar, mínimamente, ese núcleo esencial. De ahí entonces que las autoridades administrativas de regulación, en su ejercicio regulatorio, también deben respetar ese núcleo esencial de la libertad económica.

En tercer lugar, la intervención del Estado debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía.

45 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 20 de marzo de 2008. C.P.: Enrique Gil Botero, rad. 32690; Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 23 de septiembre de 2007. C.P.: Camilo Arciniegas Andrade, rad. 11001-03-24-000-2003-00027-01; Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 24 de mayo de 2001. C.P.: Olga Inés Navarrete, rad. 5801.

46 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. C.P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Rad. 11001-03-24-000-2004-00211-00; Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 11 de julio de 2009. C.P.: Martha Sofía Sanz Tobón. Rad. 4632.

47 Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Esto conduce a que se imponga una gran carga argumentativa por parte de la autoridad de regulación, y sobre todo a que la limitación obedezca a motivos trazados por la Constitución y la ley.

Y en cuarto lugar, la intervención del Estado debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. A nuestro juicio, este criterio debe aplicarse también a las autoridades administrativas regulatorias para la toma de decisiones regulatorias. Afortunadamente, el Consejo de Estado ha admitido la aplicación del principio de proporcionalidad para analizar las decisiones regulatorias, como en el caso previsto en la Sentencia del 11 de julio de 2009 de la Sección Primera, C.P.: Martha Sofía Sanz Tobón.

Finalmente, desde el punto de vista procedimental es importante tener en cuenta el procedimiento regulatorio que se surte para la expedición de las decisiones de carácter general. Dicho procedimiento lo podemos ver así: en primer término, las audiencias públicas, conforme con los artículos 32 y 33 de la Ley 489 de 1998, y en segundo término, el concepto previo que debe adelantar la autoridad de regulación ante la Superintendencia de Industria y Comercio en la incidencia del proyecto de regulación sobre la libre competencia, con sujeción al artículo 7 de la Ley 1340 de 2009.

2. Decisiones regulatorias de carácter particular

Las decisiones regulatorias de carácter particular son decisiones regladas o bien discrecionales, pero en todo caso sometidas al principio de legalidad, al precedente judicial y al precedente administrativo. Las decisiones de carácter particular son las siguientes:

- Las que crean una situación jurídica, p. ej., la aprobación de una tarifa.
- Las que resuelven conflictos.
- Las que conceden una autorización o licencia.
- Las que expiden actos sancionatorios.

Es de aclarar que estas decisiones en Colombia no están concentradas en una sola entidad dada la organización difusa que existe en nuestro medio. Las decisiones regulatorias de carácter particular son originadas normalmente por derechos de petición o de oficio, que se surten con base en lo dispuesto por la norma especial, si así lo establece, y por aplicación del CPACA.

Ahora bien, como se expuso previamente, la autoridad administrativa regulatoria, cuando adopta una decisión de carácter particular⁴⁸, debe tener en cuenta que si sus decisiones son regladas se debe ceñir estrictamente a lo que ordena la norma fundante, y si son discrecionales debe seguir el artículo 44 CPACA que se refiere al principio de legalidad, si bien por disposición del

48 Estas decisiones regulatorias de carácter general, desde el punto de vista del derecho administrativo, son actos administrativos de carácter general.

artículo 10 CPACA también debe considerar el precedente judicial y el precedente administrativo. Veamos.

a. Principio de legalidad

El principio de legalidad intrínseco está garantizado en el artículo 3 CPACA, de acuerdo con el cual, además de cumplirse con la Constitución Política, el CPACA y las leyes especiales, se deben seguir las actuaciones administrativas con arreglo a los principios de debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

b. Precedente judicial

El precedente judicial tiene fuerza vinculante en las decisiones regulatorias de carácter particular, *ex* artículo 10 CPACA. En primer lugar, tenemos las sentencias de control de legalidad y las sentencias de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁹. Así, por ejemplo, al unificar la jurisprudencia en materia de aprobación de tarifas de transporte, sería obligatoria su aplicación a la autoridad de regulación. Y lo mismo ocurriría con una sentencia de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional⁵⁰ referente a las tarifas.

Ahora bien, ¿qué ocurre si la autoridad de regulación no aplica esa sentencia de unificación del Consejo de Estado o esa sentencia de la Corte Constitucional en una decisión regulatoria de carácter particular? Con base en el artículo 102 CPACA, el interesado podrá solicitar la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional ante la autoridad administrativa regulatoria, y si esta se niega a dicha extensión o no da respuesta dentro del término legal, el interesado podrá acudir al Consejo de Estado para que ordene la extensión de la jurisprudencia, conforme con el artículo 269 CPACA.

Es importante aclarar que para la extensión de la jurisprudencia, las entidades públicas, en particular las autoridades administrativas, deben solicitar concepto previo a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, tal como lo dispone el artículo 614 del Código General del Proceso (CGP).

49 El artículo 10 está en concordancia con el 270 CPACA porque este último clarifica que las sentencias de unificación jurisprudencial se dan por la importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia sobre un asunto determinado. Pero, ¿qué pasa con los asuntos que no lleguen a ser de objeto de unificación jurisprudencial por parte del Consejo de Estado? A nuestro juicio se aplicaría el criterio general de que tres sentencias del Consejo de Estado constituyen doctrina probable.

50 Las sentencias de la Corte Constitucional tienen fuerza vinculante para las autoridades administrativas, y en particular para las autoridades de regulación, en virtud de las sentencias de la Corte Constitucional C-634 y C-539 de 2011.

Por lo anterior, se puede afirmar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha incidido y seguirá incidiendo en las decisiones regulatorias de las autoridades de regulación.

c. Precedente administrativo

Como ya se expuso, el precedente administrativo quedó regulado en el artículo 10 CPACA. Para una mayor explicación de esta norma nos permitimos hacer las siguientes preguntas:

¿La autoridad de regulación que aprobó la tarifa de transporte de gas a la empresa X debería aplicar ese precedente a la empresa Y cuando esta última tramita su tarifa de transporte? En nuestro concepto sí lo debe hacer, porque está obligada a aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme cuando se presenten situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

¿Puede la comisión de regulación cambiar el precedente administrativo para la aprobación de las tarifas a la empresa Y? Aunque el artículo 10 CPACA, que regula el precedente administrativo, no señala si la autoridad administrativa puede apartarse o no, consideramos que, en aras de la garantía del principio de seguridad jurídica y confianza legítima, no sería posible cambiar el precedente administrativo en estricto sentido, ante los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Sin embargo, si se analiza esta situación en un sentido extensivo, cabe la posibilidad de apartarse del precedente, si la autoridad administrativa hace un ejercicio de adecuación bastante complejo con una gran carga argumentativa para justificarlo.

CONCLUSIONES

El artículo 10 CPACA establece, en concordancia con los artículos 102 y 270 *ibídem*, que las autoridades administrativas no solamente deben ceñirse al precedente administrativo, por un lado, sino también, por otro, al precedente judicial. Sobre este último aspecto, el artículo 10 CPACA señala que las autoridades en sus decisiones deben tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y, por virtud de la Sentencia C-634 de 2011 de la Corte Constitucional, también las sentencias en general de esta Corte, sin perjuicio del cumplimiento de las sentencias obligatorias, tales como las sentencias de control de legalidad y las sentencias que condenan a esas autoridades por parte del Consejo de Estado, así como las de control abstracto de constitucionalidad de la Corte Constitucional.

La regulación en Colombia se ha orientado hacia el mercado desde la década de 1990, y desde ese momento han proliferado las autoridades de regulación. No obstante, hay que destacar que a partir del año 2000 se ha

venido clarificando por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado el alcance de la regulación, su inserción en las fuentes del derecho colombiano y las facultades de las autoridades de regulación. Hoy por hoy, en Colombia, la regulación es de las más importantes modalidades de intervención del Estado. Esta modalidad se concreta en la adopción de decisiones de carácter general (decisiones impersonales) o de decisiones de carácter particular (situaciones jurídicas particulares).

La aplicación de precedentes judiciales y administrativos se da según el tipo de decisiones regulatorias de carácter general o particular. La autoridad administrativa regulatoria, cuando adopta una decisión de carácter general⁵¹, debe tener en cuenta el principio de legalidad y el precedente judicial. Las decisiones regulatorias de carácter particular son decisiones regladas o discrecionales, pero en todo caso sometidas al principio de legalidad, al precedente judicial y al precedente administrativo.

REFERENCIAS

- ARIÑO ORTIZ, G. (1996). *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Buenos Aires: De Palma.
- BERNAL PULIDO, C. (2009). El precedente en Colombia. En Bernal Pulido, C. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho n.º 7. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BÉRTOLA, L. y OCAMPO, J. A. (2013). *El desarrollo económico de América Latina desde la independencia*. México: FCE.
- Departamento Nacional de Planeación. (1990). Programa de modernización de la economía colombiana. Documento CONPES: DNP-2465-J. 22 de febrero de 1990, disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Económicos/2465.pdf> (Consultado el 10 de febrero de 2016).
- DÍEZ, S. (2014). El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. En Benavides, José Luis, comp. *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GARAY, L. J. (2016). Hacia la apertura económica, disponible en: <http://www.banrepultural.org/blaavirtual/economia/industrialatina/155.htm> (Consultado el 4 de febrero de 2016).
- IBÁÑEZ, J. E. (2007). La regulación y reglamentación en Colombia. En *Memorias VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo: VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- JULIO, A. (2002). Economía y ordenamiento constitucional. En Cuevas, Homero. *Teorías jurídicas y económicas del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

51 Estas decisiones regulatorias de carácter general, desde el punto de vista del derecho administrativo, son actos administrativos de carácter general.

- LIZARAZO, L. y ANZOLA, M. (2004). Regulación, autorregulación y desregulación. En Lizarazo, L. y Anzola, M., eds. académicas. *La regulación económica: tendencias y desafíos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- LÓPEZ LINALDI, L. A. (2012). La necesidad de crear un órgano de apelación para arbitrajes inversionista-Estado en CIADI. *Revista de Derecho Económico Internacional*, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Vol. 3, n.º 1 (diciembre).
- LÓPEZ MEDINA, D. (2000). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- LUQUI, R. E. (2005). *Revisión judicial de la actividad administrativa*. Buenos Aires: Astrea.
- MARÍN CORTÉS, F. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Temis.
- MORENO CASTILLO, L. F. (1999). Regulación económica con énfasis en la regulación de los servicios públicos domiciliarios. *Homo Iuris, Ensayos de Derecho Contemporáneo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 1 (agosto).
- MORENO CRUZ, P. (2014). Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial. (Re) visitando lugares comunes. En Benavides, J. L., comp. *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- OSPINA GARZÓN, A. Comentarios del Capítulo II (Derechos, Deberes, Prohibiciones, impedimentos y recusaciones). En Benavides, J. L., ed. *Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Comentado y concordado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- OSPINA GARZÓN, A. (2014). Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿veleidad o independencia del juez? En Benavides, J. L., comp. *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- NIETO ROA, L. G. (1991). Regulación Sistema Financiero. Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia n.º 117. En Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Constitucional* n.º 28, Bogotá.
- RIVERO, R. (1999). *Introducción al derecho administrativo económico*. Salamanca: Ratio Legis.
- SANTAELLA, H. (2014). La sujeción de la administración a los precedentes jurisprudenciales. En Benavides, J. L., comp. *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 24 de mayo de 2001. C.P.: Olga Inés Navarrete. Rad. 5801.

- Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 23 de septiembre de 2007. C.P.: Camilo Arciniegas Andrade. Rad. 11001-03-24-000-2003-00027-01.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 20 de marzo de 2008. C.P.: Enrique Gil Botero. Rad. 32690.
- Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. C.P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Rad. 11001-03-24-000-2004-00211-00.
- Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 11 de julio de 2009. C.P.: Martha Sofía Sanz Tobón. Rad. 4632.
- Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-974 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2004. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia T-545 de 2004. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 2010. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 2015. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub