

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**CONFLICTOS DE COMPETENCIAS DEDUCIDOS DE LA REGULACION
ECONOMICA**

TESIS DE GRADO

JAIME GUILLERMO ESPINOSA ZOTA

2017

**CONFLICTOS DE COMPETENCIAS DEDUCIDOS DE LA REGULACION
ECONOMICA**

RESUMEN

En la función de policía administrativa que ejerce el Estado en diversos ámbitos, se encuentra la regulación económica y social, como una expresión de las formas de intervención estatal con poder para limitar los derechos y libertades de los individuos en todos los sectores, los cuales se encuentran contenidos en disposiciones legales o reglamentarias que confieren competencias a los órganos de la Administración, al ser ejecutadas en ocasiones se interceptan, aun cuando encuentran fundamento y delimitación en el ordenamiento jurídico crean concomitancia en su aplicación - *rationae materiae o rationae personae*, con lo cual conforman un conflicto de competencia.

El objeto de esta tesis es explorar algunos de estos conflictos de competencias administrativas que se producen en ciertos organismos del orden nacional de la rama ejecutiva del poder público los cuales, culminan con un pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Se analizan algunos enunciados normativos que pueden dar lugar a numerosas interpretaciones, donde se agotan los criterios tradicionales de resolución como jerarquía, especialidad y cronología.

INDICE

Introducción.....	13
-------------------	----

CAPITULO I

ANTECEDENTES, CONCEPTO, Y ANÁLISIS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS

1. Reseña histórica de los conflictos de competencias administrativas.....	26
1.1. Desarrollo de la función de solución de los conflictos administrativos.....	26
2. Fundamentos jurídicos.....	46
2.1. Fundamentos constitucionales.....	46
2.2. Fundamentos legales.....	46
3. Definición de conflictos de competencias.....	50
3.1. Concepto.....	50
3.2. Posibles causas de los conflictos.....	52
3.2.1. Proliferación normativa en la distribución de competencias.....	54
4. Elementos de los conflictos de competencias administrativas.....	58
4.1. Competencia.....	60
4.2. Que existan dos o más normas que confieran la competencia a dos órganos administrativos.....	61
4.3. Que existan al menos dos o más entidades administrativas involucradas...	63
4.4. El conflicto debe versar sobre un asunto concreto.....	64
4.5. Que no exista pronunciamiento previo sobre el asunto.....	65
4.6. Suspensión de la actuación.....	65
5. Procedimiento para resolver los conflictos de competencias administrativas.	66
6. Clases de conflictos de competencias administrativas.....	70
6.1. Conflictos de competencias administrativas aparentes.....	74
6.1.1. Conflicto de competencias aparente positivo.....	74
6.1.2. Conflicto de competencias aparente negativo.....	78

6.2. Conflictos de competencias administrativas reales.....	82
6.2.1. Conflicto de competencias real positivo.....	82
6.2.2. Conflicto de competencias real negativo.....	85
7. Criterios para resolver los conflictos de competencias.....	88
7.1. Criterio jerárquico.....	89
7.2. Criterio cronológico.....	95
7.3. Criterio de especialidad.....	101
7.4. Criterio subjetivo – objetivo.....	106
8. Conclusiones.....	112

CAPITULO II

LA REGULACION ECONOMICA

1. Introducción.....	115
1.1. Noción de regulación.....	117
1.2. Que es la regulación.....	119
1.2.1. Regulación en sentido convencional.....	120
1.2.2. Regulación como interferencia del Estado en la economía.....	121
1.3. La regulación económica.....	123
1.4. Origen de la regulación.....	126
1.5. La Regulación en los Estados Unidos.....	130
1.6. La regulación en Europa.....	137
1.7. La regulación en Colombia.....	147
1.7.1. Antecedentes de la regulación económica en Colombia.....	152
1.7.2. La regulación económica antes de la Constitución Política de 1991.....	153
1.7.3. La regulación económica después de la Constitución Política de 1991.....	158
2. Fuentes de la regulación en Colombia.....	166
2.1. Fuentes normativas.....	167
2.1.1. Ley marco o cuadro.....	167
2.1.2. Ley orgánica.....	168

2.1.3. El acto administrativo de las Comisiones de regulación.....	169
2.1.4. Las decisiones de las altas corporaciones judiciales.....	173
2.1.5. Derecho como fuente de la regulación.....	173
3. Las agencias de regulación.....	178
3.1. Objeto de la regulación.....	188
3.2. Que se regula.....	193
3.2.1. La regulación en la calidad del servicio.....	197
3.2.2. La regulación en la eficiencia.....	198
3.3. Quien regula.....	202
3.4. Cuando se regula.....	209
3.5. Como se regula.....	214
4. Elementos de la regulación.....	222
4.1. El contrato como instrumento de regulación	222
4.2. Supervisión.....	223
4.2.1. Instrumentos de supervisión.....	226
a) Inspección.....	226
b) Vigilancia.....	226
c) Control.....	227
5. Medidas regulatorias.....	233
6. Características de la regulación.....	238
6.1. Independencia del regulador.....	238
6.2. Actividad continúa.....	239
6.3. Mantenimiento del orden económico.....	239
6.4. Ejercicio de poder discrecional.....	240
7. Conclusiones.....	240

CAPITULO III

COMPETENCIA EN MATERIA DE REGULACION ECONOMICA

I. Competencia en la regulación económica.....	244
1. Sector de la salud y la protección social.....	247
1.1. Ministerio de la salud y la protección social.....	247
1.2. Entidades adscritas al Ministerio de salud y la protección social.....	250
1.2.1. Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Invima...251	
1.2.2. Superintendencia Nacional de Salud.....	253
1.3. Entidades vinculadas al Ministerio de Salud y la Protección Social.....	255
2. Sector de comercio industria y turismo.....	256
2.1. Ministerio de Comercio Industria y Turismo.....	256
2.2. Entidades adscritas al Ministerio de Comercio Industria y Turismo.....	258
2.2.1. Superintendencia de Sociedades.....	258
2.2.2. Superintendencia de Industria y Comercio.....	260
2.3. Entidades vinculadas al Ministerio de Comercio Industria y Turismo.....	268
3. Sector de las tecnologías de la Información y las Comunicaciones.....	268
3.1. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones....	268
3.2. Entidades adscritas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.....	269
3.2.1. Comisión de Regulación de Comunicaciones.....	270
3.2.2. Agencia Nacional de Espectro.....	272
3.2.3. Autoridad Nacional de Televisión.....	274
3.3. Entidades vinculadas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.....	278
4. Sector del ambiente y desarrollo sostenible.....	278
4.1. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.....	278
4.2. Entidades adscritas y vinculadas al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.....	280
4.3. Entidades vinculadas:.....	281

4.4. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.....	282
5. Sector de transporte.....	285
5.1. Ministerio de Transporte.....	285
5.2. Entidades adscritas al Ministerio de Transporte.....	287
5.2.1. Agencia Nacional de la Infraestructura.....	287
5.2.2. Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.....	290
5.2.3. Superintendencia de Puertos y Transporte.....	292
5.2.4. Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte.....	294
6. Funciones generales de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.....	297
7. Conclusiones.....	303

CAPITULO IV

CONFLICTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS

1. Conflictos positivos de competencias administrativas.....	308
1.1. Conflicto positivo de competencias administrativas – Aeronáutica Civil Vs. Superintendencia de Industria y Comercio.....	308
1.1.1. Disposiciones que atribuyen la competencia.....	308
1.1.2. Antecedentes.....	309
1.1.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.....	310
1.1.4. Análisis del caso.....	310
1.2. Conflicto positivo de competencias administrativas Comisión Nacional de Televisión Vs Superintendencia de Industria y Comercio.....	312
1.2.1. Disposiciones que atribuyen competencia.....	312
1.2.2. Antecedentes.....	314
1.2.3. Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.....	315

1.2.4. Análisis del caso.....	316
1.3. Conflicto positivo de competencias administrativas - Superintendencia de Industria y Comercio Vs. Superintendencia Financiera.....	323
1.3.1. Disposiciones que atribuyen la competencia.....	323
1.3.2. Antecedentes.....	325
1.3.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.....	326
1.3.4. Análisis del caso.....	327
1.4. Conflicto positivo de competencias administrativas – Comisión Nacional de Televisión Vs. Consejo Nacional Electoral.....	329
1.4.1. Disposiciones que atribuyen la competencia.....	329
1.4.2. Antecedentes.....	330
1.4.3. Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.....	330
1.4.4. Análisis del caso.....	331
1.5. Conflicto positivo de competencias administrativas - Autoridad Nacional de Televisión Vs. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.....	332
1.5.1. Disposiciones que atribuyen competencia.....	332
1.5.2. Antecedentes.....	333
1.5.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.....	334
1.5.4. Análisis del caso.....	335
2. Conflictos negativos de competencias administrativas.....	337
2.1. Conflicto negativo de competencias administrativas - DIAN Vs. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.....	337
2.1.1. Disposiciones que atribuyen la competencia.....	337
2.1.2. Antecedentes.....	338
2.1.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.....	339
2.1.4. Análisis del caso.....	341

2.2. Conflicto negativo de competencias administrativas - Superintendencia de Sociedades Vs. Procuraduría General de la Nación.....	343
2.2.1. Disposiciones que atribuyen la competencia.....	343
2.2.2. Antecedentes.....	344
2.2.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.....	345
2.2.4. Análisis del caso.....	346
2.3. Conflicto negativo de competencias administrativas - Ministerio de Ambiente Vs. Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.....	350
2.3.1. Disposiciones que atribuyen la competencia.....	350
2.3.2. Antecedentes.....	351
2.3.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.....	352
2.3.4. Análisis del caso.....	352
2.4. Conflicto negativo de competencias administrativas - Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Vs. Superintendencia de la Economía Solidaria.....	355
2.4.1. Disposiciones que atribuyen la competencia.....	355
2.4.2. Antecedentes.....	356
2.4.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.....	357
2.4.4. Análisis del caso.....	358
2.5. Conflicto negativo de competencias administrativas - Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA Vs. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.....	361
2.5.1. Disposiciones que atribuyen la competencia.....	361
2.5.2. Antecedentes.....	362
2.5.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.....	363
2.5.4. Análisis del caso.....	364

2.6. Conflicto negativo de competencias administrativas - Agencia Nacional del Espectro Vs. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.....	366
2.6.1. Disposiciones que atribuyen la competencia.....	366
2.6.2. Antecedentes.....	367
2.6.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.....	368
2.6.4. Análisis del caso.....	369
2.7. Conflicto negativo de competencias administrativas Superintendencia de Industria y Comercio Vs. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.....	369
2.7.1. Disposiciones que atribuyen la competencia.....	370
2.7.2. Antecedentes.....	371
2.7.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.....	371
2.7.4. Análisis del caso.....	372
2.8. Conflicto negativo de competencias administrativas Superintendencia de Puertos y Transportes Vs. Superintendencia de La Economía Solidaria.....	374
2.8.1. Disposiciones que atribuyen la competencia.....	374
2.8.2. Antecedentes.....	375
2.8.3. Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.....	375
2.8.4. Análisis del caso.....	376
2.9. Conflicto negativo de competencias administrativas INVIMA Vs Superintendencia de Salud.....	377
2.9.1. Disposiciones que atribuyen la competencia.....	377
2.9.2. Antecedentes.....	378
2.9.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.....	378
2.9.4. Análisis del caso.....	379

2.10. Conflicto negativo de competencias administrativas Consejo Nacional Electoral Vs Comisión Nacional de Televisión.....	380
2.10.1. Disposiciones que atribuyen competencia.....	380
2.10.2. Antecedentes.....	381
2.10.3. Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.....	382
2.10.4. Análisis del caso.....	382
3. Técnicas orientadas a reducir los conflictos de competencias administrativas.....	388
3.1. La Autocomposición.....	389
3.2. La coordinación en la función administrativa.....	390
3.3. Colaboración y cooperación de la Administración.....	394
3.4. Subsidiariedad.....	402
3.5. La Autorregulación.....	406
3.6. La técnica del Softlaw.....	432
4. Conclusiones del capítulo.....	440
5. Conclusiones de la tesis.....	441
6. Bibliografía.....	459

INTRODUCCIÓN

En la nueva concepción del Estado, ha sido indispensable distribuir la actividad de la Administración siguiendo la estructura organizacional adoptada paulatinamente en las últimas décadas, la cual acoge el modelo de descentralización administrativa surgido con la creación de las agencias de regulación y los entes que vigilan la prestación del servicio público, en aras de lograr el mejor desempeño, eficiencia y calidad. Para tales fines, se conforma un conjunto de instituciones que encuentran convergencia en el ejercicio de la regulación económica y social. Esto en ocasiones origina desarticulación entre las autoridades, lo que a su vez impide el dinamismo de la gestión administrativa, obstruye el funcionamiento y retarda la consecución de los cometidos estatales.

En la distribución de las funciones públicas consignadas en el ordenamiento jurídico se aprecian deficiencias que causan incertidumbre en su ejercicio. Por consiguiente, se retrasa su aplicación debido a la proximidad en las facultades de vigilancia, lo cual genera una colisión orgánico-funcional que deriva en confusión para la actuación administrativa, sin encontrarse un remedio determinante en los criterios jurídicos tradicionales para la resolución de antinomias o conflictos normativos, que según Ausin¹ encuentra en la jerarquización, el principio de especialidad o el concepto cronológico.

Tales colisiones impiden la realización de los principios constitucionales que predica el artículo 209 del texto superior, siendo el derecho en la teoría kelseniana "...un sistema dinámico en el que las normas inferiores derivan su validez de otras superiores y competentes para autorizar formalmente su

¹ AUSIN, Txetxu, Entre la lógica y el derecho: paradojas y conflictos normativos, Plaza y Valdez, México D.F., 2005, p. 154. "El criterio jerárquico [establece que] de dos normas en conflicto prevalece la norma jerárquicamente superior. La inferioridad de una norma respecto a otra consiste en la menor fuerza de su poder normativo. El criterio cronológico [señala, a su vez, que] entre dos normas incompatibles prevalece la posterior en el tiempo. El criterio de especialidad [indica que] entre dos normas incompatibles, la una general y la otra especial o específica, prevalece la segunda".

vigencia, y de esta manera el ordenamiento jurídico acaba por conformar una estructura piramidal en la que por definición no pueden existir antinomias o contradicciones normativas”².

Se ha planteado que la distribución de competencias presenta un serio inconveniente, al considerar en qué grado es indispensable la regulación de nivel superior o, preferiblemente, en qué grado es suficiente la señalada por la instancia inferior: “El criterio de ordenación del ejercicio de las competencias más reiteradamente invocado para resolver estos problemas es el principio de subsidiariedad. Dicho principio más que una regla sobre reparto de competencias, resulta ser un criterio para adecuar su ejercicio. [...] Su desarrollo en el siglo XX está relacionado con las iniciativas de los poderes públicos en relación con las necesidades sociales, a efectos de decidir si deben limitarse a lo preciso para cubrir aquellas a las que la acción individual o colectiva privada no alcanza [...], a los efectos de armonizar el ejercicio de las competencias repartidas entre instancias territoriales superiores de carácter Federal y otras inferiores...”³.

En nuestro sistema normativo se establece una serie de órganos que conforman la Administración pública del orden nacional, dotados de facultades reglamentarias y de control sobre la actividad particular en diversos renglones de la economía y de la actividad social, la mayoría de ellos creados con el objeto de supervisar la prestación de los servicios al público velando por su adecuado suministro. Al ser desplegada la función supervisora, ésta en ocasiones roza con la actuación que se designa a ciertas personas jurídicas de derecho público para garantizar la protección de los usuarios.

² RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 17. 5 de marzo de 2011, <http://site.ebrary.com/lib/urosariosp/Doc?id=10057489&ppg=15>.

³ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general II: el ordenamiento Jurídico*, 1ª. ed., Lustel, Madrid, 2006, p. 256-257.

A este respecto Eduardo García de Enterría hace referencia a que “la pluralidad de ordenamientos jurídicos [es uno de los temas de discusión jurídica] la cual deriva, como, notó certeramente Santi Romano, de la pluralidad de organizaciones. Desde la perspectiva del derecho del Estado, al margen, pues, del derecho extraestatal (derecho internacional o supranacional, [...] esas organizaciones en cuanto reconocidas como entes personificados [...] integran cada una un ordenamiento específico. [...] de entes públicos (en cuanto de ellos derivan ordenamientos públicos) ha existido siempre”⁴.

El ordenamiento legal se integra por múltiples normas de diverso linaje las cuales constituyen un sistema de fuentes que sumando la jurisprudencia conforman el vasto mundo jurídico, el cual debe ser considerado, teniendo en cuenta la jerarquía normativa como fundamento de validez.

“La proliferación de complejos sistemas de fuentes, mucho más en estados descentralizados, complica la aplicación del criterio de jerarquía que ha de compatibilizarse con otros criterios que afectan el ámbito territorial de aplicación de las normas [...] el criterio de *lex superior* no es una regla de resolución de conflictos sino que opera como fundamento de validez sobre el que se construye el ordenamiento en su conjunto [...], es usado por el operador jurídico como un mecanismo de resolución de antinomias aparentes. [Según lo expresado, no puede existir contradicción entre una norma de carácter superior y una inferior, simplemente esta queda sin efecto al realizar una comparación al momento de decidir cuál debe ser aplicada. El criterio de jerarquía, combina criterios que se diluyen en el ámbito territorial al ejecutar las prescripciones legales], [...] la multiplicidad vertical de formas normativas presente en el mapa de fuentes se complica con la existencia de conflictos entre normas de la misma jerarquía”⁵.

⁴ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Temis, Bogotá, 2008, p. 256.

⁵ RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos...*, cit., p.78 - 80

Las leyes se multiplican no tan sólo en número, sino también según las particularidades expresadas en modos y circunstancias, empleadas, amoldándose a un lenguaje técnico según la materia.

“La progresiva especialización jurídica viene produciendo cada vez más una acusada proliferación de normas de carácter especial que pueden entrar en contradicción con disposiciones más generales sobre las mismas materias [...] Gran parte de la doctrina constitucional ha sostenido que [el] principio de competencia o de distribución de materias es un nuevo criterio para la resolución de conflictos normativos aparecido con la descentralización del Estado y la consecuente pluralidad de centros de poder o decisión [...] En este sentido, parece como si el criterio de competencia hubiera desplazado al de jerarquía con el objeto de regular, distribuir y garantizar eficazmente el marco jurídico entre normas estatales...”⁶.

Dada la complejidad del sistema jurídico, la abundancia normativa y la dispersión de funciones reasignadas a los entes administrativos en normas posteriores o especiales a otro órgano de la Administración, sin advertir sobre su preexistencia, desencadena tensión en las entidades comprometidas en un asunto, reputándose cada cual competente para aplicar su contenido, o bien declarándose incompetente por concebir que no corresponde asumir su conocimiento, según la interpretación dada a la norma competencial.

Se suscita así una multiplicidad de funciones de regulación, supervisión, inspección, vigilancia y control que se encuentran diseminadas en la actividad pública que reside en los organismos que integran la Administración, lo cual causa complejidad y colisión de competencias al adoptar una decisión. El resultado obtenido es un panorama difuso e impreciso para regular un contexto determinado.

⁶ Ibid. 84 - 88.

El objeto principal del presente trabajo es examinar algunos conflictos de competencias que se originan en el ámbito de la regulación por autorización normativa, desde la perspectiva funcional, lo cual imposibilita el desenvolvimiento fluido de la actividad administrativa y genera cuestionamientos en el sistema de supervisión. Esto contraviene los postulados constitucionales, quebrantando a su paso la seguridad jurídica, principio que envuelve la actuación pública.

Es preciso advertir que en este documento nos ocuparemos principalmente de las tensiones suscitadas en la Administración Nacional que eventualmente involucran la actividad supervisora de algunos entes autónomos.

Existe un amplio número de organismos en las administraciones que pueden entrar en controversias competenciales, sin embargo, aquí estudiaremos los sectores de mayor relevancia para la economía nacional donde se presentan conflictos frecuentes en el ejercicio de las competencias administrativas, como ocurre en los sectores de salud y protección social, comercio industria y turismo, tecnologías de la información y las comunicaciones, ambiente y transporte, por lo que para efectos prácticos no entraremos a discurrir en digresiones que envuelvan entes administrativos de nivel inferior.

Si bien hay sectores donde adicionalmente, podría haber competencias regulatorias de las entidades territoriales como en el caso de los usos del suelo y el transporte urbano de pasajeros, este trabajo se limita al análisis del conflicto de competencias entre autoridades de orden nacional.

Uno de los objetivos de esta investigación es identificar el término *regulación*, las implicaciones que encierra este vocablo, para proponer un enfoque más comprensivo de la problemática jurídica y su corolario. A este fin se desarrollan cuatro capítulos, como se explica a continuación.

El capítulo primero se refiere al conflicto de competencias, presenta su definición, las previsiones normativas que contiene el tratamiento que se daba a la situación desde fines del siglo XIX, su tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano hasta la actualidad, las posibles causas que los originan, sus elementos y las clases de conflictos que se han identificado junto a los criterios empleados para su resolución.

En esta sección se intenta hallar el origen del conflicto de competencias en nuestro medio, para ello se examina su procedencia desde el factor territorial así como desde la distribución misma de las competencias que incidían preponderantemente en el mercado. Se identifican instituciones gubernamentales que acumulaban funciones de regulación y de supervisión cuyas atribuciones se fueron trasladando entre los órganos de distinto nivel en la Administración.

El segundo capítulo se concentra en explicar el concepto de regulación y de regulación económica en la doctrina extranjera y nacional. A este efecto, se exhibe su origen angloamericano, su influencia en la organización interna del Estado moderno para ser ejercida por la agencia estatal que ha cobrado gran impulso en los últimos tiempos, donde se percibe claramente la tendencia a multiplicarse en número debido a la especialidad en cada materia, lo cual propicia mayor riesgo de aproximación en el ejercicio de las funciones administrativas.

Se presentan las acepciones que caracterizan la regulación desde una amplia perspectiva, su significado en sentido estricto, sus principales objetivos y desarrollo, los elementos que la integran, las formas en que suele manifestarse en los distintos ámbitos de la economía, junto a las medidas para hacerla efectiva.

En el capítulo tercero se describen las funciones de regulación y supervisión que son asignadas normativamente a los organismos de la Administración, las cuales revelan acercamiento y con la creación de las agencias especializadas llegan en ocasiones a controlar una materia que ya ha sido asignada a otra entidad del Estado.

Este no es el único problema que advierte la nueva regulación, en esta sección también podemos detectar la tendencia a confundir las competencias entre las entidades que regulan por ejemplo; el sector de ambiente y el sector de minas y energía, en este último, intervienen en la misma materia el Ministerio de Minas y Energía y la Comisión de Regulación de Energía y Gas, sin que se deslinden suficientemente sus competencias.

En el capítulo cuarto se exponen algunos conflictos positivos y negativos de competencias administrativas de gran trascendencia económica, donde algunos de ellos revelan indefinición, desconocimiento y renuencia de la Administración o elevada prevención por parte de los funcionarios al aplicar la normatividad existente que asigna las competencias, configurando conflictos aparentes. En otros casos, se percibe alta complejidad para determinar el órgano competente debido a la insuficiente precisión del enunciado que confiere la competencia.

En casos excepcionales se presentan vacíos normativos que pueden dar lugar a indecisión y por último, la controversia competencial puede atribuirse a un conflicto normativo real. Esta sección finaliza con la proposición de técnicas tendientes a disminuir los conflictos de competencias en la regulación, explicando algunos mecanismos que nos brindan alternativas a la problemática planteada reflexionando sobre la interpretación dogmática.

El tema abordado nos permite identificar algunos conflictos de competencias normativas en el sistema jurídico, el cual conduce a que los procesos que lleva a cabo la Administración al estar provistos de sobrerregulación obliguen a

suspender la actuación hasta obtener una resolución a la tensión surgida entre las entidades intervinientes. En la mayoría de los casos la colisión de funciones entre los organismos administrativos es remitida a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, donde se esclarece la interpretación dada al enunciado normativo que confiere la atribución competencial para aplicar la disposición normativa que determina el ejercicio de una entidad en la actuación administrativa.

La relevancia de este trabajo reside en el análisis de los principales criterios propuestos como alternativas para superar o prevenir los conflictos de competencias administrativas y se advierte sobre la conveniencia de llegar a un acuerdo previo por las partes involucradas en el conflicto, empleando mecanismos de autocomposición, haciendo uso de métodos razonables como subsidiariedad, cooperación y autorregulación que conduzcan a una reducción de los conflictos y a una resolución de las controversias antes de llevar la discrepancia a la instancia que ponga fin a la diferencia de interpretaciones entre las autoridades administrativas.

Otro punto de importancia, es advertir sobre el incremento exponencial de los conflictos de competencias administrativas a razón de la especialidad y la explosión normativa, se enseña el criterio aplicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para resolver las controversias.

El tema del conflicto de competencias administrativas ha sido tratado por la doctrina, pero sin ser emprendido desde la perspectiva específica planteada, lo cual resulta interesante estudiar en detalle con el objeto de examinar el origen y considerar los efectos que se derivan de la práctica de las facultades administrativas establecidas reiterativamente, admitiendo trazar una propuesta que modifique la posición adoptada por los funcionarios de la Administración.

En los casos expuestos se ejemplifica el enfrentamiento surgido entre algunas entidades públicas, lo que evidencia las deficiencias de calidad en el sistema normativo que causan el conflicto. Sin embargo, no se pretende realizar un análisis exhaustivo de todos los conflictos de competencias. Antes bien, se intenta dar cuenta de la existencia de choques al interior de la Administración, como se experimenta con los sucesos que se presentan en las decisiones concernientes al tema de estudio.

Por otro lado, el trabajo explica la manera como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha resuelto los conflictos entre las autoridades enfrentadas que acuden a su sede con el propósito de resolver sus controversias y establecer mediante las decisiones analizadas del alto tribunal, en qué medida el precedente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha servido de fundamento en la actuación de los funcionarios públicos y verificar si se ha dado cumplimiento a los principios descritos en el ordenamiento jurídico superior, tales como la eficacia, la economía y la celeridad de la función administrativa, de tal manera que contribuya a considerar alternativas encaminadas a contraer los conflictos de competencias y alcanzar una gestión pública oportuna y eficiente.

Los conflictos de competencias en el sistema administrativo permiten identificar el alcance de las facultades que ostenta cada órgano y tienen como fin evitar duplicidad de funciones, desgastes innecesarios y pugnas al interior de la Administración.

Es preciso avocar el estudio del conflicto de competencias administrativas en la función de regulación, supervisión, vigilancia, inspección y control, así como esclarecer el margen de acción de algunas entidades, con el objeto de fomentar la confianza legítima y la seguridad jurídica que debe transmitir el modelo de gobernanza a los administrados, sin obstaculizar el progreso económico, la productividad y el crecimiento del país.

Metodología de la investigación

En la investigación científica se emplean distintos métodos dependiendo del tipo de partida que acoja el autor. En el presente trabajo de investigación se inicia de lo general para arribar a lo particular, siendo la técnica de estudio aplicada, esta investigación se basara en el método deductivo, utilizando la clasificación directa e indirecta, partiendo de postulados y enunciados normativos mediante procesos de interpretación dogmático exegético que nos permiten analizar y comprender el contexto jurídico de nuestro entorno.

Alcance del método: se utilizaran sistemas comparativos de la legislación nacional y la legislación foránea. Se enunciaran teorías sobre el conflicto de competencias, acompañadas de fallos del Consejo de Estado.

Sucesivamente se explicara la noción de regulación, incorporando criterios que son relevantes en la temática planteada por la doctrina extranjera (angloamericana, francesa, española y argentina) y la teoría interna, relacionada con la función de regulación - supervisión y los elementos que comprende; la vigilancia, la inspección y el control.

Ulteriormente, se describirá la función de regulación, la función de policía de la Administración y se analizaran ciertas decisiones que se han producido al resolver los conflictos de competencias las cuales nos sirven de referencia para esclarecer la función administrativa.

El método designado en la presente investigación permite realizar un análisis e interpretación normativa, conocer las posturas más relevantes de los tratadistas relacionadas con los conceptos de interés en el tema de investigación, siendo el método apropiado, por cuanto el objeto de estudio es dilucidar las normas que originan *controversia jurídica* en la regulación administrativa, para luego efectuar

su evaluación y establecer las consecuencias de su aplicación a la realidad, para lo cual, es pertinente analizar algunos métodos jurídicos de interpretación.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA E HIPÓTESIS

Existen múltiples conflictos de competencias en el desarrollo de la función administrativa que son definidos por el Consejo de Estado, sin embargo, es una de las hipótesis de este trabajo que la solución dirime la controversia provisionalmente y no entrega una salida definitiva a la interceptación de funciones entre las entidades que ostentan funciones de policía administrativa. Significa que la decisión del alto tribunal administrativo remedia concretamente el asunto avocado temporalmente; no obstante, la cuestión relativa al conflicto normativo que confiere las competencias a los órganos de la Administración, subyace en algunos vestigios del ordenamiento jurídico.

En la actualidad se detectan divergencias entre los sujetos de derecho público que vigilan la actividad particular en distintos ámbitos, originadas en atribuciones deferidas legalmente o por vía reglamentaria que en su aplicación dan lugar a disensiones fundadas en la interpretación de la norma que autoriza el ejercicio de la función supervisora, según la percepción que realiza quien aborda el conocimiento del asunto; la cual, puede engendrar conflictos aparentes, o realmente la norma asigna el ejercicio concomitante a entes creados con el fin de regular un sector en aspectos puntuales, lo que origina un conflicto real; aun previendo la especialidad en la vigilancia que ejercen los órganos de control se observa que el conflicto persiste o surge uno nuevo.

De modo que, el órgano que controla un sector específico de la economía, realiza su función en consideración al sujeto - criterio subjetivo; eventualmente el sujeto vigilado despliega actividades que involucran la intervención de otra autoridad administrativa, por ello se ha optado por integrar el criterio objetivo – actividad. El nuevo interrogante que se origina es: ¿resulta suficiente la

regulación prevista y las soluciones adoptadas en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado?, o se hace necesario recurrir a mecanismos alternativos que adviertan la confluencia de agencias del Estado en desarrollo de la actuación administrativa.

OBJETIVOS

Objetivo general

Demostrar que el sistema de regulación administrativa según la estructura del modelo adoptado en Colombia no funciona correctamente.

Objetivos específicos

Analizar las competencias administrativas y la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo relativo a los conflictos de competencias, examinando la solución aplicada.

Incorporar mecanismos de solución que brinden un tratamiento abreviado, que eviten acudir al órgano decisorio en los eventos de colisión de funciones administrativas.

Presentar algunas técnicas que contribuyan a disminuir la colisión de competencias administrativas

Pregunta

¿Presenta la Administración pública deficiencias en la distribución y articulación funcional en el sistema de regulación y supervisión administrativa?

CAPITULO I

ANTECEDENTES, CONCEPTO, Y ANALISIS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS

1. Reseña histórica de los conflictos de competencias administrativas

Iniciaremos exponiendo el desarrollo de la función para resolver los conflictos de competencia que se originan en la Administración.

1.1. Desarrollo de la función de solución de los conflictos administrativos

En el contexto jurídico colombiano desde tiempos conmemorables, se han dispuesto normas que prevén instancias que proporcionan soluciones a la divergencia de criterios en la asunción de las funciones públicas. Así aconteció desde la expedición de la “Ley 147 de 1888, sobre organización judicial, le asignaba a la Corte Suprema de Justicia de manera privativa y en única instancia, la función de resolver”⁷ las discrepancias sobre competencias entre dos o más departamentos.

Posteriormente, el artículo 355 de “la Ley 149 de 1888, de régimen político y municipal, establecía un mecanismo al interior de la propia Administración para resolver aquellos conflictos relacionados con la competencia para llevar a cabo una determinada obra pública, cuando ésta involucraba a varias entidades territoriales”⁸.

Se colige de lo anterior que la Corte Suprema de Justicia, solucionaba los conflictos de competencias administrativas, como se contemplaba en el artículo 9º de la Ley 147 de 1888, sobre las facultades de los departamentos o cualquier otro asunto contencioso, más tarde la Ley 149/1888 de régimen político y

⁷ “Ley 147 de 1888. Artículo 9. De las cuestiones que se susciten entre dos o más Departamentos sobre competencia de facultades, propiedades o cualquier otro asunto contencioso”. 25/junio/2015, <http://www.aifc.com.co/admin/docs/1283751847colombia2009.pdf>, p.73

⁸ “Ley 149 de 1888. Artículo 355. Cuando se trate de llevar a efecto una obra que interese a varios Distritos y las autoridades municipales no pudieren ponerse de acuerdo sobre el asunto al ejecutarla, decidirá el punto el Prefecto de la Provincia a que pertenezcan los Distritos. Si pertenecieren a varias Provincias, el Gobernador del Departamento respectivo; si fueren de varios Departamentos, el Gobierno” *Ibíd.*

municipal, atribuye la competencia al superior jerárquico común, cuando el conflicto de competencia surgía por desacuerdo entre entidades territoriales involucradas en la construcción de una obra pública.

Se establecía entonces qué la resolución de los conflictos surgidos entre entidades territoriales, en temas referentes a facultades administrativas o en general en cualquier asunto que implicara contención, eran resueltos por la Corte Suprema de Justicia desde la creación de la Ley 147 de 1888; con la expedición de la Ley 149 del mismo año, la propia Administración solucionaba el conflicto empleando el criterio jerárquico, si éste involucraba a entidades territoriales que no lograban definir a quien correspondía ejercer la competencia para poner en ejecución la construcción de una obra pública. Además de esto, la Ley 149 se refiere a las funciones consultivas del Consejo de Estado, sin que hasta la época ostentara la función de resolver los conflictos administrativos sobre competencias:

Es importante resaltar además que para ese momento, la Ley 149 de 1888 sólo se refería a las funciones consultivas del Consejo de Estado, dentro de las cuales no se contemplaba la solución de los conflictos de competencia administrativa, lo cual sólo viene a suceder cuando se desarrollan sus atribuciones como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, de conformidad con la Ley 130 de 1913⁹.

La Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa de Colombia promulgó la Ley 63 del 30 de abril de 1905 sobre división territorial y organización judicial para la administración de justicia, que dividía el territorio de la República en distritos judiciales y determinaba su organización¹⁰. Consignando que cualquier duda

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, *La regulación de los conflictos de competencias administrativas* en el Derecho colombiano. 20 de enero de 2011, <http://190.24.134.67/pce/memoria/regulacion.pdf>, p.73.

¹⁰ "Ley 63 del 30 de abril de 1905, artículo 52. La Corte Suprema resolverá las dudas que ocurran sobre pormenores relativos a la organización judicial de los tribunales que no hayan sido previstas por las leyes. Parágrafo: Los Tribunales a su vez resolverán las que ocurran a los juzgados Superiores y de Circuito". Colombia, Archivo Nacional, Diario Oficial, Primer Semestre 1905, tomo 74, número 12.363 Bogotá, (miércoles 31 de mayo de 1905), p. 461.

sobre la organización judicial de los tribunales no prevista por la ley era resuelta por la Corte Suprema de Justicia.

Durante este periodo, al no producirse más normas relativas a la materia, los conflictos de competencias entre entidades territoriales eran resueltos por el superior jerárquico en la Administración, sin que se observen modificaciones durante la época con mayor razón, dada la supresión del Consejo de Estado desde 1905 hasta 1914. Por lo cual, si existía un superior común, este solucionaba las controversias competenciales originadas al interior de la Administración en temas concernientes a la ejecución de obras partiendo de la relación jerárquica que existe en el sistema de gobierno centralista, donde prevalece el trato de subordinación: las entidades de nivel inferior involucradas en un conflicto se sujetaban a lo que definiera el superior.

Concluimos entonces que, obedeciendo a la postrimetria judicialista del siglo XIX, la solución a los conflictos de competencias administrativas entre departamentos residía inicialmente en la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, en aspectos muy puntuales correspondería a la Administración si existía un superior común; y entrado el siglo XX, con el restablecimiento definitivo del Consejo de Estado¹¹, corresponde a los tribunales de lo

¹¹Podemos destacar como uno de los antecedentes de la función consultiva las audiencias reales en América, en las cuales eran partícipes “Los consejos reales eran cuerpos asesores por excelencia de los reyes gobernantes. Función que en la América española cumplieron las reales audiencias. Esta era la idea que se tenía al plasmar en el ordenamiento positivo los llamados consejos de Estado o consejos de gobierno, que nunca llegaron a tener asignadas funciones de carácter contencioso. Solo a partir de 1885 se encuentran antecedentes del Consejo de Estado como órgano de la jurisdicción contenciosa [...] Norma que pasó al texto constitucional de 1886 y que tan solo vino a desarrollarse a partir de 1914...” SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O., *Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de la Administración pública y el derecho administrativo*, tomo I, 3.ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 318. La Constitución de 1886, artículo 141 señaló las atribuciones del Supremo Órgano Consultivo de Gobierno. “El Título XIII-como título independiente de la Constitución de 1886 se restablece el Consejo de Estado como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración con atribuciones para preparar proyectos de ley y de códigos y para proponer reformas convenientes en todas las ramas de la legislación. Debe resaltarse que en esta Constitución se concibe por primera vez la posibilidad de que el Consejo de Estado opere como órgano de lo contencioso-administrativo...” ZAMBRANO CETINA, William, “Los antecedentes de la función consultiva y su evolución institucional hasta la Constitución de 1991”, Memorias Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso administrativa,

Contencioso Administrativo, dependiendo del nivel de la entidad involucrada en el asunto como se observa a continuación:

Por su parte, los literales *d* y *f* del artículo 38 de la misma Ley 130 de 1913, le encargan a los Tribunales Administrativos Seccionales, la función de resolver los conflictos de competencias entre entidades departamentales y municipales: “Artículo 38. Los Tribunales Administrativos Seccionales conocen privativamente y en única instancia de los asuntos siguientes: d) De las cuestiones que se susciten, en el campo administrativo entre dos o más Municipios situados dentro del territorio de su jurisdicción; f) De las cuestiones que se susciten, en el campo administrativo, entre un Departamento, una Intendencia o una Comisaría, situados dentro del territorio de su jurisdicción y un Municipio cualquiera”. Y, finalmente, cuando se trata de conflictos de competencias administrativas entre Municipios ubicados en diferentes jurisdicciones, la función se asigna a prevención a los Tribunales donde esté ubicado cualquiera de ellos: “Artículo 41: los tribunales administrativos seccionales conocerán, a prevención de las cuestiones que se susciten, en el campo administrativo, entre dos o más Municipios situados en distintos Departamentos, Intendencias o Comisarías, siempre que uno de ellos esté situado dentro de la jurisdicción del Tribunal que aprehende el conocimiento”¹².

Según lo anterior, la Ley 130 de 1913, asigna la competencia por primera vez a los tribunales administrativos seccionales para conocer de los conflictos entre entidades departamentales, municipales, intendencias y comisarias, con competencia a prevención entre municipios ubicados en diferentes jurisdicciones. Si se trataba de conflictos entre entidades estatales era remitido al Consejo de Estado siguiendo el siguiente procedimiento:

Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá 7-11 de julio de 2008, p. 312. Sin embargo, el Acto Legislativo 10 de 1905 suprime nuevamente el Consejo de Estado, que es restablecido nuevamente con la Ley 130 de 1913 y el Acto Legislativo de 1914, establece la dualidad de jurisdicciones creando la jurisdicción especial o de lo contencioso administrativo. Es pertinente resaltar que, la función consultiva del Consejo de Estado se limitaba únicamente a los asuntos de la Administración y por solicitud exclusiva del gobierno, sin que cualquier órgano de inferior categoría en la Administración pudiera consultar directamente al Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno.

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, *La regulación de los conflictos de competencias administrativas en el derecho colombiano*. 30 de marzo de 2014, <http://consejodeestado.gov.co/memoria/regulacion.pdf>, p. 74.

El Título V de esta Ley 130 de 1913 regulaba “los diferentes procedimientos en lo contencioso administrativo” ocupándose en un capítulo especial del que se debía seguir para resolver lo relativo a “las competencias sobre facultades administrativas entre las entidades políticas” Este tenía dos características especiales que desaparecieron posteriormente: por una parte, el uso de audiencia pública para recibir los alegatos de las entidades públicas involucradas y, por otra, la participación del Ministerio Público. Establecía el artículo 88: De las competencias sobre facultades entre entidades políticas. Artículo 88. Los juicios sobre competencia de facultades administrativas entre la Nación y un Departamento, o entre dos o más de éstos, se tramitan así:

- a) La autoridad que insiste deberá remitir inmediatamente lo actuado al tribunal supremo de lo contencioso administrativo;
- b) Repartido el asunto, el Magistrado sustanciador señala día y hora para que se verifique la audiencia pública ante el tribunal;
- c) En ella representa a la Nación el procurador General de Nación si aquella está interesada,
- d) Los Departamentos deben hacerse representar por voceros especiales:
- e) Si en el juicio no es parte la Nación debe oírse siempre al Procurador General en interés de la ley;
- f) Verificada la audiencia o declarada surtida y presentados los alegatos de escritos, vencido el término de los tres días siguientes a la audiencia, dentro de los cuales las partes pueden presentar el resumen de sus alegaciones orales, principia a correr al Magistrado sustanciador, el termino que tiene para la presentación del proyecto de sentencia¹³.

Con el restablecimiento del Consejo de Estado mediante la expedición del Acto Legislativo 10 de 1914, como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno y Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y la creación de la Ley 60 de 1914 se divide el Consejo de Estado en dos salas: “La Ley 60 de 1914 dividió el Consejo de Estado en dos Salas: La Sala de Negocios Generales [...] tenía a su cargo las consultas y la Sala de lo Contencioso Administrativo. [...] La Ley 70 de 1930 eliminó la división del Consejo de Estado en Salas y dejó todos los asuntos

¹³ CONSEJO DE ESTADO, *Sala de Consulta y Servicio Civil, Memoria 2009*, Imaginarte Editores, Bogotá, febrero de 2010, p.75.

de su competencia, incluso los relacionados con consultas para ser resueltos por el Consejo de Estado en Pleno”¹⁴.

Lo anterior significa que, según el artículo 88 de la Ley 130 de 1913, el Consejo de Estado, conocía de los juicios sobre competencias en materia de facultades administrativas, por tratarse de asuntos que involucraban la nación y los departamentos, con la reforma introducida por la Ley 60 de 1914, se crean las dos salas que lo conformaban, para distinguir las funciones de consulta de las contenciosas, y con la connotación dada de juicio al proceso sobre facultades administrativas se asignaba a la Sala de lo Contencioso Administrativo, más tarde, como se señala, esta división es suprimida para que dichas funciones fueran asumidas por la Sala en Pleno.

Haciendo un parangón y a título de ejemplo de los conflictos de competencias de la época, hemos traído el conflicto negativo de competencias acontecido entre la Gobernación de Cundinamarca y el Ministerio de Obras Públicas, a raíz de un cobro formal dirigido al gobernador de Cundinamarca con fecha 20 de octubre de 1908, por una zona de terreno de propiedad del reclamante tomada para la construcción de la carretera del Meta, la cual había sido declarada vía departamental de Cundinamarca. El gobernador argumentaba que dicha vía podía considerarse como vía nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 60 de 1905 que señalaba: “Artículo 1° Declárense vías nacionales todas aquellas que por su importancia, como las férreas, carreteras de más de 50 kilómetros de longitud y canalización de ríos, requieran recursos cuantiosos para su construcción y conservación. El gobierno atenderá únicamente a esta clase de vías, determinadas previamente por el Cuerpo Legislativo”, por lo cual, lo remite al Ministerio de Obras Públicas. Este también se considera incompetente y el 25 de enero de 1909 lo devuelve a la entidad de origen.

¹⁴ ZAMBRANO CETINA, William, “Los antecedentes de la función consultiva y su evolución institucional hasta la Constitución de 1991”, *Memorias Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso administrativa*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá 7-11 de julio de 2008, p. 315.

Después de devolver la solicitud una y otra vez entre las entidades involucradas, en resolución del 1 de agosto de 1917, el Ministerio de Obras Públicas resuelve enviar la reclamación al Consejo de Estado para que resolviera sobre el conflicto de competencias entre la Nación y el Departamento.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, asume el conocimiento y realiza un análisis de las normas atinentes a la materia desde la expedición del artículo 15 de la Ley 19 de 1882, el cual mencionaba que se trataba de una vía perteneciente al Estado de Cundinamarca sucedido por el Departamento de Cundinamarca, que había expedido una serie de ordenanzas que indicaban que la vía pertenecía a sus predios. Adicionalmente, el Gobierno Nacional no había ejecutado obra alguna sobre la vía y el artículo 1 de la Ley 50 de 1910 establecía que todas las vías públicas nacionales quedaban a cargo de los Departamentos y de los Distritos según la división. Con base en los hechos cumplidos y las disposiciones transcritas la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resuelve declarar que la Gobernación del Departamento de Cundinamarca es la autoridad competente para fallar la reclamación interpuesta¹⁵.

Notemos primeramente que para obtener respuesta a la solicitud del interesado, la Administración se tardó 10 años en resolver. Ahora bien, el Consejo de Estado examina los presupuestos para presentar el conflicto, en primer lugar: i) que se trate de entidades de orden nacional, ii) que el conflicto se refiera a funciones administrativas, y iii) que existan dos entidades enfrentadas para abordar su conocimiento. La Sala realiza un análisis sistemático e integral de las normas para definir la competencia y concluye que esta recae sobre el Departamento de Cundinamarca. Se observa que la gobernación de Cundinamarca efectúa una interpretación sesgada de las normas concernientes a la materia para proponer el conflicto.

¹⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación 304-CE-SCA-1918-03-05 del 5 de marzo de 1918, Consejero Ponente Luis F. Rosales

Por otro lado, se infiere que el legislador de la época fundamentó la expedición de las normas que asignaban la competencia al Consejo de Estado, en razón a la materia, y debido al naciente desarrollo de las regiones con la construcción de vías y carreteras empiezan a surgir los primeros conflictos entre entidades administrativas; prueba de ello, fue la expedición del artículo 9 de la Ley 147 de 1888, que se refería literalmente al desacuerdo entre entidades territoriales involucradas en la construcción de una obra pública. Con la evolución normativa se llegó a la conclusión de que la facultad para resolver este tipo de conflictos debía ser una función del Consejo de Estado y se expidieron el artículo 88 y el inciso sexto del artículo 18 de la Ley 130 de 1913, que se referían a las cuestiones sobre competencia en materia de facultades administrativas entre la Nación y un Departamento o entre dos o más de estos.

“La Ley 167 de 1941 mantiene el carácter jurisdiccional de la regulación de los conflictos de competencias administrativas. En su artículo 33 se anunciaban las funciones del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y con jurisdicción en todo el territorio de la República ; y el artículo 34 señalaba que le correspondía conocer privativamente y en única instancia, entre otros asuntos, 5o De la cuestiones que se susciten entre el Estado y uno o más Departamentos o Municipios, sobre competencia de facultades administrativas, o entre dos o más Departamentos, o entre uno de estos y una intendencia o comisaría por el mismo motivo”¹⁶.

Respecto al procedimiento descrito en el artículo 141 de la Ley 167 de 1941, el cual se refería al vencimiento de “los términos de traslado para alegar si alguno de los interesados lo solicitare, o el Consejo de Estado lo estima conveniente, se dispondrá la celebración de una audiencia pública y se señalara día y hora para oír a las partes”¹⁷. Esto significaba que si el Consejo de Estado lo estimaba

¹⁶ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, *La regulación de los conflictos de competencias...*, cit., p. 74-76

¹⁷ GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel, *Derecho Contencioso-Administrativo Colombiano*, 2ª ed., Retina, Bogotá, 1976, p. 283.

conveniente fijaba la audiencia que contemplaba la Ley 130 de 1913, podemos señalar que con la redacción del presente artículo se deducía que era facultativo de la Alta Corporación fijar la audiencia que antes parecía ser obligatoria.

“El Acto Legislativo [1 de 1945] precisó las funciones del Consejo de Estado como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno y como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y ordenó de nuevo la división en Salas o Secciones para separar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo de las demás que le asignan la Constitución y la ley...”¹⁸.

Mediante la expedición del artículo 9 de la Ley 19 de 1958¹⁹, se crea la Sala consultiva especializada del Consejo de Estado que desempeñaba las funciones consultivas que realizaba la anterior Sala de Negocios Generales (que había sido creada mediante la Ley 60/1914, y posteriormente eliminada con la Ley 70/1930 y todas sus funciones pasaron a ser ejercidas por el Consejo de Estado en Pleno). Aquí se denomina “*Sala de Servicio Civil*”:

... el Decreto ley 1153 de 1959 señaló que dicha Sala estaría integrada por los consejeros que conformaban la Sala de Negocios Generales del mismo Consejo, es decir, por quienes cumplían la función consultiva. [...] Recordemos que el artículo 48 del Acto legislativo 1 de 1968 estableció dentro de las atribuciones del Consejo de Estado, regulado en el mismo Título XIII de la Constitución de 1886, nuevamente y en primer lugar la de “actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen”²⁰.

¹⁸ ZAMBRANO CETINA, William, *Los antecedentes de la función consultiva...*, cit., p. 316

¹⁹ “Colombia. Congreso de la República. Ley 19 de 1958, artículo 9. Créase en el seno del Consejo de Estado, una sala consultiva especializada que se denominará Sala de servicio civil, a la cual deberán someterse los proyectos de ley o de decreto en materia de servicio civil. Esta sala rendirá su concepto sobre los proyectos que le sean presentados, dentro del término y en las condiciones que determine el decreto reglamentario. Los representantes de los servidores públicos interesados en el proyecto, los representantes del departamento administrativo del servicio civil y, cuando el proyecto presente implicaciones fiscales, los representantes de la dirección nacional del presupuesto, podrán tomar parte en las deliberaciones de la sala de servicio civil”.

²⁰ ZAMBRANO CETINA, William, *Los antecedentes de la función consultiva...*, cit., p. 317.

Volviendo a la etapa descrita en la Ley 19 de 1958 esta “tuvo por objeto dar una orientación técnica a la rama ejecutiva. Esta reforma se emprendió durante el gobierno del doctor Alberto Lleras Camargo y sus propósitos fundamentales fueron: - Asegurar la continuidad y la coordinación en la actividad oficial, [señalando que debía] - Obrar conforme a planes de desarrollo progresivo - Lograr simplificación y economía en las tramitaciones oficiales - Evitar la duplicidad de labores y las funciones paralelas - Promover el ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de aquellos que puedan funcionar más eficazmente bajo la dirección de las autoridades departamentales y municipales”²¹. Frente a la duplicidad funcional en la actividad administrativa, el legislador pretendió dar solución al problema de las competencias paralelas y realizó un intento por mejorar la función de la Administración al introducir en el ordenamiento jurídico procedimientos que evitaran la duplicidad en el ejercicio de las funciones públicas en las entidades del Estado.

Mediante la expedición del Decreto Ley 2733 de 1959, artículo 6º, “se reglamenta el derecho de petición y se dictan normas sobre procedimientos administrativos, va a referirse a los conflictos de competencias administrativas, en el sentido de señalar *un plazo* para que aquella autoridad que se considere incompetente lo remita a quien corresponda”²²; con lo cual se prepara la elaboración del procedimiento para promover un conflicto entre entidades administrativas por causa de una petición.

Posteriormente, la Ley 27 de 1963 reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar varios decretos sobre competencia y organización judicial hasta el 20 de julio de 1964, conforme al numeral 12 del

²¹ YOUNES MORENO, Diego, *Curso de derecho administrativo*, Temis, Bogotá, 1997, p. 20.

²² “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto Ley 2733 de 1959, artículo 6º. El funcionario o agente a quien corresponda resolver una petición, deberá hacerlo en términos definidos, es decir, concediendo o negando lo que se pide, si tal es su sentido, o absolviendo la consulta propuesta, si ello es lo procedente. Parágrafo.- Si la petición no fuere de la incumbencia directa del funcionario o agente a quien va dirigida, este deberá enviarla, en el término de ocho días contados a partir de su recibo, al agente o funcionario que sea competente, informando de ello al interesado”.25/junio/2015.http://www.aifc.com.co/admin/docs/1283751847colombia2009.pdf,p.77

artículo 76 de la Constitución Política de 1886, dicha ley tuvo origen en el proyecto iniciado en la Cámara de Representantes²³ número 12 de 1963, artículo 1, literales *d)*, *e)* y *f)* que otorgan facultades para delimitar, modificar y reorganizar la competencia y las Salas del Consejo de Estado.

Para lo cual, se expide el numeral 5 del artículo 31 del Decreto Ley 528 de 1964, y se traslada por primera vez a la Sala de Consulta y Servicio Civil el conocimiento de los conflictos de competencias administrativas entre entidades administrativas de orden nacional y entre entidades territoriales²⁴. Respecto al proceso que decide sobre las facultades administrativas la doctrina señala que: “no es juicio en pleno sentido de la expresión, porque en estos procesos de competencias no se decide nada sobre el derecho aplicable a un problema o sobre la forma como se debe resolver ese problema o reclamación formulada por un particular [...] el artículo 31 ordinal 5 del decreto-ley 528 de 1964, al señalar los asuntos de competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, [...] incluyo a los establecimientos públicos y a las empresas industriales y comerciales del Estado que han venido apareciendo en el derecho administrativo colombiano a partir de 1937, entre las personas estatales que pueden entrar en conflicto de competencias administrativas”²⁵.

La concepción acogida en la época para decidir las cuestiones administrativas, según el numeral 5 del artículo 31 del Decreto 528 de 1964, se funda en la tesis de que allí, no se decidía nada sobre el derecho, simplemente se resolvía sobre la entidad competente para conocer del asunto. A este respecto, podemos indicar que la Sala, no ostenta funciones jurisdiccionales por disposición expresa

²³ DIMAS BARRERO, Cesar, *Historia de las leyes, tomo XXII, Legislatura de 1963*, Antecedentes Cámara de Representantes, Proyecto de Ley número 12, Imprenta Nacional, Bogotá D.E., 1980, p. 283.

²⁴ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto Ley 528 de 1964, artículo 31. Son atribuciones de la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado: [...] 5o. Decidir las cuestiones que se susciten entre la Nación y uno o más Departamentos o Municipios, entre dos o más Departamentos, o entre uno de éstos y una Intendencia o Comisaría, o entre cualquiera de las entidades citadas y un establecimiento público, o entre dos o más establecimientos o empresas públicas, sobre competencia de facultades administrativas”.

²⁵ GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel, *Derecho Contencioso...*, cit., p. 281-282.

del artículo 2 de la Ley 50 de 1967²⁶. Esta justificación se recoge en la actualidad y se constituye en uno de los principales motivos que llevó al gobierno de la época a designar tal facultad en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Sin más modificaciones hasta la expedición del Decreto 01 de 1984, que regulaba el trámite para la definición de competencias administrativas otorgándole el carácter de una acción, la cual, fue establecida en el artículo 88 del CCA, tuvo origen en la comisión asesora para la reforma del Código Contencioso Administrativo creada por el artículo 12 de la Ley 58 del 28 de diciembre de 1982 integrada por personalidades del gobierno, del Consejo de Estado, de la Academia de Jurisprudencia y de la Cámara de Representantes, quienes deliberaban sobre el proyecto e intentaban darle una redacción más clara y sencilla a las disposiciones relativas al tema. Por su parte, el Dr. Humberto Mora Osejo, proponía “lo que sugerimos es, que hay una clausula general de competencia según la cual el Consejo de Estado dirime los conflictos de competencia entre entidades administrativas, entre todas las que se presenten si cualquiera de esas entidades no está comprendida en la jurisdicción territorial de un Tribunal Administrativo, porque si lo está, las dirime este”²⁷.

El carácter de acción judicial dado al conflicto de competencias administrativas se debió a la frecuencia con que el Consejo de Estado debía definir el juzgamiento de actos concretos provenientes de municipios donde funcionaban una dualidad de Concejos o hasta tres paralelamente, cada cual expedía sus propios Acuerdos, en la preparación del texto de la norma se dijo: “este acto es

²⁶ “Colombia. Congreso de la República. Ley 50 de 1967, artículo 2. La Sala de Consulta y de Servicio Civil estará integrada por Cuatro (4) Consejeros escogidos por el Gobierno, con sujeción a las normas sobre la paridad política, entre todos los Consejeros de Estado y sus miembros no tomarán parte en las funciones jurisdiccionales que están atribuidas a la Corporación. Parágrafo. Queda en estos términos sustituido el artículo 26 del Decreto extraordinario número 528 de 1964”.

²⁷ MINISTERIO DEL INTERIOR, Comisión Asesora del Código Contencioso Administrativo, Bogotá D.C., 1983, Acta No. 4, p.8.

nulo por cuanto el que se dice Concejo, no es tal, sino es apenas una reunión irregular del mismo [...] no se trata de discutir los actos de elección de los concejales principales y suplentes, sino de la composición misma de esa entidad que es una situación de hecho que puede ser accidental pero que crea un conflicto que impide en muchos casos que la Corporación funcione, [...] el Consejo de Estado resuelve [...], o el Tribunal también, pero sin dirimir el gran problema que es como hacer que esa Corporación funcione legítimamente y como tomar la medida para decir: así debe ser: [...] sería una acción tendiente a que se defina la legitimidad de esa Corporación y por eso colocamos este problema dentro de los conflictos de competencia de facultades administrativas”²⁸.

Luego de múltiples disertaciones se decidió por unanimidad que la redacción fuera la que quedo consignada en el artículo 128 del Decreto 01 de 1984, como una función de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 128. EN UNICA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

[...]

15. De los de definición de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de éstas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo Tribunal administrativo²⁹.

Es importante destacar que hasta la expedición del Decreto 01 de 1984 esta atribución se encontraba radicada en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. El artículo 88 del Decreto 01 de 1984³⁰, anterior Código

²⁸ *Ibíd.*, p. 9-10.

²⁹ Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 01 de 1984, artículo 128, numeral 15.

³⁰ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 01 de 1984, artículo 88. Cuando varias autoridades realicen simultáneamente actos preparatorios o definitivos para ejercer funciones iguales

Contencioso Administrativo, lo definía como acción de definición de competencias administrativas, aunque “no es propiamente una acción sino que corresponde a un proceso especial que se sigue ante la jurisdicción administrativa para dirimir los conflictos que sobre competencias administrativas se presenten en el seno de la administración”³¹.

Aquí se alude, a que no se trataba de una acción propiamente, sino de un proceso especial; significando con ello, que no era en sí mismo un proceso judicial, esta filiación se debió a que en el proceso de definición de competencias seguía la nulidad o suspensión de lo actuado, “si bien su finalidad es definir cuál es el organismo o funcionario competente, con la consiguiente nulidad o la suspensión de lo hecho por el incompetente”³². El problema que se presentaba inicialmente, el cual, inspiró a la comisión asesora a ubicarlo en el contexto judicial se atribuye a que el Consejo de Estado, al principio debía resolver sobre el acto demandado, expedido por una corporación ilegítima dentro de un municipio y no tenía otra alternativa más que resolver el conflicto (entre Concejos) declarando la nulidad del acto.

Por otro lado, se entendía la acción de definición de competencias administrativas como una acción con unos términos breves, era bajo el supuesto de que se trataba de definir una situación jurídica adelantada por dos entidades administrativas en cualquier etapa del proceso la cual, se promovía con el objeto de obtener mediante una acción de carácter judicial la anulación o suspensión del acto administrativo que se hubiese producido. “Por su parte, el artículo 88 regulaba la definición de competencias como una acción contenciosa, bajo dos presupuestos (i) que en esencia la acción resolvía conflictos de competencia

respecto de una misma persona o cosa, o funciones diferentes pero que se opongan entre sí, cualquier persona que demuestre interés directo o cualquiera de esas mismas autoridades, podrá pedir que se suspendan o anulen los actos producidos y que se defina cuál es la autoridad a quien corresponde la decisión, y el alcance de su competencia”.

³¹ Betancur Jaramillo, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, 6ta ed., señal editora, Medellín, 2002, p.59

³² Betancur Jaramillo, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, 2da ed., señal editora, Medellín, 1985, p.33.

positivos, esto es, cuando dos autoridades distintas adelantaban procedimientos o producían decisiones tendientes a resolver una misma situación jurídica; y (ii) que la acción podía recaer tanto sobre actos preparatorios como definitivos, respecto de los cuales era factible pedir su suspensión o anulación”³³.

En la modificación realizada al artículo 88 del Decreto 01 de 1984, cuyo texto es reformado por el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989, incluye los términos para la remisión de la actuación, asigna expresamente la competencia para dirimir el conflicto a la Sala Plena del Consejo de Estado, refiriéndose a los conflictos positivos y negativos de competencia que no mencionaba el texto original, eliminando mediante esta acción la posibilidad de lograr la anulación del acto, resolviendo únicamente lo relacionado a la competencia de la autoridad, restringiendo la posibilidad de que en el trámite judicial intervengan personas distintas a las autoridades en disputa, “como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, después de la modificación introducida [por el] artículo 18 del D. L. 2304 de 1989, las partes intervinientes en el trámite judicial de definición de competencias administrativas son sólo las entidades públicas trabadas en el conflicto y no las involucradas en la actuación específica cuyo conocimiento se disputan aquellas [...] (Auto de 11 de febrero de 1991, Exp. C-124, Actor: José Padilla Villar)”³⁴.

Es preciso señalar que, los conflictos de competencias administrativas al no ser considerados como una controversia judicial, son llevados a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que no resuelve sobre la validez del acto simplemente decide sobre la autoridad competente para conocer de un asunto; por ello, se expresa: “El Consejo de Estado en pleno no tiene, pues función jurisdiccional alguna, en razón a que de él forman parte los consejeros de la Sala de Consulta y Servicio Civil y estos, por mandato expreso del artículo 2 de

³³ <http://consejodeestado.gov.co/memoria/regulacion.pdf>, 30 de marzo de 2014..., cit., p.78.

³⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación C-343 del 25 de febrero de 1997, Consejera Ponente Dolly Pedraza de Arenas

la ley 50 de 1967, no toman parte en las funciones jurisdiccionales atribuidas a la corporación”³⁵.

Posteriormente, el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, adiciona el numeral 9 al artículo 97 del Decreto 01 de 1984, y ratifica la función especial de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para definir las competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, cuando no comprendía la jurisdicción territorial del tribunal que correspondiera. Así mismo, el artículo 39 de la Ley 446/1998 subroga el artículo 131 del CCA., que se refiere a la competencia de los tribunales administrativos en única instancia, modifica la redacción del numeral 11, y lo ubica en el numeral 3 señalando, que les corresponde definir las competencias administrativas entre entidades públicas del orden departamental, distrital o municipal, (antes mencionaba entidades territoriales y descentralizadas de orden departamental) la nueva redacción suprime las intendencias y las comisarias.

Por su parte, el legislador advirtiendo sobre la doble actuación de la Administración expide la Ley 790 de 2002, artículo 1 literal b, y artículo 2 literal d, aludían al tema de duplicidad de funciones, para lo cual el gobierno adopto cambios en la estructura administrativa fusionando entidades administrativas como solución a la cuestión. Después de ello, se expide la Ley 954 de 2005, la cual deroga el artículo 88 del Decreto 01 de 1984³⁶.

³⁵ GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel, *Derecho Procesal Administrativo*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 1999, p.192.

³⁶ “Colombia. Congreso de la República. Ley 954 de 2005, artículo 4º. CONFLICTOS DE COMPETENCIA. Adicionase el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo con el siguiente párrafo: Párrafo. Los conflictos de competencias administrativas se resolverán de oficio, o por solicitud de la persona interesada. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente remitirá la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Si dos entidades administrativas se consideran competentes para conocer y definir determinado asunto, remitirán la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: “Recibida la actuación en la Secretaría de la Sala, se fijará por tres (3) días hábiles comunes en lista a fin de que los representantes de las entidades en conflicto y las personas que tuvieran interés en el asunto

En la motivación del proyecto de la Ley 954 de 2005, se explica que la función de resolver los conflictos de competencias administrativas es una decisión de carácter administrativo, no una decisión de carácter judicial, pues no comporta una acción judicial y no se discuten derechos subjetivos por lo cual dicha función es trasladada a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Debemos señalar que el trasfondo del asunto, radicaba en el propósito de descongestionar la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, como lo expone el senador Oswaldo Darío Martínez Betancourt en la exposición de motivos del proyecto de ley. “El proyecto de ley que se presenta a la consideración del honorable Congreso de la República tiene el propósito fundamental de descongestionar tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, como las diferentes Secciones que la integran, todas las cuales viven una verdadera situación de emergencia...”³⁷, dando la connotación de un trámite especial dentro en una actuación administrativa.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el presente declara a que entidad le corresponde ejercer las facultades asignadas legalmente, en caso de diferencias de criterio sobre el ejercicio de la competencia entre dos entidades administrativas, acto que no difiere sustancialmente a lo establecido en el Decreto Ley 528 de 1964, respecto al ente que solucionaba este tipo de controversias.

Es importante señalar que, la competencia otorgada a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para resolver los conflictos de competencia, se ajusta al principio de legalidad³⁸ y al Estado de Derecho, al cual se sujetan los

puedan presentar sus alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes”. Deroga el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo (Decreto No. 01 de 1984)

³⁷ Colombia. Congreso de la República. SENADO, Proyecto de Ley 194/2004

³⁸ El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 del 18 de enero 2011–, entró en vigor el 2 de julio de 2012, introduce en su artículo 39 la regulación de los conflictos de competencia administrativa señalando su procedimiento. Adicionalmente el numeral 10 del artículo 112 ratifica la función de resolver los conflictos de competencia en la Sala

administrados y las instituciones que conforman la Administración las cuales se encuentran subordinadas a la Constitución y la ley. Por lo cual, se confiere esta atribución a la autoridad experta en la interpretación de las normas que rigen la función administrativa por ser el órgano supremo consultivo del gobierno; agregando, que es el órgano que presenta las propuestas normativas en los asuntos que rigen la actividad pública.

Por otro lado, es de gran relevancia advertir sobre el alcance de la función de la Sala de Consulta y Servicio Civil para definir la competencia entre las autoridades administrativas confrontadas “A diferencia de la función consultiva que distingue a la Sala de Consulta y Servicio Civil, en ejercicio de la cual emite conceptos que no obligan a las autoridades, la decisión por medio de la cual la Sala resuelve un conflicto de competencias administrativas tiene, por ministerio de la ley, carácter vinculante y definitivo para las autoridades en conflicto, y no es susceptible de recurso alguno. [...] cuando el legislador atribuyó esta competencia no la enmarcó dentro de la función consultiva, puesto que dicha función tiene su regulación propia tanto en la Constitución como en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y se ejerce de manera exclusiva y excluyente para responder las consultas que realice el Gobierno Nacional, es decir, el Presidente de la República, los Ministros y los Jefes de Departamentos Administrativos. Esta función es diametralmente distinta a la de solucionar conflictos de competencias administrativas, procedimiento que puede ser iniciado por cualquier entidad administrativa y aun por particulares”³⁹.

Refiriéndonos a la atribución de la Sala para resolver los conflictos, tal decisión no constituye una decisión de fondo, se ha dicho, adoptando la postura doctrinaria que: “cabe decir que la decisión de declararse incompetente para resolver una actuación administrativa constituye apenas un acto de trámite

de Consulta y Servicio Civil; función que figuraba descrita en el parágrafo del artículo 4 de la Ley 954 de 2005, que había adicionado el artículo 33 del Decreto 01 de 1984. Sobre el funcionario incompetente.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, *Memoria 2012*, tomo II, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2012, p.107-108.

dentro de la actuación administrativa que sirve para activar los mecanismos previstos en la ley para identificar a la entidad competente y que por lo mismo no tiene la virtualidad de cambiar la posición jurídica del administrado en relación con el derecho que reclama ante la administración, cuya existencia o no aún está pendiente de resolver”⁴⁰.

Por su experticia y conocimiento, preferentemente debe ser el Consejo de Estado la autoridad que defina los conflictos de competencia administrativa, con mayor razón, advirtiendo sobre la tendencia a crear agencias independientes que no se encuentran exactamente dentro de la escala jerárquica de los departamentos administrativos y ministerios que conforman el gobierno. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico existen excepciones a las disposiciones que confieren la competencia a la Sala de Consulta y Servicio Civil para resolver los conflictos de competencias administrativas, donde el legislador aplicando el principio de celeridad, opta por preservar el criterio jerárquico para dar solución a estos; como ocurre con las entidades que componen el sector del ambiente, donde al presentarse fricciones competenciales entre entidades de nivel inferior, corresponde al Ministerio de Ambiente, que es la autoridad que debe decidir sobre la competencia, tal como se establece en el numeral 31 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993⁴¹.

Ahora bien, pese a la aplicación del criterio jerárquico para dirimir los conflictos de competencias, se observa que la proliferación de entidades administrativas también ha contribuido enormemente a incrementar las colisiones competenciales interpuestas ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Los datos estadísticos indican que se han resuelto 121 conflictos de competencias entre 2005 y 2009, con 58 decisiones inhibitorias; en

⁴⁰ *Ibíd.* p. 155-156

⁴¹ “Colombia. Congreso de la República. Ley 99 de 1993, artículo 5º.- Funciones del Ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente: [...] 31. Dirimir las discrepancias entre entidades integrantes del Sistema Nacional Ambiental, que se susciten con motivo del ejercicio de sus funciones y establecer criterios o adoptar decisiones cuando surjan conflictos entre ellas en relación con la aplicación de las normas o con las políticas relacionadas con el uso, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables o del medio ambiente”.

cuanto al tiempo de resolución de los conflictos entre el 27 de abril de 2005 al 26 de noviembre de 2009, el promedio fue de 38 días, mínimo 2 días máximo 90 días⁴², ha pasado a resolver “154 conflictos de competencia”⁴³ durante el año 2012, notemos que el número de conflictos resuelto en cuatro años es equivalente o menor al número de conflictos resueltos en tan solo el transcurso del año 2012.

En la revisión de los tiempos que en promedio tarda la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para resolver las consultas formuladas no se constata un dato oficial publicado en las Memorias del año 2012; para lo cual, hemos examinado las consultas radicadas durante el segundo semestre del mismo año y encontramos que mediante radicado 2012-00068 de fecha 31 de octubre de 2012, se resolvió conflicto entre Comisarias de familia, remitido a la Sala el 25 de julio de 2012, es decir, se resolvió en 96 días contados a partir de su recepción; a través de radicado 2012-00070 de 29 de noviembre de 2012, se promovió conflicto entre la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social Vs. ISS- Colpensiones, conflicto que se instauró el 2 de agosto de 2012, es decir, la decisión se produjo en 117 días; mediante radicado 2012-00095 de 14 de noviembre de 2012, se promovió conflicto entre la ANTV Vs. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conflicto que fue radicado mediante escrito de fecha 27 de septiembre de 2012, es decir, la decisión se profiere en 47 días; por ultimo mediante radicado 2012-00100 de fecha 22 de noviembre de 2012, se resolvió conflicto de competencias entre Ministerio de Justicia Vs. Procuraduría auxiliar para asuntos disciplinarios - Procuraduría General de la Nación, cuya actuación fue remitida a la Sala el 12 de octubre de 2012, es decir, la decisión se produjo en 40 días. Podemos apreciar que los plazos para resolver desde su remisión oscilan entre un mínimo de 40 días y un máximo de 117 días, lo cual significa que la Sala se tardó un

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, *Memoria 2009...*, cit., p.126.

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, *Memoria 2012*, tomo I, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2012, p.15.

promedio de 90 días para proferir las decisiones que pusieron fin a los conflictos de competencias durante la segunda mitad del año 2012.

Finalmente, en cuanto al trámite debemos decir que, al tratarse de hechos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se resolvía conforme a lo dispuesto en la Ley 954 de 2005, en consonancia con el artículo 33 del Decreto 01 de 1984.

2. Fundamentos jurídicos

Entre los fundamentos jurídicos enunciamos los cimientos constitucionales y los soportes legales que se describen de la siguiente manera:

2.1 Fundamentos constitucionales

La base normativa constitucional se encuentra en el artículo 237 de la Carta Política que señala de manera general las atribuciones del Consejo de Estado y en el numeral 3 indica que corresponde: “3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen”⁴⁴.

2.2 Fundamentos legales

A continuación se señalan las bases normativas que han perfilado el desarrollo de los conflictos de competencias administrativas hasta la actualidad.

El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), fijaba la acción de definición de competencias administrativas la cual se contemplada en el artículo

⁴⁴ Colombia. Constitución Política de 1991, art. 237, numeral 3.

88 que fue subrogado por el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989⁴⁵, este a su vez es derogado por el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Se identifica que en la modificación realizada por el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989 al artículo 88 del derogado Código de lo Contencioso Administrativo, la persona interesada ya no tenía que demostrar un interés directo para ejercitar la acción, el enunciado normativo solamente mencionaba, por solicitud de parte; y antes de que se produjera la resolución por parte de la entidad, debía remitirse la actuación a la autoridad que se considerara competente. Si esta también se negaba se remitía al tribunal, y en caso de que ambas autoridades se consideraran competentes remitían la actuación al tribunal. Con el decreto modificadorio se diferencian los conflictos positivos de competencias administrativas de los conflictos negativos, distinción que no realizaba originalmente la norma.

Asimismo, el numeral 2 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, confería a la Sala Plena, el conocimiento de los procesos contenciosos administrativos, que no se hubiesen asignado específicamente a las demás secciones, lo cual confirmaba la competencia para resolver los conflictos de competencia mencionados en el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989. Ahora bien, el artículo 73 de la ley 270 de 1996 relativo a las reglas comunes de distribución de competencias entre los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado es derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, y con el artículo 39 de la misma ley se modifica tácitamente el artículo 38 de la Ley 270/1996 sobre las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

⁴⁵ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2304 de 1989, artículo 18. Los conflictos de competencias administrativas se promoverán de oficio o a solicitud de parte. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si ésta también se declara incompetente, ordenará remitir la actuación al Tribunal correspondiente o al Consejo de Estado. Recibido el expediente y efectuado el reparto, el Consejero Ponente dispondrá que se dé traslado a las partes por el término común de tres (3) días, para que presenten sus alegatos; vencido el término de traslado, la Sala Plena debe resolver dentro de los diez (10) días. Si ambas entidades se consideran competentes, remitirán la actuación al correspondiente Tribunal o al Consejo de Estado y el conflicto será dirimido por el procedimiento prescrito en el inciso anterior”.

En la actualidad con la expedición de la Ley 1437 de 2011, que entró en vigencia el 2 de julio de 2012, el artículo 39 regula los conflictos de competencia administrativa de la siguiente manera:

Artículo 39: Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno.

Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán⁴⁶.

El artículo 14, se refiere a los términos para resolver las distintas modalidades de peticiones.

En la citada norma se señala expresamente que la actuación se remite a la Sala de Consulta y Servicio Civil, ya no a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en caso de que ambas autoridades administrativas se consideren

⁴⁶ Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011, artículo 39.

incompetentes o competentes para conocer de un asunto, aclarando los casos en que se debe remitir al Consejo de Estado o al tribunal, si el conflicto involucra entidades de orden nacional o departamental se amplían los términos para presentar alegatos por parte de las autoridades involucradas de 3 a 5 días y el termino para resolver se amplía de 10 a 20 días.

Ahora bien, el artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, establece la integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil en especial los numerales 1 y 10, los cuales se enuncian así:

Artículo 112. Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil. La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro (4) Magistrados. Sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

Los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario. La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

1. Absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo.

[...]

10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo⁴⁷.

Conviene recordar que al interior de la Alta Corporación, se separan las funciones jurisdiccionales de las funciones consultivas que desarrolla la Sala de Consulta y Servicio Civil. La decisión que resuelva un conflicto de competencias constituye un acto de trámite dentro de una actuación administrativa, como lo ha señalado la doctrina de la misma Sala, pues no es una decisión de carácter judicial. (Decisión del 26 de noviembre de 2008, M.P. Gustavo Aponte Santos.

⁴⁷ Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011, artículo 112.

Expediente No.11001-03-06-000-2008-00064-00. Puede verse también Expediente 11001-03-06-000-2008-00028-00, M.P. William Zambrano Cetina).

Significa lo anterior que, la actuación de la Sala de Consulta y Servicio Civil surge con ocasión de queja o derecho de petición que formule un ciudadano a una entidad de orden nacional, o al interior de ella, por solicitud de un trámite o actuación administrativa que considere de su competencia, o por el contrario, al estimar que no es la competente para adelantar la actuación.

En el caso del conflicto negativo o positivo de competencias al devolver la actuación a la entidad de origen, las entidades en cuestión lo remiten a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para que inicie su trámite y decida a quien corresponde continuar con la actuación.

3. Definición de conflictos de competencias

Entre las definiciones del conflicto de competencias identificamos diversas nociones, todas ellas apuntan en el mismo sentido veamos el significado del término que sugiere una situación de enfrentamiento o disputa.

3.1. Concepto

De acuerdo con Ausin, se denomina “conflicto a una situación de lucha o de desacuerdo que, además, tiene el matiz de provocar apuro, desasosiego, zozobra e inquietud ante lo incierto de su salida (del latín *conflictus*, derivado de *confligere*, pelear, combatir, disputar). De modo similar, se define una colisión como el choque de dos cuerpos o la contraposición y pugna de ideas, actitudes, personas, etc. (del latín *collisio*, derivado de *collidere*, chocar, rozar)”⁴⁸.

⁴⁸ AUSIN, Txetxu, *Entre la lógica y el derecho...*, cit., p. 132.

Según Sierra García, el vocablo competencia “[proviene] (Del latín *competere*=ir al encuentro una cosa de otra). Son las aptitudes de que gozan las autoridades públicas para obrar dentro de los términos de la constitución y la ley. Las competencias se determinan por el lugar material (*ratione materiae*), territorial (*ratione loci*), temporal (*ratione temporis*) y personal (*ratione personae*) (Arts. 49, 150 núm. 4, 250, 256 núm.6, 322, 333, 367 C.N.)”⁴⁹.

Esta definición se encuentra incorporada en lo que Ausin denomina “... colisiones normativas o conflictos normativos a aquellos que se dan entre normas o reglas, ya sean estas jurídicas, morales, técnicas, etc. Esto es, cuando dos o más normas se oponen o son incompatibles causando, además, cierta inquietud o apuro. Una colisión normativa tiene lugar entonces al estar una persona sujeta a varias exigencias que no pueden ser satisfechas simultáneamente, dando lugar a que la elección de un precepto provoque el incumplimiento de otro o varios más”⁵⁰.

Dado que toda función pública se encuentra detallada en la ley, el sujeto que desarrolla una competencia descrita en ella afronta dificultades en el ejercicio de sus funciones al percatarse de que no en todos los casos existe una delimitación exacta en la normatividad que brinde certeza al funcionario que debe asumir el conocimiento de un asunto. Esta situación afecta el desenvolvimiento de la actuación administrativa, deteniendo la gestión de los procesos que se llevan a cabo, lo cual conlleva a la descoordinación del sistema que integra el ordenamiento jurídico.

⁴⁹ SIERRA GARCÍA, Jaime, *Diccionario jurídico: ajustado a la legislación colombiana*, 3ª. ed., Librería Jurídica Sánchez R., Medellín, 2001, p. 71.

⁵⁰ AUSIN, Txetxu, *Entre la lógica y el derecho...*, cit., p. 132.

3.2. Posibles causas de los conflictos

Los conflictos de competencias administrativas han surgido de diversos modos, unos causados debido al factor territorial, como se veía con la expedición del artículo 355 de la Ley 149 de 1888, que atribuía competencia a la Administración para resolver los conflictos entre entidades territoriales para la construcción de una obra pública. Esto debido, quizás a la novicia división política se solían presentar esta clase de diferencias entre municipios, distritos, provincias o Departamentos.

En razón a la evolución de la administración, la creación de múltiples órganos, el desarrollo normativo y la asignación de las distintas competencias en las entidades que conforman la estructura del gobierno, se ha tornado cada vez más compleja la distribución de competencias.

Algunos de los motivos que dieron origen a la invasión de ciertos organismos en otra órbita competencial en ejercicio del control, inspección y vigilancia de la actividad privada se refleja en la regulación de precios establecida en la Ley 155 de 1959, de acuerdo con esta norma:

... Se establece la intervención estatal en la fijación de los precios con el ánimo de garantizar tanto los intereses de los consumidores como de los productores.

Esta función reguladora que, según la Constitución compete al ejecutivo, la ejercieron distintos ministerios e institutos tales como el Ministerio de Desarrollo Económico, el Instituto de Obras Públicas, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Comunicaciones y el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, haciéndose necesario concentrar el poder fiscalizador de precios y tarifas en un solo organismo y terminar así con la atomización de tan importante actividad, que era causante de interferencias, dualidades y dilaciones.

Fue así como el gobierno creó, con base en las facultades otorgadas al Presidente de la República, mediante la ley 19 del 25 de noviembre de 1958 y el decreto 1653 del 15 de julio de 1960, la Superintendencia de Regulación Económica. Este

organismo de la rama ejecutiva que se encargaba especialmente de estudiar y aprobar con criterio económico y técnico, las tarifas y reglamentos de servicios públicos como energía eléctrica, acueducto, alcantarillado y similares, y las tarifas de los espectáculos públicos, de los cines y de los hoteles.

Según el decreto mencionado, era función de la Superintendencia intervenir en los estudios de costos y regular los precios de la canasta familiar, que estaban bajo el control gubernamental⁵¹.

Se observa aquí que la regulación de precios se encontraba dispersa en organismos de distinto nivel jerárquico dentro del gobierno; adicionalmente, un ente que en la actualidad ejerce funciones de supervisión, se creó con facultades de regulación, y se puede verificar que tal como su nombre lo indicaba, la Superintendencia de Regulación Económica fijaba las tarifas de los servicios públicos utilizando un criterio técnico y económico:

... Mediante el decreto 2562 del 07 de octubre de 1968, [se crea] la Superintendencia Nacional de precios [...] [que luego se denominó] Superintendencia Nacional de Producción y Precios (decreto 201 de 1974) el cual, se encontraba adscrita al hasta entonces denominado Ministerio de Fomento que se convertiría en el Ministerio de Desarrollo Económico [...] a través de la expedición del decreto 2974 del 03 de diciembre de 1968, el Gobierno Nacional reestructuró el Ministerio de Fomento, le cambia el nombre a Ministerio de Desarrollo Económico y en el capítulo II artículos 25 al 39, crea la Superintendencia de Industria y Comercio [...] [Mediante la expedición] del decreto 149 de 1976 desaparece la superintendencia nacional de producción y precios [entre sus funciones se encontraba]; fijar la política de precios de los artículos de primera necesidad, consumo popular, o uso doméstico, nacional o extranjero; [con la creación de la SIC, se adscriben las funciones descritas en el decreto 201 de 1974] se adicionan las funciones de dirección, control y coordinación en materia de Propiedad Industrial y Servicios Administrativos e Industriales [posteriormente] mediante el decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992 se reestructuró la Superintendencia de industria y comercio⁵².

⁵¹ Superintendencia de Industria y Comercio, *Historia*. 10 de mayo de 2011, http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/Conozcanos/Filosofia/Filosofia/Historia.pdf.

⁵² *Ibíd.*

En consecuencia, la regulación se presenta aquí como reglamentación en el sentido de fijar la política de precios y tarifas necesarias en el ejercicio del control sobre la producción de los artículos de primera necesidad y de consumo, agregando que se establecen vía reglamento normas sobre propiedad industrial y servicios industriales que son ejercidas por la SIC., que también ejerce el control sobre las prácticas comerciales restrictivas que le asigna la Ley 155 de 1959, es decir, ejerce funciones que le asigna la ley y el reglamento conjuntamente.

3.2.1. Proliferación normativa en la distribución de competencias

En este acápite se hace referencia a la propagación de funciones y entes administrativos de distinto nivel en la estructura organizacional del Estado, donde el sistema jurídico aun previendo la confluencia orgánica, se asume como una consecuencia poco extraña en un sistema de organización administrativa descentralizado y complejo conformado por órganos que integran la rama ejecutiva del poder público o autoridades autónomas con potestades normativas fraccionadas.

En los sistemas de gobierno federal, el problema de la pluralidad de órganos y de normas puede tornarse más confuso. En estos sistemas aunque se prevea la concurrencia competencial, los órganos de menor jerarquía legislan en materias no reguladas por la federación, sin que ello lo autorice plenamente el ordenamiento jurídico. Así ocurre en la reserva para organizar la distribución de competencias del sistema alemán. Frente a este respecto se ha dicho:

Por definición la reserva es una técnica inadecuada para organizar la distribución de competencias de carácter compartido o concurrente. Aunque podría aceptarse la hipótesis de que se reserve a un determinado poder legislativo un fragmento de la facultad de legislar (la legislación básica) y otra parte de la misma a un poder distinto (la legislación de desarrollo), en tal caso siempre necesitaría reconocerse que ambos fragmentos de la potestad legislativa están atribuidos en exclusiva al

órgano legislativo correspondiente. En cambio, cuando la potestad legislativa es verdaderamente compartida o concurrente (al menos cuando lo es en un sentido imperfecto, como suele advertir la doctrina alemana), es posible que la habilitación para legislar sobre una determinada materia se haga sin mediar una reserva plena. En la ley Fundamental de Bonn existe todo un bloque de competencias concurrentes (artículo 74) construido técnicamente sobre la base de que los Lander tienen competencias para legislar en tanto que no lo haga la Federación. El dominio en el que actualmente se produce con frecuencia esta compartición imperfecta de competencias es el de las relaciones entre la Comunidad Europea y los Estados miembros. Se organiza este reparto sobre la base de que es admisible la existencia de legislación estatal reguladora de un determinado sector o materia, hasta tanto la Comunidad aprueba sus propias normas, que tienen el efecto de desplazar la legislación estatal en el momento de que entran en vigor o ganan eficacia⁵³.

Según lo anterior, en estos sistemas no se requiere de una habilitación legal expresa que autorice la expedición de una norma por un ente de inferior categoría, no obstante, debe existir otra norma anterior que regule una materia no regulada en determinados aspectos.

En el caso español, "... las comunidades autónomas no son precisamente entes menores ni sus funciones son puramente administrativas. Sus normas de simple rango reglamentario. Son entes políticos de primera significación, como que partes mismas del Estado, al cual componen propiamente y en cuya voluntad superior participan. Esas comunidades autónomas [...] poseen una verdadera sustancia política por su misma posición constitucional y, paralelamente cuentan con un elenco de funciones y de poderes que igualmente tienen naturaleza política, como revela tanto su extensión e importancia material, como, de manera especial la circunstancia de que cuentan para la gestión de tales funciones con el poder político por excelencia que es el poder legislativo, el poder de hacer leyes formales y, por tanto, de configurar políticas propias con la máxima amplitud, en cuanto que son ordenadas directamente a la Constitución.

⁵³ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo II...*, cit., p. 256-257.

El Tribunal Constitucional ha dicho por ello, desde la perspectiva del “Estado compuesto”, que las comunidades autónomas “ejercen funciones estatales”⁵⁴.

Se observa que la concurrencia en la producción normativa se presenta en diferentes medios y los sistemas jurídicos prevén mecanismos para llevar a cabo soluciones a la acrecentada regulación otorgando suma importancia a las normas territoriales como en el caso de las Comunidades Autónomas.

“En virtud de delegación legislativa [...] en los términos y límites en el caso de los órganos estatales [...] se comprende que la presencia en nuestro Estado compuesto de entes públicos territoriales, dotados de inequívoca sustancia política y armados de verdadero poder legislativo eleva el problema de la pluralidad de ordenamientos jurídicos, [...] según la pluralidad de organizaciones menores de rango administrativo en el ámbito público reconocidas por el derecho del Estado, [...] sostenidos por la propia Constitución, [...] con poderes legislativos genuinos [...] han creado una problemática completamente nueva además de sumamente relevante en la vida jurídica ordinaria, respecto del problema de la pluralidad de ordenamientos que ha pasado a ser una de las cuestiones básicas del sistema jurídico entero”⁵⁵.

La diversidad de fuentes normativas robustece el ordenamiento jurídico, conlleva una realidad cada vez más indeterminada, que no solamente se resuelve atendiendo a la jerarquía normativa en que se organiza el sistema de reglas, sino que precisa revisar la materia que en particular se regula, para determinar cuál es el órgano más apropiado, estimando la especialidad, la experiencia y el conocimiento a profundidad de un contenido. A este respecto García de Enterría y Fernández sostienen:

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomas R., *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Temis, Bogotá, 2008, p. 257.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 258.

La pluralidad de ordenamientos para ser tal implica que cada una se mueva en un ámbito propio [...]. Todo ordenamiento se basa, pues, en la separación respecto de los demás, separación que se expresa en un sistema privativo de fuentes del derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que el ordenamiento surge. Esas fuentes de derecho no están jerárquicamente subordinadas a las fuentes de ninguna otra organización diferente, ni siquiera de la organización general que englobe a todos los ordenamientos particulares. Esto es lo que significa inicialmente el concepto de autonomía, según su etimología la capacidad de autonormarse. [...]. Por ello el problema básico de todas las autonomías es justamente la delimitación del ámbito competencial donde esa autonomía, y por tanto sus normas propias pueden producirse [...] El principio de separación de ordenamientos se instrumenta con una garantía judicial específica, sin la cual el ámbito de autonomía quedaría siempre al albur de las decisiones de los entes con una posición política de preeminencia (protección jurisdiccional frente a las invasiones del ámbito autonómico por el Estado o, en el caso de la Administración local o de los entes de simple nivel administrativo...). [...] En el caso de la relación Estado comunidades autónomas este órgano judicial de garantía recíproca es el Tribunal Constitucional, bien mediante recurso o cuestión de inconstitucionalidad [...] bien mediante el conflicto de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas, [...] en el caso de los entes locales y de nivel administrativo la garantía judicial de los límites legales de la autonomía está normalmente en el orden contencioso administrativo...⁵⁶

En conclusión, en un sistema de fuentes complejo no es inusitado que surjan imprecisiones que causen roces entre los sujetos de derecho público y no se descarta la posibilidad de resolver la discrepancia directamente entre las entidades intervinientes del mismo nivel a través de la autocomposición, aun cuando se trate de organismos de distinto grado en la escala administrativa. Podemos advertir que en una controversia competencial entre autoridades de distinto nivel jerárquicamente organizado, no siempre el Consejo de Estado concede la razón al organismo que ocupa el más alto nivel en la Administración nacional. (Conflicto negativo de competencias administrativas entre el Ministerio de Ambiente y la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, radicado 11001-03-06-000-2009-00074-00 del 11 de febrero de 2010).

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 258 -260.

4. Elementos de los conflictos de competencias administrativas

Para la adopción de las decisiones fijadas por las autoridades existen potestades regladas y potestades discrecionales de la Administración. De acuerdo con Muñoz Machado: “si los fines a que tiene que dirigirse la actuación administrativa y las decisiones que puede legítimamente adoptar, en su función de servicio a los intereses generales, están predeterminados en la norma, las potestades de la Administración están vinculadas a las previsiones de dicha regulación y se denominan, por ello, regladas. Si la Administración, por el contrario, puede definir su propia política de actuación y optar, dentro del marco de la legalidad, entre diversas decisiones, todas las cuales son indiferentes para el ordenamiento y válidas, estamos ante una potestad discrecional”⁵⁷.

La función administrativa se desenvuelve dentro de una actividad legal o reglada, o puede ser discrecional cuando la norma no la define específicamente. En el ejercicio de la función legal o reglada surgen discrepancias entre las entidades públicas que niegan o asumen la competencia en determinado asunto, las cuales deben ser resueltas para desentrabar la actuación administrativa, para lo cual, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha establecido los requisitos para plantear un conflicto de competencias de la siguiente manera: “-Deben existir al menos dos entidades que nieguen o reclamen competencia sobre un determinado asunto, - Que al menos uno de los organismos o entidades pertenezcan al orden nacional. En el orden territorial la competencia continúa en los Tribunales Administrativos, - El conflicto debe tener naturaleza administrativa. - El conflicto debe versar sobre un asunto concreto y no sobre cuestiones abstractas y generales”⁵⁸.

⁵⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho administrativo y de Derecho público general I: La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, 2ª. ed., Iustel, Madrid, 2006, p. 530.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, *Memoria 2009...*, cit., p. 89-92.

En una breve explicación de los requisitos planteados frente al primer supuesto, es preciso decir que para que exista conflicto positivo deben existir dos entidades que reclamen la competencia de un asunto si alguna de ellas no la reclama no se configura enfrentamiento alguno. De igual manera en el conflicto negativo, si una de ellas no rechaza la competencia no se configura el conflicto.

En el segundo requisito se alude a que una de las entidades sea de nivel nacional, pues al tratarse de un conflicto entre entidades de inferior nivel corresponde al Tribunal Administrativo común para las entidades en disputa.

Como tercer elemento se hace referencia a que el conflicto sea de naturaleza administrativa, aquí se excluyen los de naturaleza jurisdiccional, puesto que son de conocimiento de la rama judicial donde para su solución se aplica usualmente el criterio jerárquico. Por último se deben expresar taxativamente las normas que confieren la competencia según la interpretación que cada una de las partes realice.

En este trabajo se han clasificado los elementos para que se promueva un conflicto de competencias administrativas de la siguiente manera:

- Competencia
- Que existan dos o más normas que confieran la competencia a dos órganos administrativos
- Que existan al menos dos o más autoridades administrativas involucradas, o que existan dos o más entidades administrativas que reclamen o nieguen la competencia de un asunto.
- El conflicto debe versar sobre un asunto concreto
- Que no exista pronunciamiento previo sobre el asunto
- Suspensión de la actuación

4.1. Competencia

La competencia es la facultad legal o reglamentaria que permite realizar determinada actuación de manera detallada a cada órgano de la Administración la cual se enuncia en el artículo 122 de la Constitución Política en cuanto se refiere a la función pública. Esta se distribuye bajo criterios de organización y de planificación que incluyen circunstancias de especialización, territorio, nivel jerárquico y de espacio temporal⁵⁹.

⁵⁹ Criterios de asignación de competencias. Algunos doctrinantes identifican dos clases de **criterios** para clasificar la competencia; criterios primarios y secundarios: como primarios se encuentran; el criterio material y el criterio territorial y secundarios: el criterio jerárquico y el criterio temporal, sin que obsten otras clasificaciones.

- Criterio material o competencia objetiva. Se refiere a la asignación de competencia, en razón a la materia, "que responde a la división del trabajo, la especialización de las organizaciones y los órganos" PAREJO ALFONSO, Luciano, Lecciones de derecho administrativo, tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 196.

"La competencia material aparece así compartida por varios órganos con competencia de grado distinto" FIORINI A., Bartolomé, Derecho administrativo, Tomo I, 2da ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p.137. Este criterio es el que mayor dificultad presenta, al ser desarrollada por los distintos órganos de la administración, que deben responder a unos objetivos concretos. En materia ambiental se presenta confusión entre las competencias que se encuentran compartidas entre las autoridades ambientales para la expedición de permisos y licencias que otorgan el Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales que por materia son casi idénticas.

- Criterio territorial. Hace referencia a la asignación de la competencia en razón al territorio, "permite separar la actuación de organizaciones y órganos con idéntica competencia material" PAREJO ALFONSO, Luciano, Lecciones de derecho administrativo..., cit., p. 196.

"Comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función. Se vincula a las decisiones o circunscripciones administrativas del territorio del Estado, dentro de las cuales los órganos administrativos deben ejercer sus atribuciones. También se le denomina horizontal". Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 6ª ed., ediciones ciudad argentina, Buenos Aires, 1997, p.230.

- Criterio jerárquico de grado o funcional. El criterio jerárquico obedece a la categoría que ocupe el órgano dentro de la estructura administrativa y la importancia que se asigne al ente administrativo para ejercer determinada función; puede desarrollar funciones de coordinación y planificación al interior de la Administración o puramente funciones técnico administrativas. "La competencia jerárquica o funcional que es el grado en la línea existente pero dentro de la competencia objetiva o material, esta es la que presenta mayores variaciones. [...] por ser de grado tiene carácter relativo puesto que su contenido material será idéntico en los diversos grados que pueden encontrarse en línea jerárquica. La competencia por grado puede presentarse en forma alterna cuando varios órganos pueden actuar y resolver sobre la misma materia y las mismas cuestiones" FIORINI A., Bartolomé, Derecho administrativo, Tomo I, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p.136.

- Criterio temporal. El criterio temporal para la asignación de funciones administrativas obedece a las circunstancias que ameriten la creación de un organismo para ejercer funciones en un espacio de tiempo o mientras tenga vida jurídica. Puede obedecer a circunstancias que justifiquen la habilitación de una competencia excepcional como el decreto de los estados de excepción contemplados en los artículos 212 a 215 de la Constitución Política.

Se ha realizado una sutil distinción entre potestad y competencia aduciendo que esta última es una medida o parte de la potestad, dando a la competencia un sentido más limitado. Según la doctrina “el termino competencia tiene en Derecho administrativo [...] un sentido más restringido que el de potestad al referirse a la parte o medida de una potestad (habilitación y deber concreto de actuación) asignada a un determinado órgano de la Administración destinataria de esta”⁶⁰. Para lo cual se alude a la forma en que la Administración configura su actuar realizando una estimación del supuesto legal que le sirve de sustento.

De cualquier manera, la actuación de la Administración debe estar siempre ajustada a la normatividad sin quebrantar el principio de legalidad. Conforme al texto superior no puede existir función de autoridad administrativa distinta a la atribuida en la Constitución que no se encuentre previamente detallada en la ley o el reglamento, tal como lo establecen los artículos 121 y 122 de la Carta Política.

En el ejercicio del poder discrecional de la Administración inusitadamente se presentan conflictos de competencia, puesto que estas facultades no se ejercitan ordinariamente y se exteriorizan a través de actos de planeación, de ordenación y ejecución del gasto, así como la adopción de medidas en caso de urgencia manifiesta actuando con cierto margen de libertad, empleando desde criterios técnicos hasta criterios científicos, atendiendo a las condiciones sociales y equilibrando los intereses de los diversos sectores.

4.2. Que existan dos o más normas que confieran la competencia a dos órganos administrativos

Existen normas que confieren en distintas épocas competencias duplicadas a distintas autoridades, o sucede que en ocasiones una norma deja parte de la

⁶⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano – JIMÉNEZ BLANCO, Antonio – ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio, *Manual de Derecho administrativo*, parte general, 4ª. ed., Ariel, Barcelona, 1998, p. 369.

actuación a discrecionalidad de quien la aplique. Por ello, en cuanto a la potestad o competencia discrecional, se ha expresado que “en su definición normativa no anticipa [...] en todos o al menos en algunos de sus aspectos el resultado de su ejercicio, de suerte que en los correspondientes aspectos remite la toma de la decisión pertinente (en grado variable) al juicio o a la voluntad de la propia Administración pública”⁶¹. Es lo que se denomina vinculación negativa cuando la Administración actúa discrecionalmente sin norma que determine su conducta “o sea, que el Estado podía hacer todo lo que no le estuviera prohibido [...] con libertad absoluta de determinación [...] Las construcciones modernas del principio de legalidad apuntan a la llamada vinculación positiva. No se admite ningún poder jurídico que no sea desarrollo de una atribución normativa precedente”⁶². Tal como se expresa en el artículo 122 de la Constitución Política al mencionar que no existe función pública que no se encuentre detallada en la ley, sin embargo la Administración cuenta con poder discrecional para actuar en casos excepcionales.

Las decisiones discrecionales de la Administración que no esgrimen en todos sus matices un fundamento sólido para su adopción no deben exceder el principio de legalidad y razonabilidad. La determinación está sujeta a control judicial. Es por ello, que si no existe habilitación legal expresa, debe adecuarse el contenido a los fines de la norma que lo autoriza y guardar la proporcionalidad con los hechos que le sirven de causa, según se prevé en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, lo cual se asimila a que “desde el punto de vista del proceso de diferenciación del grado, de mayor a menor, de vinculación positiva de la acción administrativa por la programación legal, que se viene exponiendo, la discrecionalidad supone, pues, un tipo de programación administrativa cualitativamente diferente. [...] (el supuesto está determinado por la ley) actuando [...] en la determinación de los medios para la realización del fin o la extracción de la consecuencia jurídica [...] queda esencialmente libre para bien:

⁶¹ *Ibíd.*, p. 371.

⁶² Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, 6ª ed..., cit., p. 482

decidir si, concurriendo efectivamente el supuesto definido legalmente, actúa efectivamente o no (es lo que los alemanes llaman la discrecionalidad de actuación) o bien optar por alguna de la diversas posibilidades igualmente legítimas o admitidas por la Ley (es la que los alemanes llaman discrecionalidad de elección)”⁶³.

Significa lo anterior que existen dos eventos que producen la vinculación de la Administración uno en el cual su actuar es reproducible basado en hechos ciertos, notorios o conocidos, en otras palabras su actuar es medible de forma objetiva; y en segundo lugar, el actuar discrecional de la Administración supone dos hipótesis, al decidir basándose en un supuesto legal cuando el ordenamiento no confiere la competencia concretamente de manera detallada, y otro cuando la normatividad otorga la posibilidad de escoger una opción normativa entre varias posibilidades, en todos los casos se trata de actos controlables en sede judicial.

4.3. Que existan al menos dos o más entidades administrativas involucradas

Para que tenga lugar una colisión competencial deben concurrir dos entidades administrativas o más. Las normas que distribuyen y ordenan la actuación administrativa confieren responsabilidades que confluyen en su ejercicio por atribución legal, presentando indeterminación o realizando una interpretación subjetiva para su asunción.

En el sistema jurídico extranjero se ha identificado como uno de los supuestos del conflicto de competencias administrativas, “el principio de asesoramiento previo, imprescindible para la promoción del conflicto: directa y expresamente para los órganos judiciales [...] e indirectamente para los órganos gubernativos y

⁶³ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª. ed., tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 260-261.

administrativos [...], para ambas partes se impone la regla de la audiencia previa de los interesados...”⁶⁴.

En nuestro sistema, se prescinde de la exigencia de realizar audiencia previa al trámite de consulta ante la jurisdicción, a menos que la ley lo ordene expresamente. Se impone la obligación de consultar, en los términos del artículo 46 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que indica: “Consulta obligatoria: Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar”⁶⁵.

En la redacción prevista en el Código de Procedimiento Administrativo, para dar inicio al trámite de consulta formulado por una entidad administrativa y definir su competencia, no se observa directamente la imposición de asesoramiento o consulta previa. Basta con aplicar la norma con la cual se fundamenta su competencia o incompetencia para acudir a la jurisdicción administrativa, siempre que no se haya resuelto un asunto de naturaleza similar con anterioridad en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

4.4. El conflicto debe versar sobre un asunto concreto

“El procedimiento para definir los conflictos de competencias administrativas contenido en el Código Contencioso Administrativo, se instituyó para resolver casos concretos y no para absolver consultas de carácter general o definirlos en abstracto. En conclusión debe estar individualizada la actuación respecto de la

⁶⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano – JIMÉNEZ BLANCO, Antonio – ORTEGA ÁLVAREZ, Luis I., *Manual de Derecho administrativo...*, cit., p. 366-367.

⁶⁵ Artículo 46 de la Ley 1437 de 2011

cual se produce la controversia”⁶⁶. Lo cual supone que la formulación del conflicto debe sustentarse en una interpretación fundamentada en una norma constitucional, legal o reglamentaria, no en simples hipótesis para su presentación.

4.5. Que no exista pronunciamiento previo sobre el asunto

Con el objeto de que no se presenten tramites improcedentes, es preciso que el asunto sobre el cual versa el conflicto de competencias no deba presentarse por motivos que hayan sido resueltos con anterioridad. Este requisito por analogía, estaría acorde con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, en cuanto se refiere a la aplicación uniforme de la jurisprudencia y las normas a situaciones que contengan supuestos fácticos y jurídicos similares.

4.6. Suspensión de la actuación

Uno de los elementos del conflicto competencial es la suspensión de la actuación administrativa, como lo contempla el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo, al indicar en su inciso final que “Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán” en lo referente a las distintas modalidades de peticiones.

En este componente se plantea la excepción a la suspensión de “las actuaciones de carácter cautelar dirigidas a la adopción de las medidas imprescindibles para evitar que se eluda la acción de la justicia, se cause grave perjuicio al interés público o se originen daños graves e irreparables”⁶⁷.

Esta previsión no se encuentra contemplada expresamente en nuestro sistema, por lo cual se colige que se suspende actuación administrativa inclusive el

⁶⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente 11001-03-06-000-2006-00102-00 del 4 de octubre de 2006, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos

⁶⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Manual de Derecho administrativo...*, cit., p. 367.

decreto de las medidas cautelares adoptadas. En el conflicto negativo de competencias posiblemente no se alcance a su declaración, dado que el conflicto se plantea antes de iniciarse cualquier actuación para asumir el conocimiento del asunto. A diferencia del conflicto positivo de competencias administrativas, puede ocurrir que una de las entidades administrativas involucradas en el conflicto haya realizado actuaciones que incluyan la declaración de una medida cautelar, se entendería entonces que se suspende su práctica hasta decidir el conflicto.

5. Procedimiento para resolver los conflictos de competencias administrativas

La Ley 954 de 2005, con una limitada vigencia –hasta el 2 de julio de 2012- (fecha de entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), en el párrafo del artículo 4^o estableció el procedimiento para la solución de los conflictos de competencia administrativa. Dispuso, como se sabe, que en el evento de que dos entidades públicas se consideraran incompetentes –conflicto negativo de competencias– o, contrariamente, que dos entidades administrativas se consideren competentes para conocer de un asunto –conflicto positivo de competencias–, el conflicto se remitiría a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, donde tendría una connotación administrativa, ya no jurisdiccional, como se venía tratando. El párrafo del artículo 4^o de la ley en mención, a su vez derogó el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo, el cual contemplaba la acción de definición de competencias administrativas.

La Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, derogó diversas normas, entre ellas expresamente y en su integridad la Ley 954 de 2005, y dispuso en el artículo 39 el procedimiento para la resolución de los conflictos de competencias administrativas, de la siguiente manera:

Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno⁶⁸.

Observemos que la ley que entra en vigencia conserva la facultad para resolver los conflictos de competencias administrativas en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, tal como lo expresaba la Ley 954 de 2005. Anteriormente estos conflictos eran resueltos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, según lo expresado por el antiguo Código Contencioso Administrativo en sus artículos 88 y 128, atendiendo al nivel de las autoridades administrativas en conflicto. En la actualidad, si se trata de entidades de orden inferior conocerá el tribunal administrativo correspondiente, pero si está involucrada una entidad de orden nacional conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

⁶⁸ Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011, artículo 39.

En consonancia con lo anterior, el artículo 112 numeral 10 del CPACA, reitera la resolución de los conflictos de competencia, en la Sala de Consulta y Servicio Civil sin que tome parte en el ejercicio de funciones jurisdiccionales así: “10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo”.

Uno de los objetivos de la Administración es la eficiencia de su actuación, propósito que se desdibuja al remitir una discusión irrelevante sobre el ejercicio de las competencias a la Sala de Consulta y Servicio Civil, en razón a las interpretaciones inexactas de algunos funcionarios de la Administración, para lo cual es preciso recurrir a mecanismos de resolución que provengan directamente de las instancias implicadas.

En la práctica el procedimiento se desenvuelve de la siguiente manera: el facultado para promover el conflicto entre las entidades involucradas es el representante legal de cada entidad que autoriza con poder especial a un abogado de su oficina jurídica para presentarlo ante el Consejo de Estado, o el trámite también puede ser iniciado por el peticionario que no ha logrado obtener respuesta a una solicitud interpuesta a más de una autoridad administrativa.

La solicitud se radica ante la Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por ventanilla, o en la oficina de correspondencia por correo certificado en sobre cerrado, se diligencia un consecutivo manual y el funcionario que recibe el conflicto ingresa los datos esenciales del proceso, identificando el nombre de las partes o del interesado, aleatoriamente el sistema lo envía a reparto designando el magistrado ponente que conocerá del asunto fijando número de radicación.

Una vez se reparte el conflicto, se envían las comunicaciones a las entidades o personas naturales, indicando la fecha en que inicia la fijación del edicto a través de cualquier medio de comunicación; puede ser por vía telefónica, fax o correo electrónico, esta información también puede ser consultada por internet, a través de la página web de la Corporación. Es importante que esta información se comunique en la mayor brevedad para que las partes presenten sus alegatos bajo cualquier medio, en físico o por correo electrónico.

Registrado el conflicto y surtidas las comunicaciones a las partes, se publica el edicto en la Secretaria de la Sala, disponible al público y allí permanece por el término de cinco (5) días, (antes 3 días), con el fin de que las partes o las personas interesadas presenten sus alegatos. Expirado el plazo, al quinto día hábil a las 5:00 PM., se desfija el edicto, y al día siguiente se elabora el informe secretarial, en el cual se señala, si las partes presentaron alegatos o no, el informe secretarial lo suscribe la secretaria de la Sala de Consulta y Servicio Civil, y el expediente se remite al Despacho para que el magistrado al cual correspondió su trámite decida sobre la competencia de la entidad administrativa por el término de veinte (20) días (antes 10 días). Es pertinente indicar que en esta oportunidad, de ser el caso, los magistrados pueden presentar sus impedimentos al conocer del conflicto (Artículo 150 del CPC).

Seguidamente se registra el proyecto de decisión con el fin de que sea incluido en el orden del día para ser llevado a la Sala y sea discutido por los cuatro magistrados que la integran, allí se adopta la decisión que aprueba la ponencia para ser suscrita por los consejeros de la Sala.

Luego, el expediente es llevado a Secretaria y el auto se comunica a las partes, incluyendo al particular interesado que promovió el conflicto, enviando copia de la decisión por correo electrónico si así lo autoriza y el expediente se remite en físico con una copia del auto a la entidad que corresponde asumir la competencia, sin que la decisión sea susceptible de recurso alguno.

Excepcionalmente se han presentado solicitudes de revisión que no contempla la ley, las cuales siempre han sido negadas.

Finalmente, la decisión es llevada al copiator de providencias, para ser incluida en el tomo de físicos y termina su trámite con el archivo del expediente.

6. Clases de conflictos de competencias administrativas

La doctrina española clasifica los conflictos de competencias según su jurisdicción y enuncia los siguientes:

- La Administración y los juzgados y tribunales integrados en el poder judicial.
- Los juzgados y tribunales anteriores y la jurisdicción militar (no integrada en el poder judicial).
- La Administración y la jurisdicción militar.
- La Administración y la jurisdicción contable (Tribunal de cuentas...)
- La jurisdicción contable y la jurisdicción militar.

Interesa el primer tipo, por más que la regulación propia del mismo se aplica íntegramente a los tres últimos⁶⁹.

“La formalización de un conflicto de jurisdicción no es posible ni -por parte de la Administración- respecto de asuntos judiciales resueltos por Auto o Sentencia firmes o pendientes sólo de recurso de casación o revisión (salvo cuando la cuestión se suscite justamente con ocasión de la ejecución de aquellas decisiones judiciales o verse sobre facultades de la Administración que deban ejercitarse en trámite de ejecución de las mismas), ni -por parte de los Juzgados y Tribunales -respecto de asuntos *resueltos* por medio de acto que ha agotado la vía administrativa (salvo cuando se trate precisamente de la competencia para la ejecución dicho acto)...”⁷⁰.

⁶⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano – JIMÉNEZ BLANCO, Antonio – ORTEGA ÁLVAREZ, Luis I., *Manual de derecho administrativo*, 3ª. ed., Ariel, Barcelona, 1994, p. 394-395

⁷⁰ *Ibíd.*

En nuestro medio los conflictos de competencias se clasifican por la rama del poder público en que tengan lugar, puesto que se presentan en las tres ramas sin excepción. A este efecto se han dispuesto previsiones normativas a las colisiones competenciales que señalan la manera de resolver la confrontación dependiendo de la rama del poder público donde se presente. Además, los conflictos de competencia pueden ser positivos o negativos.

En la rama ejecutiva del poder público “el conflicto de competencias entre dos entidades públicas puede producirse, bien por vía positiva cuando ambas se consideran competentes para asumir el conocimiento de determinado asunto, o bajo la forma negativa esto es cuando ninguna de las entidades se considera competente y rechaza su trámite”⁷¹. Por lo general, cuando el conflicto se suscita entre dos entidades de nivel inferior que dependan de un superior común son resueltos por el superior jerárquico. Cuando se trate de órganos de la Administración de nivel departamental resuelve sobre la competencia el tribunal administrativo, y cuando involucren una autoridad nacional resuelve la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según lo establecido en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

En la rama legislativa la Ley 3ª de 1992, contempla la solución de conflictos de competencias otorgándole la facultad de dirimirlos a un órgano superior integrado por los presidentes de cada comisión, prevé la intromisión de funciones para las comisiones del Congreso de la República. En este sentido su artículo 3º señala: “los proyectos de ley que contengan petición de facultades extraordinarias para el Presidente de la República, y aquellos que tengan relación con la expedición o modificación de códigos, el régimen de propiedad y la creación o modificación de contribuciones parafiscales serán conocidos por las respectivas Comisiones Constitucionales según las materias de su competencia [...] Los conflictos que se presentaran con motivo de la aplicación

⁷¹ GALINDO VACHA, Juan C., *Lecciones de derecho procesal administrativo*, vol. 1, 1ª ed., Editorial Javeriana, Bogotá, 2003, p. 452.

de éste artículo serán resueltos de plano por una comisión integrada por los Presidentes de las Comisiones Constitucionales de la respectiva Corporación⁷².

De lo cual se infiere que la contención que experimenta la Administración al abordar la competencia de un asunto en particular no es una cuestión que se observe únicamente en la rama ejecutiva del poder público, sino que también se presenta en el poder legislativo. A este respecto la norma citada prevé la intromisión de funciones entre las distintas comisiones del Congreso al regular los aspectos indicados.

Es pertinente mencionar que la colisión de competencias en la rama judicial, como bien es sabido, su resolución está en manos del superior jerárquico común entre los jueces que se disputan un asunto, o que afirman no ser los competentes en el caso del conflicto negativo de competencias, lo cual es de fácil solución. En la rama judicial la situación se torna compleja en ocasiones cuando las altas corporaciones no logran ponerse de acuerdo en algunos contextos, explícitamente en lo relativo a la aplicación de las decisiones concernientes a la acción de tutela.

La Ley 270 de 1996 asignaba al Consejo Superior de la Judicatura la competencia para resolver los conflictos competenciales entre distintas jurisdicciones y entre éstas y los órganos de la Administración que tengan funciones jurisdiccionales, tal como lo indicaba el numeral 2º del artículo 112 que señala como una de las funciones de la sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura la siguiente facultad:

2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114,

⁷² Colombia. Congreso de la República. Ley 3 de 1992, artículo 3.

numeral tercero, de esta Ley y entre los Consejos Seccionales o entre dos salas de un mismo Consejo Seccional⁷³.

Ante la duda de cuál criterio utilizar para resolver el conflicto competencial, primeramente debemos verificar que el conflicto sea de naturaleza administrativa y examinar el nivel que ocupan las entidades en conflicto en la escala piramidal de la Administración; posteriormente, se determina la norma que confiere la competencia para conocer de un asunto a cada órgano involucrado y establecer si realmente existe un conflicto jurídico o se trata simplemente de disparidad de criterios de aplicación normativa.

En segundo lugar, debemos establecer si existe norma que otorgue la facultad a una de las entidades en disputa, o si existe superior jerárquico común para resolver el conflicto. También es posible que por desconocimiento normativo tenga cabida la controversia; eventos que nos ubicarían en un conflicto de competencias aparente, lo cual, obedecería a la renuencia o, a la omisión en la aplicación del régimen jurídico por parte de los funcionarios que pertenecen a los órganos de la Administración.

En tercer lugar, luego de haber agotado el anterior procedimiento, verificamos si realmente encontramos dos normas que asignen la competencia sobre un asunto a dos entidades administrativas, con lo cual se concluiría que efectivamente existe un conflicto real de competencias administrativas.

Verificada la existencia del conflicto, se procede a determinar el criterio que más se ajuste para la definición de la competencia. Habiendo establecido que el criterio jerárquico no soluciona la controversia, nos remitimos al criterio cronológico con el fin de concluir cuál es la norma más reciente que haya asignado la competencia, es decir, la norma posterior prevalece sobre la anterior. Si no resulta suficiente este análisis, acudimos al criterio de

⁷³ Colombia. Congreso de la República. Ley 270 de 1996, artículo 112.

especialidad, por razón de la materia con el objeto de determinar si existe norma especial que atribuya la competencia a determinada autoridad. El problema que surge aquí, es si existe norma especial anterior y norma posterior general que designe la competencia. En este caso se optaría por aplicar la norma que más se ajuste a la situación considerando las circunstancias y condiciones sociales de la época.

En la actualidad, al constatar que los criterios enunciados se agotan, acudimos al criterio orgánico o subjetivo, combinado con el criterio objetivo o actividad, es decir, la materia de que se trate. La cuestión que se origina es ¿qué criterio acoger? si dos entidades resultan igualmente especiales para resolver un asunto, una en razón al sujeto y otra en razón a la materia se otorga preeminencia a la actividad desarrollada por el particular para decidir sobre la autoridad que debe conocer del asunto planteado.

6.1. Conflictos de competencias administrativas aparentes

El conflicto de competencias administrativas aparentes consiste en la reclamación o negación de la competencia que realiza un funcionario de la Administración o la persona interesada, ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por cuanto, tiene la convicción desacertada de que una norma confiere la facultad a una autoridad administrativa para actuar frente a un asunto determinado o, por el contrario, considera que no le corresponde asumir la competencia.

6.1.1. Conflicto de competencias aparente positivo

El conflicto positivo de competencias administrativas aparente, consiste en la reclamación que realizan dos autoridades administrativas o más, que se disputan la facultad administrativa para conocer de un asunto por la interpretación equívoca de la norma que realiza una de ellas.

Ejemplo del conflicto positivo de competencias aparente se plantea por la Comisión Nacional de Televisión al promover un proceso en contra del Consejo Nacional Electoral, en acción de definición de competencias administrativas, donde la CNTV a través de la Oficina de Regulación de la Competencia, declara ser la entidad competente para investigar a los concesionarios y operadores del servicio de televisión por transmitir propaganda electoral de acuerdo con lo establecido en el literal b) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995.

Por su parte, el Consejo Nacional Electoral manifiesta haber realizado apertura de investigación por el mismo hecho, donde incluye concesionarios de espacios televisivos investigados por la CNTV, con fundamento en el artículo 39 literales a) y b) de la Ley 130 de 1994, llamado Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos, que le asigna facultad para investigar y sancionar a los infractores del estatuto electoral.

En el presente conflicto, se aduciría que por tratarse de operadores o concesionarios de espacios televisivos <factor subjetivo> y el contenido o materia objeto de investigación <factor objetivo> la competencia recaería en la CNTV, puesto que comprende los dos elementos que generalmente se analizan en estos casos por el alto tribunal para dirimir las controversias sobre atribución de competencias. Pero, dado que, el Consejo Nacional Electoral ostenta una facultad constitucional especial para investigar a los infractores de la normatividad electoral, contenida en el artículo 265 numeral 5 la cual prescribe: “5. Velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías”. En concordancia con lo establecido en el artículo 39 literales a) y b) de la Ley 130 de 1994, la cual se refiere a las investigaciones y sanciones aplicables a los partidos, movimientos y candidatos por violación a las normas contempladas en el estatuto electoral, la Sala resuelve en su favor realizando las siguientes consideraciones:

... también tiene el Consejo Nacional Electoral la atribución de investigar y sancionar a entes y personas distintos de los partidos, movimientos y candidatos, pues aun cuando la primera parte del literal a) del artículo 39 de la Ley 130 de 1994 da a entender que sólo puede sancionar a los referidos sujetos, a renglón seguido la misma norma prevé que “Las violaciones atribuibles a otras personas serán sancionadas con multas aplicables dentro de los límites aquí establecidos”, por lo que es indudable que puede investigar y sancionar también a los concesionarios de espacios de televisión y a los operadores, si presuntamente han infringido la normas contenidas en la ley electoral, [...] de conformidad con el artículo 265 de la Carta, corresponde al Consejo Nacional Electoral, velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política, al igual que por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías, (No 5), siendo determinante dentro de esas plenas garantías electorales el manejo de la publicidad política, a través de cualquier medio de comunicación.

[...]

En consecuencia y por cuanto por mandato constitucional y legal tiene el Consejo Nacional Electoral una competencia especial para adelantar investigaciones administrativas y sancionar, si es del caso, en materia de propaganda electoral, pues dicho aspecto tiene que ver no sólo con las normas electorales sobre publicidad, sino con la transparencia y garantías que tienen que rodear todo proceso electoral en un país democrático, es evidente que dicha competencia prevalece sobre la competencia general de la Comisión Nacional de Televisión para investigar a los concesionarios de televisión en asuntos relacionados con la prestación del servicio público de televisión⁷⁴.

Al efectuar el análisis normativo legal de la regulación prevista para el estricto cumplimiento del estatuto electoral, no hallamos un precepto legal que indiscutiblemente despeje cualquier duda sobre el órgano encargado de vigilar las personas jurídicas o naturales, movimientos, partidos o candidatos que realicen propaganda, específicamente publicidad televisiva, lo cual deja cierto margen de incertidumbre al asumir la competencia para investigar a los

⁷⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número C-703 de 10 de octubre de 2000, Consejero Ponente Delio Gómez Leyva

contraventores del régimen electoral; o por el contrario, al examinar el artículo 265 numeral 5 de la Constitución Política al referirse a “las disposiciones sobre publicidad” incluye cualquier medio publicitario, inclusive televisivo, entonces, debemos concluir que evidentemente es una función atribuida al Consejo Nacional Electoral, lo cual nos sitúa en un conflicto aparente.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, interpretó que la competencia del Consejo Nacional Electoral es una norma especial frente a una norma general atribuida por la ley a la CNTV. No hay discusión, desde el punto de vista de escala normativa sobre la asignación de competencias, al enfrentar una norma de rango constitucional con una norma legal. Se realiza una interpretación exegética de la norma al dirimir la controversia esencialmente con base en lo dispuesto en la Carta Política al designar una atribución especial en el organismo encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre publicidad electoral.

Los conflictos de competencias administrativas deben fundarse en una norma jurídica que confiera la competencia a un funcionario de la Administración para actuar, no solamente basarse en supuestos o interpretaciones erróneas de la norma que otorga la competencia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

... uno de los requisitos indispensables para que entre a dirimir un conflicto de competencias administrativas es que este se configure jurídicamente, es decir, que existan al menos dos entidades públicas que nieguen o reclamen simultáneamente la competencia sobre determinado asunto [...] No se configura cuando la competencia es clara y se trata de diferencias de criterios interpretativos de normas. [...] [Tal como aconteció en el conflicto positivo de competencias aparente donde] el Gobernador [de Cundinamarca] considera que [se] debe hacer el nombramiento en interinidad mientras se realiza el concurso para nombrar el notario en propiedad de El Colegio, mientras que la Jefe Jurídica de la Superintendencia y Secretaria Técnica del Consejo Superior de la Carrera Notarial, sostiene que debe reconocer el derecho de preferencia reclamado por la Notaria de Junín. Se observa que en este

caso no hay una discrepancia por la competencia para nombrar un Notario, sino una diferencia de criterios interpretativos sobre las normas de la carrera notarial que escapa a la competencia de la Sala de Consulta en lo referente a la solución de conflictos de competencias⁷⁵.

6.1.2. Conflicto de competencias aparente negativo

El conflicto negativo de competencias administrativas aparente, consiste en la negación que realizan dos entidades públicas de ser las competentes para adelantar una actuación administrativa, por la interpretación inexacta de la norma que realiza uno de sus funcionarios.

No resulta acertado aseverar que al suscitarse una disparidad de razonamientos o interpretaciones con ocasión del ejercicio de las funciones públicas se concluya que, inevitablemente, se produzca un conflicto interorgánico que obstruya el desarrollo de la gestión, o al no hallar una regla especial que determine explícitamente la esfera de acción del funcionario o, por indeterminación sintáctica o semántica se asuma una actuación que no es propia de su cargo, constituyéndose inexcusablemente, en motivos que originen una colisión de deberes: "... no toda controversia entre órganos, incluso entre órganos constitucionales, es susceptible de traducirse necesariamente en un conflicto. [La normatividad] prevé un amplísimo elenco de mecanismos reguladores de los conflictos que puedan suscitarse entre [los] poderes [...] ello no impide que en determinadas circunstancias pueden producirse solapamientos [en los sistemas legales]"⁷⁶.

En los sistemas que establecen organizaciones descentralizadas con marcada autonomía, el conflicto de competencias administrativas puede ser aún mayor que en nuestro medio. De igual forma, la posibilidad de una hipotética invasión

⁷⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado 11001-03-06-000-2011-00034-00(C) del 21 de septiembre de 2011, Consejero Ponente Augusto Hernández Becerra

⁷⁶ JAUREGUI BERECIARTU, Gurutz, "Los conflictos entre los órganos constitucionales", *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 31. septiembre-diciembre, 1991.

de funciones administrativas puede incrementarse, bien por una interpretación desacertada e imprecisa, o bien por solicitud preventiva. En ninguna de las dos situaciones se evidencia realmente una contraposición de normas competenciales, sino una digresión de criterios que conduce a que el órgano decisorio se inhiba de definir el fondo del asunto.

Al proyectar un debate de esta naturaleza es imprescindible que, en efecto, se constaten los elementos esenciales del conflicto que se han mencionado. En otra perspectiva, es factible que se actúe por fuera de la órbita competencial, se estaría en este caso, ante un exceso de atribuciones; sin embargo, esto requiere intervención judicial por extralimitación. Como lo afirma García Roca, “Tiene especial interés el reconocimiento de la posibilidad de conflictos en los cuales no se produce realmente una invasión en sentido estricto, esto es, la acción de entrar por la fuerza sin la cobertura que otorga un título competencial, en el ámbito de la competencia de otra administración. El llamado *staripamento*, invasión por exceso o desbordamiento en el ejercicio de las competencias propias, y la *menomazzione* o invasión por simple menoscabo; figuras que eran ya frecuentes en la doctrina italiana y en la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*”⁷⁷.

Lo que se pretende aclarar es que la extralimitación de funciones no configura por sí misma un conflicto, pero sí puede obstaculizar el ejercicio de una facultad. Es indispensable que al plantear una colisión de entidades administrativas, la actuación se haya desarrollado siguiendo un fundamento jurídico. No es admisible una simple conjetura para iniciar el trámite ante el tribunal que deba definir la controversia. Indudablemente, al no darse este supuesto, sería una circunstancia que conduciría a declarar su improcedencia, como ocurría en los casos planteados por particulares ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del

⁷⁷ GARCIA ROCA, Javier, *Los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 58.

Consejo de Estado con base en el artículo 4º de la Ley 954 de 2005, el cual disponía:

Artículo 4. Los conflictos de competencias administrativas se resolverán de oficio, o por solicitud de la persona interesada. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente remitirá la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁷⁸.

Resulta indispensable que se configure plenamente la negación para asumir la competencia por parte de dos entidades públicas aparentemente involucradas, en lo atinente durante la vigencia de la norma citada, se planteó la siguiente situación:

“el Fondo Pensional Territorial de Boyacá, mediante la Resolución número 0408 del 15 de julio de 2005, considera no ser la entidad competente para tramitar el reconocimiento y pago de la pensión de retiro por vejez de la señora Herminia Herrera Avella, el Instituto de Seguros Sociales Seccional Santander no se ha manifestado en tal sentido, por lo que la Sala resolverá declarar improcedente la solicitud, por no existir un conflicto de competencias administrativas”⁷⁹.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, es incuestionable que para que un conflicto sea cierto, se requiere que realmente se constituyan los elementos esenciales que ameriten la intervención del tribunal competente para resolver la divergencia. Se deben verificar, en primer lugar, las normas que otorgan la atribución específica, así como la manifestación expresa de tener o negar la competencia por los órganos implicados en el conflicto para promoverlo.

⁷⁸ Colombia. Congreso de la República. Ley 954 de 2005, artículo 4.

⁷⁹ Colombia, Consejo de Estado, Radicado 11001-03-06-000-2006-00051-00 de 18 de mayo de 2006, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo

En la doctrina jurisprudencial española la sentencia STC/1984 se remite a la STC/1983 estableció la prohibición para plantear los conflictos virtuales hipotéticos y preventivos. En este sentido se afirma:

Los hechos que la sentencia contempla y la doctrina que se acuña son bien conocidos. El Gobierno había dictado un decreto por el que se regulaban distintos órganos de la Administración del Estado en el marco de sus potestades de autoorganización. El Gobierno Vasco entendía que, de haberse hecho constar en esa disposición una reserva de las competencias de la Comunidad Autónoma en la materia, se habría evitado el planteamiento del conflicto. El Tribunal resolvió que una “cláusula de salvaguardia” de este tipo hubiera sido “superflua” y que tal entendimiento empleando un notorio galicismo “va de suyo” al tiempo que afirmaba que la controversia que subyacía configuraba un conflicto hipotético.

No obstante, existe alguna contradicción entre esta tesis y el punto 1 del fallo en el que pese al razonamiento precedente se declara que los concretos artículos del Decreto que a este problema atañen “no vulneran las competencias” de las Comunidades Autónomas actoras. Solución que puede no sea técnicamente la más acertada, pues, en rigor, si no había un conflicto real y actual, el Tribunal no podía pronunciarse sobre la pretendida violación competencial.

Bastante curioso es el caso resuelto por la STC 116/1984 donde muy acertadamente acaba por decirse que no cabe conflicto frente a la mera sospecha de invasión de competencias [...] Es evidente que no puede plantearse un conflicto basándose en la sospecha de que una resolución o acto del Estado tiene como finalidad última vulnerar el orden competencial, o puede conducir hipotéticamente a este resultado, cuando la disposición o acto no invade en modo alguno la competencia de la Comunidad Autónoma⁸⁰.

En suma, para los tribunales de decisión, es claro que la disparidad de criterios o el conflicto virtual o hipotético no son motivos que justifiquen emprender un análisis normativo, cuando la disposición es clara en su contenido al asignar una atribución concreta y específica que deslinda una función administrativa. Tampoco resulta admisible entrar a considerar un conflicto futuro como labor

⁸⁰ GARCIA ROCA, Javier, *Los conflictos de competencia...*, cit., p. 63.

preventiva cuando se advierta sobre una posible lesión o amenaza en el ejercicio de una potestad, acontecimientos que conllevan una decisión inhibitoria. El conflicto debe plantearse partiendo de un hecho real, es decir, cuando dos entidades administrativas se disputen con una base jurídica determinada el trámite de una actuación administrativa iniciada por una de ellas o contrariamente, declinen avocarla.

No obstante lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico prevé la posibilidad al alto gobierno de acudir a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado como máximo órgano consultivo de gobierno, con el fin de precaver un conflicto en ejercicio de las funciones descritas en el numeral 1 del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, que señala: “1. Absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo”⁸¹.

6.2. Conflictos de competencias administrativas reales

Los conflictos de competencias administrativas reales consisten en la disputa entre dos o más autoridades administrativas para adelantar una actuación administrativa, o para negar su avocación, con fundamento en dos o más normas del mismo grado que confieren simultáneamente la facultad a los entes involucrados para ejercer determinada función administrativa.

6.2.1. Conflicto de competencias real positivo

Los conflictos positivos reales de competencias consisten en la reclamación por parte de dos autoridades administrativas para conocer de un asunto en concreto, con base en dos normas que asignan una función de manera concomitante a dos autoridades.

⁸¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011, artículo 112, numeral 1.

A título de ejemplo frente al tema tratado, indudablemente, existía un conflicto normativo de competencias administrativas en las funciones otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio en el numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992⁸² y las funciones asignadas a la extinta Comisión Nacional de Televisión hoy, Autoridad Nacional de Televisión en el literal d), artículo 5 de la Ley 182 de 1995⁸³, las dos entidades con facultades para investigar y sancionar la violación del régimen de protección de la competencia, estas normas han desatado múltiples debates entre las entidades involucradas.

Muestra de lo anterior, se evidenció en el conflicto positivo de competencias administrativas entre las mismas autoridades la SIC y la CNTV., por operaciones de integración empresarial, por lo cual se abre nuevamente la discusión con base en lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, que establece la normatividad de protección de la competencia, asignando la facultad de supervisar su cumplimiento a la Superintendencia de Industria y Comercio de la siguiente manera: “La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”. Artículo que se contrapone a lo dispuesto en el literal d) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, arriba mencionado, que establece: “literal d. Investigar y sancionar

⁸² “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2153 de 1992, artículo 2. Funciones - La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: [...] 2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia”.

⁸³ Colombia. Congreso de la República. Ley 182 de 1995, artículo 5. Funciones. En desarrollo de su objeto corresponde a la Comisión Nacional de Televisión: [...] d. Investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia, el pluralismo informativo y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas previsto en la Constitución y en la presente y en otras leyes, o por incurrir en prácticas, actividades o arreglos que sean contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades entre aquéllos, o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo en los servicios de televisión, o a la formación indebida de una posición dominante en el mercado, o que constituyan una especie de práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético y en la prestación del servicio...”

a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia...”. En esta ocasión mediante concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁸⁴ se concede la competencia a la SIC.

El legislador al percatarse de esta contraposición normativa expide el artículo 13 de la Ley 1507 de 2012 y traslada la función descrita en el literal d) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 referente al régimen de protección de la competencia en la televisión a la SIC. Sin embargo el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1507/2012, establece como objeto de la nueva ANTV la función de evitar las prácticas monopolísticas en la operación y explotación del servicio de televisión, lo cual vislumbra una señal de contradicción.

De lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que frente al tema de protección de la competencia y el régimen de integraciones empresariales, la normatividad no armoniza plenamente el ejercicio de la función de supervisión, originando un conflicto real de competencias administrativas, que puede persistir en el control de la explotación en el sector de la televisión según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1507 de 2012, la cual crea la Autoridad Nacional de Televisión que se confronta con los artículos 2 y 6 de la Ley 1340 de 2009⁸⁵, lo que no despeja plenamente el conflicto normativo que asigna facultades a los entes que vigilan el régimen de la competencia.

⁸⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2011-00026-00(C) de 7 de julio de 2011, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo

⁸⁵ “Colombia. Congreso de la República. Ley 1340 de 2009, artículo 2. Ámbito de la ley. Adiciónase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor: Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico. [...] Artículo 6°. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

6.2.2. Conflicto de competencias real negativo

Los conflictos negativos de competencias administrativas reales consisten en la negación de dos autoridades administrativas para conocer de un asunto, por fundarse en normas que asignan la competencia en dos entidades administrativas.

En primera instancia, se debe partir de la premisa de que para inscribir una diferencia que verse sobre la asunción de competencias administrativas es preciso que se integren los presupuestos para plantear el conflicto, esencialmente que exista norma jurídica la cual asigne la función administrativa a dos entidades estatales, es decir, que exista un conflicto normativo, siguiendo para ello el procedimiento contemplado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, y los criterios sentados por la línea jurisprudencial que se aplique en el lugar de los acontecimientos. Como afirma García Roca, “Directamente unido a este presupuesto del conflicto se encuentra la exigencia jurisprudencial de una lesión real y efectiva de la titularidad de la competencia [...] se estableció con rotundidad que: “contra lo que el promotor del conflicto parece entender no es misión de este Tribunal al resolver conflictos de competencia, llevar a cabo declaraciones interpretativas sobre la existencia y significado de supuestos implícitos en las normas y sobre sus presuntas consecuencias de manera que si en la normas esgrimidas la invasión de competencias no se produce el conflicto no puede prosperar”⁸⁶.

No solamente debe presentarse la existencia de contraposición normativa en la asignación de facultades administrativas para que se configure un conflicto real sino, que se debe producir una verdadera invasión en la órbita competencial ajena para entrar a solucionar el conflicto de competencias. Frente a este respecto, parece no existir una posición concluyente, puesto que debido a la mutabilidad constante del ordenamiento jurídico no siempre resulta simple

⁸⁶ GARCIA ROCA, Javier, *Los conflictos de competencia...*, cit., p. 61.

determinar cuándo una norma tácitamente modifica una competencia administrativa.

El conflicto real de competencias puede suscitarse de diversas formas. Unas son por conflicto normativo directo, esto es, que dos normas otorguen la competencia a distintas entidades administrativas, como ya se dijo, y otras porque una disposición posterior reste efectos tácitamente a una norma anterior, lo cual ocurriría indirectamente, pero por ello no dejaría de ser real.

La legislación colombiana no exige que para plantear un conflicto de competencias ante el juez, deba ser necesariamente una de las dos entidades involucradas en el conflicto la que lo formule. Es posible que aquél sea iniciado de oficio o a petición de la persona que tuviese un interés directo sin ser parte, como se indicaba en el primer aparte del párrafo del artículo 4º de la Ley 954 de 2005, y en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ante esta autorización que otorga la ley cabe señalar que el enunciado da lugar a que por una simple apreciación del particular que promueve el conflicto se active la función del juez, sin que realmente existan normas contrapuestas. Esta posibilidad probablemente se incluyó con el objeto de contribuir a la seguridad jurídica, evitando actos que deban declararse nulos con posterioridad o que se produzcan actuaciones contradictorias.

El Tribunal de Conflictos español, por interpretación jurisprudencial de los artículos 62 y 63 de la LOTC - Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - ha exigido más que un requisito procesal para iniciar un conflicto. Lo que se designa como la *vindicatio potestatis* que es un verdadero presupuesto para promover un conflicto. Consiste en que “la Administración actora reivindique una competencia usurpada por otra Administración demandada, [...] toda vez que sin su concurrencia no puede decirse que exista conflicto [...] Es preciso, en definitiva, una efectiva y real invasión de competencias y una correlativa

reivindicación de dicha competencia por parte de la Administración supuestamente invadida. *Vindicatio potestatis* e 'invasión' no son sino dos caras de la misma moneda en la descripción que la jurisprudencia constitucional efectúa del vicio de incompetencia: despojo competencial y reivindicación. [...], Pero se ha revelado en la práctica como un instrumento algo tosco, pero eficaz en la solución jurisdiccional de conflictos"⁸⁷.

Es evidente que la decisión que ponga fin al conflicto de competencias interorgánicas no siempre conlleva una solución indiscutible, no obstante, nos permite pronosticar cuál será la decisión que se adopte en un acontecimiento futuro. Si bien en ocasiones se aduce fácilmente que estamos ante un conflicto de competencias aparente, en otras oportunidades resulta más difícil determinar si se trata de un conflicto real y efectivo como lo expone la doctrina: "Es sin embargo, patente que no siempre resultará sencillo dilucidar cuándo nos encontramos ante una mera sospecha de invasión (STC 116/1984) que hace el conflicto inadmisibile por falta de uno de sus presupuestos, o ante una verdadera y grave amenaza de lesión constitucional, supuesto que, a mi entender, podría llevar a la solución del fondo de la controversia competencial (así se hizo en la STC 67/1983)"⁸⁸.

Se ha afirmado que la simple interpretación no convierte un conflicto aparente en un conflicto real. Es claro que para plantear una discusión de estas características es indispensable reunir los presupuestos descritos para que sea objeto de examen por un tribunal. Se considera que "la simple presencia de cuestiones estrictamente fácticas o, incluso jurídicas en alguna medida vinculadas con el sistema de distribución de competencias, pero cuya solución no requiera de una interpretación de las reglas, no permite transformar un conflicto de competencias aparente en una verdadera controversia competencial susceptible de resolución [...] Es menester la existencia de sendas

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 56-57.

⁸⁸ *Ibíd.* p. 64.

interpretaciones contrapuestas sobre la distribución competencial [...] no existe un verdadero conflicto constitucional, sino un mero conflicto de competencias aparente...”⁸⁹. De acuerdo a lo anterior, es necesario que la norma competencial imprima cierto grado de incertidumbre como requisito para realizar el trámite ante el tribunal que corresponda. Asimismo, la interpretación que se realiza de su contenido debe circunscribirse en un firme soporte lógico-jurídico.

Ejemplo de un conflicto real negativo de competencias lo encontramos con el enfrentamiento suscitado entre la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia de Sociedades al decidir sobre quien recae la competencia para resolver una queja contra el liquidador de una sociedad privada, atendiendo a lo descrito en el artículo 75 del Código Único Disciplinario⁹⁰ que atribuye competencia a las dos entidades en la misma norma.

7. Criterios para resolver los conflictos de competencias

Los criterios tradicionales empleados para resolver los conflictos normativos que confieren competencias a los entes gubernamentales, como la especialidad, la jerarquía y la cronología, parecen no ser métodos suficientes para dirimir las tensiones que activan la función de los órganos jurisdiccionales, puesto que la creación de instituciones privadas con naturaleza de diversas personas jurídicas, definidas legalmente, implica que combinen en su objeto la prestación de servicios públicos, variando con ello la actividad que habitualmente desarrollan. De esta manera, se transforma la antigua concepción de que dichos servicios son prestados por entidades públicas, tratándose en la actualidad de una

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 168-169.

⁹⁰ Colombia. Congreso de la República. Ley 734 de 2002, artículo 75. Competencia por la calidad del sujeto disciplinable. Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros.

El particular disciplinable conforme a este código lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación, salvo lo dispuesto en el artículo 59 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión...”.

actividad que asumen personas jurídicas privadas o mixtas, dependiendo su conformación. Esta circunstancia se deriva de la desmonopolización y privatización de los servicios públicos, lo que hace más compleja la supervisión y a la vez exige mayor precisión.

Encontramos entonces que la diversificación de las formas que adoptan las personas jurídicas en sus objetos sociales, no es la única dificultad que afrontan los sistemas legales para regular su actividad. Existe asimismo, una multiplicidad de fuentes legales que oscurecen aún más la situación, como sucede con la expedición de reglamentos que paralelamente codifican una actividad fijando reglas propias que imponen deberes a los particulares. Estas dificultades llevan a discurrir en sentido amplio que “las normas legales pueden (y suelen) ser establecidas por diferentes autoridades. En los modernos sistemas jurídicos, la democracia y el pluralismo por un lado, y la necesidad de regulación administrativa de infinidad de materias por otro, requieren que los poderes para estatuir o crear normas estén repartidos entre diferentes estamentos y autoridades. Estos pueden establecer prescripciones contradictorias. Parafraseando el título de una conferencia de Pérez Luño, nos encontramos ante un desbordamiento de las fuentes del derecho”⁹¹. Examinemos los criterios que se han establecido para resolver los conflictos de competencias.

7.1. Criterio jerárquico

La prescripción jurídica en uso indica que “de dos normas en conflicto prevalece la norma jerárquicamente superior. La inferioridad de una norma respecto a otra consiste en la menor fuerza de su poder normativo [...], el problema surge cuando una norma inferior específica choca con una superior general. En este caso no hay una respuesta segura sobre qué criterio prevalece, si el jerárquico o el de especificidad. Bobbio considera que en esta situación se ponen en juego dos valores fundamentales de todo sistema jurídico: el de respeto al

⁹¹ AUSIN, Txetxu, *Entre la lógica y el derecho...*, cit., p. 146.

ordenamiento, que exige respeto a la jerarquía, y el de la justicia, que exige la adaptación gradual del derecho a las necesidades sociales”⁹².

El criterio jerárquico que recoge la tesis kelseniana, en el cual las normas de los sistemas jurídicos se organizan piramidalmente, así como la estructura institucional, nos brinda una solución que atiende a la prevalencia que ostenta la norma dentro del orden jurídico; es decir, su importancia respecto de las demás, su valor normativo, reside esencialmente partiendo de su origen. Uno de los problemas para definir si una norma predomina sobre otra, es cuando se produce por el mismo órgano emisor de normas.

Al referirnos a la preeminencia de competencias, no siempre por tratarse de un órgano que ocupa un lugar más alto en la estructura del Estado, significa que se le deba conceder la razón al definir quién debe asumir el conocimiento de una situación. En el caso colombiano del que se ha venido haciendo mención, al enfrentarse dos órganos de distinto nivel en la Administración en conflicto negativo de competencias, el Consejo de Estado resolvió declarar competente al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en oposición a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR)⁹³. Bien conocido es el criterio jerárquico o como se ha expresado fundamento de validez para la resolución de antinomias. En este sentido, Ruiz Sanz nos recuerda:

(Lex superior derogat inferiori), según el cual la norma de rango superior prevalece, en caso de conflicto, sobre la de rango inferior. Este criterio se encuentra recogido

⁹² *Ibíd.*, p.154-155.

⁹³ La CAR y el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial se enfrentan afirmando que a ninguno de ellos corresponde asumir la tarea para otorgar licencia ambiental. Por un lado, la CAR sostiene que “... de acuerdo a lo señalado por el artículo 8, numeral 16, del Decreto 1220 de 2005, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, es el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, quien debe otorgar o negar [...] la introducción al país de especies exóticas con fines de reproducción, pues es una actividad que se encuentra sujeta a la necesidad de licencia ambiental y por lo tanto competencia del Ministerio”. [Por su parte el Ministerio, conforme a lo establecido en el artículo 12 del Decreto 4064 de 2008, afirma que es la CAR el ente competente para tramitar la licencia ambiental en cuanto al establecimiento de zocriaderos con fines comerciales de la especie *Hélix aspersa*].*Ibíd.*

formalmente en el ordenamiento jurídico español con carácter general en el art. 9.3º de la Constitución de 1978 (CE) así como en el art. 1.2º del Código civil, y con carácter particular en el art. 164 CE y en el art. 39.1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) respecto a la Constitución y las leyes; en el artículo 97 CE y 62.2º de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) respecto a los reglamentos y las leyes; y en el art. 51.2º LPA en relación a los distintos reglamentos entre sí⁹⁴.

Ahora bien, si la delegación de funciones administrativas se produce del funcionario superior al inferior, como bien lo consagra la Constitución Política de Colombia en su artículo 211, el cual establece que “La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades...”⁹⁵, se deduce entonces que en un sistema ordenado de normas excepcionalmente se producirían choques de esta naturaleza entre los órganos que están por debajo de la suprema autoridad administrativa, puesto que se debe tener claridad suficiente de las funciones delegadas, observando la coordinación y la armonización que rodea la actividad administrativa y la actuación de sus subalternos, la cual ha sido autorizada legalmente.

La legislación colombiana prevé la incompatibilidad normativa, entendiendo por tal la regulación de una misma situación de dos formas diferentes en cada prescripción jurídica, y prefiere la que se ubique en el mayor rango normativo. En este sentido, se hace referencia a la solución jerárquica del artículo 10 del Código Civil, subrogado por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, reformado a su vez por la Ley 153 de 1887, la cual dispone lo siguiente:

⁹⁴ RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos...*, cit., p. 73.

⁹⁵ Colombia. Constitución Política de 1991, artículo 211.

Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella. Si en los códigos que se adopten se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. 2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública⁹⁶.

En la legislación doméstica, por consiguiente, para superar el escollo de la contradicción normativa se acude al criterio jerárquico codificado en el texto civil. No obstante, el artículo no alude al caso que se advierte, específicamente al encuentro de dos reglas del mismo nivel en la escala jerárquica, es decir, en la hipótesis de dos normas que han sido expedidas vía decreto, apelando seguidamente al concepto de especialidad sobre la norma general. Retomando la pregunta qué sucedería si existe una norma especial anterior que regula una materia y posteriormente se expide una norma general que regula parcialmente la misma materia. Algunos opinan que se prefiere la norma especial sobre la general, aunque se haya promulgado con anterioridad en el tiempo; otros opinan que la norma posterior debería prevalecer. En estos casos se considera que se debe revisar primeramente su posición en la escala normativa y en caso de encontrarse en el mismo rango, examinar aspectos relativos con la necesidad, economía, celeridad y correlación.

Para ilustrar sobre el particular podemos citar el expediente del 4 de octubre de 2006, producido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, donde el asunto se resuelve con una decisión inhibitoria; no obstante, para los fines de nuestro argumento resulta útil la tesis empleada para arribar a esta decisión. El caso es el siguiente: la Constructora OPTIMA S.A., solicita autorización de ocupación del cauce de la quebrada Zúñiga ante la Secretaria de

⁹⁶ Colombia. Código Civil, artículo 10.

Ambiente y Desarrollo Rural de Envigado como delegataria de la Corporación Autónoma Regional de Antioquia, ubicada entre dos autoridades ambientales Envigado y Medellín. Se procede a enviar oficio a CORANTIOQUIA para que defina la autoridad ambiental que debe continuar el trámite.

En primera instancia, debemos advertir que el asunto es remitido a la autoridad ambiental superior común entre las entidades administrativas implicadas la CAR; que posteriormente es de conocimiento del Viceministro de Ambiente que considera que la Ley 954 de 2005 derogó el numeral 31 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993, el cual asigna al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial competencia para dirimir los conflictos y discrepancias que se presentan entre las entidades integrantes del Sistema Nacional Ambiental SINA.

La Sala de Consulta y Servicio Civil realiza un estudio de las normas vigentes aplicables al caso concreto de la siguiente manera:

La ley 99 de 1993 artículo 5.31, dice:

Ley 99 de 1993 “ARTÍCULO 5º.- Funciones del Ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente:(...)

31) Dirimir las discrepancias entre entidades integrantes del Sistema Nacional Ambiental, que se susciten con **motivo del ejercicio de sus funciones** y establecer criterios o **adoptar decisiones cuando surjan conflictos entre ellas** en relación con la aplicación de las normas o con las políticas relacionadas con el uso, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables o del medio ambiente; (...)

A su turno el Decreto 1220 de 2005 reglamentario de la Ley 99 de 1993 en materia de licencias ambientales, en su artículo 11, fijó una competencia específica para resolver la “colisión o concurrencia de competencias” sobre el proyecto obra o actividad objeto de la licencia, así:

ARTÍCULO 11. DEFINICIÓN DE COMPETENCIAS. Cuando el proyecto, obra o actividad **se desarrolle en jurisdicción de dos o más autoridades ambientales,**

el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, designará la autoridad ambiental competente para decidir sobre el otorgamiento de la licencia ambiental.

En el acto de otorgamiento de la misma, la autoridad designada precisará la forma de participación de cada entidad en el proceso de seguimiento.

En todo, caso, una vez otorgada la licencia ambiental, el beneficiario deberá cancelar las tasas ambientales a la autoridad ambiental en cuya jurisdicción se haga el uso, aprovechamiento y/o vertimiento respectivo. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 66 de la Ley 99 de 1993.

PARÁGRAFO. Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, **la autoridad ambiental a la cual se formule la solicitud de licencia ambiental o el interesado, si considera que existe colisión o concurrencia de competencias sobre el proyecto, obra o actividad, pondrá en conocimiento del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, dicha situación, para que este designe dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a una de las autoridades ambientales competentes, como responsable de adelantar el procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental.**(Resalta la Sala)⁹⁷.

En el ejemplo expuesto apreciamos que las normas aplicables atribuyen competencia concreta y específica al órgano ubicado en la cúspide de la Administración en el sector ambiental para resolver los conflictos que se presenten entre las entidades de orden inferior como bien lo expresa la Sala “... es claro que cuando la ley 99 le otorgó esa competencia al Ministerio de Ambiente lo reconoció como la máxima autoridad coordinadora del conjunto de entidades que conforman el Sistema Nacional Ambiental”⁹⁸, es por ello que, el criterio empleado aquí, nos ubica en la norma que asigna expresamente al superior jerárquico del ramo, la facultad para absolver las discrepancias que se presenten entre entidades de menor categoría.

⁹⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente 11001-03-06-000-2006-00102-00 del 4 de octubre de 2006

⁹⁸ *Ibíd.*

7.2. Criterio cronológico

“Entre dos normas incompatibles prevalece la posterior en el tiempo”⁹⁹. Al respecto no parece existir dificultad interpretativa: basta con examinar cuándo han sido creadas las normas para tener certeza de cuál aplicar. Es pertinente decir que en el criterio analizado al enfrentarse dos normas con la misma fuerza jurídica en el ámbito del derecho administrativo, no opera el principio de favorabilidad del cual se sirve el derecho penal al imponer una sanción cuando existe acumulación de condenas o, por ejemplo, cuando en la ejecución de una pena surge una norma que aumenta la sanción a una conducta punitiva. En este caso se continúa aplicando la norma anterior, lo cual constituye una excepción a la regla general de que siempre se aplica la norma posterior aunque esta derogue la anterior.

En el caso español Ruiz Sanz explica que este concepto “se encuentra reconocido en el artículo 2.2º del Código civil español, cuando menciona que <<Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado>>”¹⁰⁰.

Criterio que permite definir qué norma aplicar en determinado momento, basta revisar la materia y la época en que se produce; cuestión distinta al contraponer normas que regulan una materia cuando una de ellas proviene del órgano que conserva el monopolio de la producción jurídica el Congreso de la República y la otra se crea en ejercicio de las facultades *pro tempore* de que se inviste al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley. Este

⁹⁹ AUSIN, Txetxu, *Entre la lógica y el derecho...*, cit., p. 154

¹⁰⁰ RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos...*, cit., p. 74.

acontecimiento repara por un recurso más complejo. Ruiz Sanz continúa diciendo:

Bobbio ha señalado, [...] En el caso de los dos primeros [criterios] (jerárquico y cronológico) se prescinde de la materia regulada, mientras que la aplicación [...] (el de especialidad) requiere hacer mención expresa a la materia regulada. Aunque su naturaleza no sea lógica, sirven para la interpretación y aplicación del Derecho; de acuerdo con Alchourron y Bulygin, tales reglas <<son prácticamente útiles, pero no son lógicamente válidas>>. Así pues, estas reglas generales tienen la virtualidad de proporcionar al sistema jurídico una cierta coherencia “derivada” o “restaurada”, ante la imposibilidad de garantizar una coherencia “originaria” que no admitiría la existencia de antinomias¹⁰¹.

La solución de antinomias, de acuerdo con la tesis de Bobbio, conlleva consecuencias distintas: unas aparentes o solubles y otras reales o insolubles. “... para las antinomias aparentes o solubles [existen soluciones] a partir de [...] criterios intrasistémicos, mientras que las reales o insolubles serían aquellos casos en los que no se puede aplicar [los criterios empleados usualmente] [...] ya sea por la ausencia de criterio o por un conflicto de [criterios]”¹⁰². Según esta proposición, existen casos en los que el problema se resuelve acudiendo a las técnicas ya conocidas por el operador jurídico, en tanto que en otros la dificultad para la solución de normas en conflicto no encuentra una respuesta en los mecanismos tradicionales, cuyos métodos quedan al arbitrio del funcionario en la necesidad imperante de superar la tensión normativa. En la mayoría de los casos se opta por utilizar el criterio subjetivo unido al criterio objetivo para determinar la competencia.

En el evento de adoptar una resolución conveniente para las contradicciones reglamentarias o redundancias normativas, se realiza una interpretación sistemática, elaborando un análisis pormenorizado de las normas atinentes a la materia, donde parece prescindirse de los criterios expuestos en el problema

¹⁰¹ Ibíd.

¹⁰² Ibíd., p. 75.

que atañe a nuestro estudio, en cuanto se refiere a dos normas enfrentadas que se encuentran en el mismo nivel jerárquico.

El aspecto que cobra importancia inicialmente, es el criterio subjetivo o la naturaleza jurídica del sujeto vigilado por el ente administrativo. Por lo tanto, ya no se atiende al grado de supremacía que ocupe la entidad pública, sino que se verifica la naturaleza que ostenta la persona jurídica de derecho privado y se procede a clasificarla en el ordenamiento jurídico, para luego plantear el desenvolvimiento principal de su objeto. En este caso, el análisis que se elabora casi abandona los criterios expuestos y revierte la atención al sujeto en estudio y la actividad que desarrolla para entrar a revisar los enunciados aplicables conforme a las competencias conferidas a las personas de derecho público que regulan el sector.

Observemos la aplicación del criterio planteado en el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Comisión Nacional de Televisión por el presunto incumplimiento de las condiciones impuestas a las sociedades Telmex Colombia S.A, y Teledinámica S.A., por la CNTV al permitir su integración mediante resolución No. 1071 del 4 de septiembre de 2008.

En comunicación del 11 de septiembre de 2007, las sociedades citadas informaron a la CNTV., sobre el proceso de integración que proyectaban realizar, el cual no fue objetado quedando sujeto a la prohibición de hacer efectivas las cláusulas de permanencia mínima ni de prórroga automática en los contratos con los suscriptores por el término de dos años contados a partir de la fecha en que se haga efectiva la operación de integración.

El 25 de febrero de 2010, es decir, al mes siguiente de haber vencido el plazo de transición previsto por la Ley 1340 de 2009, una usuaria del servicio de televisión formula queja a la Oficina de Regulación de la Competencia de la CNTV, por

cobro injustificado de la cláusula de permanencia del contrato suscrito con TELMEX.

La CNTV "... en comunicación del 28 de enero de 2011 [...] remitió a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), Grupo de Protección a la Competencia, el informe de incumplimiento a los condicionamientos impuestos por la CNTV a las sociedades TELMEX HOGAR S.A. (TELMEX COLOMBIA S.A.) y TELEDINAMICA S.A, considerando que conforme a lo establecido en la ley 1340 de 2009, era la Superintendencia la autoridad competente para adelantar la correspondiente indagación sobre dichos incumplimientos. Recibido el comunicado del 28 de enero de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de oficio No. 11-106241-0 del 8 de febrero de 2011 [...], declaró su incompetencia para conocer del asunto, y se sustentó en el artículo 33 de la ley 1340 de 2009, inciso tercero, que dispuso... *Las informaciones sobre proyectos de integración empresarial presentadas ante otras autoridades antes de finalizar el mismo término, serán tramitadas por la autoridad ante la que se radicó la solicitud. Con todo, antes de proferir la decisión, la autoridad respectiva oirá el concepto del Superintendente de Industria y Comercio.*"¹⁰³.

La Sala de Consulta y Servicio Civil al emitir su decisión básicamente cita lo dispuesto en los artículos 4, y 5 de la Ley 182 de 1995, los cuales determinan el objeto y las funciones de la CNTV., en los siguientes términos:

Artículo 4. OBJETO. Corresponde a la Comisión Nacional de Televisión ejercer, en representación del Estado la titularidad y reserva del servicio público de televisión, dirigir la política de televisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con el servicio público de televisión de acuerdo a lo que determine la ley; regular el servicio de televisión, e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley.

¹⁰³ Radicación 11001-03-06-000-2011-00026-00(C)/2011..., cit. p.3.

Artículo 5. “FUNCIONES. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión:

d) Investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia...” (...)

Al equiparar la norma citada, con lo expuesto en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, observamos que la autoridad para conocer de las prácticas restrictivas de la competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio, por el encargo asignado por el legislador en el artículo 6 la cual expresa:

Artículo 6. AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCION DE LA COMPETENCIA. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

PARAGRAFO. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio”¹⁰⁴.

En cuanto al régimen sancionatorio por el incumplimiento en las instrucciones, órdenes y condiciones en la operación de integración empresarial, la misma Ley 1340 de 2009 en el artículo 25 entrega dicha competencia a la SIC para lo cual señala:

Así mismo, la ley 1340 de 2009 modificó parcialmente el régimen sancionatorio¹⁰⁵ previsto para el incumplimiento de disposiciones en materia de competencia, que se encuentra establecido en el Título V de la misma ley 1340, señalando en el inciso primero del artículo 25, que la sanción se puede imponer “por violación de

¹⁰⁴ Colombia. Congreso de la República. Ley 1340 de 2009, artículo 6.

¹⁰⁵ Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2153 de 1992. artículo 4, numeral 15, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías" (...) ¹⁰⁶.

La misma norma establece en el artículo 33 un periodo de transición de seis (6) meses contados a partir de su expedición, el 24 de julio de 2009, lo que significa que desde su vigencia las autoridades que hayan realizado el control previo de integraciones empresariales continuaran ejerciéndolo, inclusive las solicitudes recibidas durante este periodo. Y las que deban ser iniciadas desde el 24 de enero de 2010 serán remitidas a la Superintendencia de Industria y Comercio. Y conforme a la interpretación dada por la Alta Corporación, en lo referente a las investigaciones administrativas por incumplimiento en los condicionamientos incluidos en las operaciones administrativas autorizadas, serán de conocimiento de la SIC., desde el 24 de julio de 2009 fecha de entrada en vigencia de la ley.

Conforme al análisis efectuado por la Sala, llega a la conclusión de que la verificación del cumplimiento de las condiciones a las que se somete una operación de integración empresarial, es un acto administrativo sancionatorio especial, distinto al acto de autorización de control previo. "En el caso objeto de estudio, tratándose de un control posterior [...] a partir del 24 de julio del 2009, fecha de entrada en vigencia de la ley 1340 del mismo año, los hechos que puedan indicar incumplimiento de las condiciones bajo las cuales se autorizó una operación de integración empresarial, deben ser conocidos por la Superintendencia de Industria y Comercio porque ella es la autoridad competente para determinar cuándo se incumplen dichas condiciones, de acuerdo con el artículo 13 de la ley 1340 en armonía con el artículo 6 de la misma ley" ¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Radicación 11001-03-06-000-2011-00026-00(C)/2011..., cit. p.6.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

De acuerdo a lo expuesto, se concluye que al realizar un análisis sistemático de las normas que regulan la protección de la competencia, las prácticas comerciales restrictivas y las integraciones empresariales, son actos que se encuentran bajo la órbita de control de la autoridad nacional designada por la ley más reciente; tal como se estableció en la Ley 1340 de 2009, que asignó esta función en la SIC; la cual, prevalece sobre las normas que anteceden su expedición, cuya competencia se distribuía en distintos órganos administrativos de manera excepcional. Aunque debemos advertir que, para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el criterio aquí utilizado no es determinante para todos los casos, cuando se trata de decidir la entidad administrativa que debe asumir la competencia para autorizar las integraciones empresariales o la explotación conjunta de empresas que actúan en diversos sectores de la economía como veremos más adelante.

7.3. Criterio de especialidad

Con la atomización del control instaurada en nuestro sistema como corolario de la intervención económica del Estado en la actividad particular, debido a la especificidad que envuelve cada sector ha sido indispensable erigir tantas instituciones como reglamentos que hagan efectivo ese control. Esto ha ocasionado la aparición de entidades administrativas que, siguiendo sus directrices y reglamentos de funcionamiento, vislumbran aproximaciones en el ejercicio de supervisión. Este acontecimiento exige la utilización de procedimientos que brinden una resolución, para lo cual se recurre a distintos medios. Entre ellos se apela al criterio de especialidad para contestar su interrogante en la asunción competencial.

En cuanto al criterio de especialidad puede decirse que: “(*lex specialis derogat generali*); si se produce un conflicto entre una norma general y otra especial con respecto a la primera, prevalece esta última. El criterio de especialidad no suele reconocerse con carácter general en los ordenamientos jurídicos, sino en

determinados sectores, como sucede con el Derecho español en el ámbito penal, por ejemplo, en el artículo 8º del Código penal de 1995, cuando dice que <<los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código (...) se castigarán observando las presentes reglas: 1ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general...>>¹⁰⁸.

Como se había señalado, en el campo del Derecho penal operan excepciones a las reglas generales a las demás ramas del Derecho. Hemos de considerar que en aquél, a diferencia del Derecho administrativo, se observan principios que no son de aplicación. Es el caso del principio de retroactividad o del de favorabilidad. Por lo que únicamente tendremos en cuenta que una ley especial prevalece sobre la ley general. En este orden de ideas, solo es posible examinar el contenido de la norma que se refiera concretamente a la materia que ha de aplicarse y el carácter de especialidad.

En concordancia con lo expuesto, observemos el caso descrito en este documento como conflicto positivo de competencias administrativas que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado resuelve utilizando esencialmente la tesis de la especialidad para conocer del asunto.

La discrepancia se origina a causa de la expedición de la Ley 1340 de 2009, que otorga la facultad a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de las investigaciones relacionadas con la protección de la competencia en el mercado nacional. La situación es la siguiente: los artículos 8 y 10 de la citada ley confieren la posibilidad a la Superintendencia de Industria y Comercio de emitir concepto previo y establecen el deber de comunicar a otras autoridades de regulación, según el sector, en caso de integraciones empresariales para que emitan su concepto técnico.

¹⁰⁸ RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos...*, cit., p. 74.

Seguidamente, el párrafo del mismo artículo 8, señala que la autoridad administrativa de la Aeronáutica Civil, conserva la competencia para autorizar todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido y explotación conjunta.

En consonancia con lo establecido en el artículo 1866 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), la cual atribuye la facultad de aprobación previa a la autoridad aeronáutica para los acuerdos de colaboración, integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que limiten la competencia en el tráfico aéreo.

“El punto en discusión que origina el presente conflicto consiste en determinar si el citado párrafo establece o no una excepción a la competencia privativa de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia...”¹⁰⁹.

El conflicto positivo de competencias entre la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil - AEROCIVIL y la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC., se desata porque las dos autoridades, fundándose en las normas citadas se consideran competentes para avocar el conocimiento de solicitud de preevaluación de contrato de riesgo compartido <Joint Venture> conformado por las empresas Airfrance S.A., Delta Airlines, KLM Holandesa de Aviación y Alitalia.

Las mencionadas sociedades solicitaron simultáneamente a las autoridades administrativas autorizar alianza comercial para operar conjuntamente bajo el concepto de explotación conjunta contemplado en el Código de Comercio. La SIC sostiene que es la autoridad competente bajo el entendido que el nuevo régimen de protección de la competencia Ley 1340 de 2009, derogó tácitamente

¹⁰⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2011-00047-00(C) de 18 de noviembre de 2011, Consejero Ponente Augusto Hernández Becerra

el artículo 1866 del Código de Comercio, modificando la modalidad contractual allí contenida; agregando que la competencia de la Aerocivil se limita únicamente a la autorización de las operaciones comerciales de los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, etc., para las demás modalidades contractuales que no están enunciadas en la norma, prevalece la competencia de la SIC.

La Aerocivil, soporta su argumentación basándose en el artículo 1866 del Código de Comercio, señalado en el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, que conserva la competencia en el mencionado órgano administrativo, aduciendo que el contrato de Joint Venture se enmarcaría en el concepto de explotación conjunta que se refiere a una variada gama de acuerdos comerciales u operacionales que pueden versar sobre rutas aeronaves o marcas que incluyen itinerarios, calidad y capacidad de aeronaves; lo cual constituye una excepción a la competencia privativa de la SIC.

Refuerza su argumento con lo expresado por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-277 del 12 de abril de 2011, que declara la exequibilidad del parágrafo del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009. Finalmente, destaca la especialidad y conocimiento en el sector aeronáutico; agregando que la Ley 1340 de 2009, no derogó tácitamente el artículo 1866 del Código de Comercio, si se observa lo prescrito en el artículo 4 que señala que: "... En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico"¹¹⁰.

Según la interpretación que realiza la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, considera que no solamente la nueva norma conserva la competencia para autorizar todas las operaciones comerciales entre explotadores de aeronaves sino que la complementa y extiende para los

¹¹⁰ Colombia. Congreso de la República. Ley 1340 de 2009, artículo 4.

diversos contratos. Aduce que el párrafo en discusión establece una excepción al régimen anterior, dando la razón a la Aerocivil por tratarse de un contrato que claramente aparece descrito en el párrafo del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009 y el artículo 1866 del Código de Comercio. La Sala concluye que, la explotación conjunta de servicios aéreos es un factor que determina suficientemente la facultad de la autoridad aeronáutica en la protección de la competencia en el sector.

De lo anterior, podemos concluir que el criterio de especialidad aplicado al caso citado, resulta de utilidad al examinar detenidamente las normas que específicamente otorgan la competencia a la autoridad con mayor conocimiento y experiencia en el sector aeronáutico, considerando los elementos que determinan la regulación del tráfico aéreo para el caso concreto la Aeronáutica Civil, inclusive en el tema relacionado con el control de integraciones económicas.

Para resolver este tipo de conflictos competenciales, según la clasificación elaborada por Bobbio, “En concreto, para la resolución de antinomias aparentes se utiliza el criterio de jerarquía, mientras que para eliminar las antinomias reales se suele recurrir a los criterios de cronología y de especialidad”¹¹¹. Vale la pena destacar que el Consejo de Estado no siempre recoge en la solución de los conflictos de competencias suscitados al interior de la Administración los métodos explicados, sino que acude a la normatividad que fija la competencia y examina el criterio subjetivo y el objetivo material. Ello nos impulsaría a decir, siguiendo esta tesis, y de acuerdo con los casos planteados, que las entidades mencionadas estarían inmersas en una antinomia aparente que no encuentra solución en las técnicas tradicionales, esto es, cronología, jerarquía o especialidad, sin ser determinante este último al realizar una aplicación exegética de la norma al no contemplar los <<joint venture>> lo que la convertiría en una antinomia insoluble para este autor, la cual se resuelve con la

¹¹¹ RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos...*, cit., p. 76

exégesis que se realice de la norma, configurándose en una antinomia aparente con una solución de interpretación.

Puede decirse que los criterios empleados tradicionalmente, como lo son el criterio jerárquico, el cronológico y el de especialidad, utilizados anteriormente para resolver los conflictos normativos – en cuanto se refieren a proponer medios que asistan al operador jurídico para disipar una controversia competencial, han sido desplazados por criterios contemporáneos, como el criterio subjetivo y el objetivo, empleados en el análisis interpretativo de los preceptos normativos que asignan responsabilidades a los órganos de la Administración y brindan seguridad jurídica a una actuación al adoptar una decisión ajustada a la ley.

7.4. Criterio subjetivo - objetivo

Al avocar esta dualidad de criterios como un elemento de resolución de conflictos, sus dos aspectos –subjetivo y objetivo – se analizan conjuntamente debido a su estricta correspondencia, dado que al examinar la actividad necesariamente se debe revisar el sujeto que la despliega. El criterio subjetivo se relaciona con el sujeto que desarrolla la acción, en tanto que el criterio objetivo se refiere a la actividad que despliega el sujeto. A este respecto el Consejo de Estado ha dicho:

... es claro que el control ejercido puede ser subjetivo, es decir, cuando se controla el ente en sí mismo, u objetivo, cuando el control recae sobre la materia o asunto al cual se dedica el sujeto vigilado. Esto hace que en ocasiones, el control sea concurrente o compartido por dos o más Superintendencias. La concurrencia implica entonces, diferenciar entre el objeto y el sujeto de control, y se presenta como una consecuencia de la especialización de cada superintendencia en ciertas materias¹¹².

¹¹² Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2008-00007-00(C) de 5 de marzo de 2008, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos

Para demostrar este tópico a título de ejemplo, es conveniente citar una de las decisiones adoptadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Alto Tribunal, en ejercicio de la acción de definición de competencias administrativas, decisión que alude al criterio –subjetivo y objetivo– y resuelve la diferencia en la negación competencial entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Puertos y Transporte. A este efecto se expresa que la asunción de competencias por cada organismo de Derecho público debe ser integral:

Lo relacionado con asignación expresa de funciones a otra superintendencia exige, simplemente, que no pueda hablarse de delegación o asignación tácita. Pero esto no significa reproducción de idénticas funciones en otra norma de derecho positivo o reproducción a la letra de las mismas. Lo importante, en estos casos, es que *la otra superintendencia* ejerza, por supuesto, siempre, de acuerdo con la ley, de manera efectiva e integral esas atribuciones de inspección, control y vigilancia sobre la sociedad respectiva mediante delegación precisa y concreta sin que sea posible deducirlas o situarlas en cabeza de la entidad correspondiente por interpretaciones o hipótesis, por aproximadas que parezcan. [...] Esto es lo que observa la Sala que se presenta, en el caso del control integral que le ha sido atribuido a la Superintendencia de Puertos y Transporte en relación con el servicio público de transporte y con las personas que lo prestan [...] la *finalidad social* del Estado y que éste debe asegurar la *prestación eficiente* de los mismos a todos los habitantes del territorio nacional [...], puede concluirse que en relación con la sociedad Metro de Medellín Ltda. [...] la función de la Supertransporte es integral y que cualquier irregularidad jurídica, contable, económica o administrativa que se presente [...], ha de ser objeto de inspección, control y vigilancia por parte de dicha Superintendencia, con las atribuciones que expresamente se le delegaron precisamente para asegurar la prestación eficiente del servicio, que puede verse afectado no solo en el plano eminentemente objetivo de la prestación misma sino en el subjetivo, que tiene que ver con la persona que los presta, su formación, su naturaleza y sus características, su capacidad económica y financiera etc.

[...]

Después de una interpretación sistemática y armónica de las normas [...] se advierte en este caso que la Superintendencia de Puertos y Transporte, que tiene

atribuciones de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten el servicio público de transporte, tiene tales atribuciones [...] de manera general e integral, es decir, tanto en el ámbito objetivo que se relaciona con la prestación del servicio público, como en el subjetivo, relacionado con aspectos societarios o exclusivamente relacionados con la persona encargada de prestar el servicio. (Énfasis añadido)¹¹³

Esta decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es de suma importancia para el tema que nos ocupa, en la medida en que nos ayuda a despejar los criterios de que se sirve el Alto Tribunal, puesto que tales criterios orientan el fundamento de sus decisiones. Además, es posible considerar este fallo como el punto de referencia jurisprudencial para dirimir las controversias que se suscitan entre las entidades envueltas en asuntos de esta naturaleza.

Apreciamos claramente que la Alta Corporación realiza un análisis sistemático de la normatividad, el cual encierra el conjunto del articulado que define las funciones y competencias en cada ente de la Administración nacional. Este análisis comprende, específicamente, los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995, que conciernen a las facultades de supervisión, incluyendo la delegación de las funciones presidenciales del artículo 13 de la Ley 489 de 1998, por autorización constitucional del artículo 189-22. Se examina el carácter de la entidad vigilada y el tipo de actividad que desarrolla, en el caso particular apunta a ser de conocimiento de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

El mismo ordenamiento jurídico contiene implícitamente la prevalencia del factor objetivo por sobre el subjetivo, al señalar que los sujetos (factor subjetivo) que presten el servicio de transporte, son objeto de las funciones de inspección,

¹¹³ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número C-746 de 25 de septiembre de 2001, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla

control y vigilancia, como se colige de la lectura del artículo 42 del Decreto 101 de 2000¹¹⁴, modificado por el artículo 4º del Decreto Nacional 2741 de 2001.

La norma transcrita, al mencionar las personas naturales o jurídicas sometidas a supervisión, señala que prácticamente todos los particulares que se dediquen a esta labor, sin importar su naturaleza jurídica son objeto de supervisión. Tal como lo puntualiza el numeral primero y quinto al expresar las personas que son objeto de supervisión de la Supertransporte. Lo que se pretende resaltar aquí, es que la norma al englobar a los particulares objeto de supervisión, incluye a todos sin excepción, lo cual indefectiblemente, nos lleva a pensar que la vigilancia recae sobre cualquier persona que desarrolle la actividad de transporte.

La modificación que realiza el artículo 4º del Decreto 2741 de 2001 al artículo 42 del Decreto 101 de febrero 2 de 2000 consiste en el cambio de la expresión del numeral 1º del artículo 42. Éste señalaba: “Las sociedades con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten el servicio público de transporte”. El nuevo enunciado indica: “Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten el servicio público de transporte”. Obsérvese que se reemplaza las *sociedades* con o sin ánimo de lucro, por las *personas jurídicas*

¹¹⁴ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 101 de 2000, modificado por el Decreto 2741 de 2001, artículo 42. Sujetos de la inspección, vigilancia y control delegados. Estarán sometidas a inspección, vigilancia y control de la Supertransporte, exclusivamente para el ejercicio de la delegación prevista en los artículos 40, 41 y 44 de este decreto o en las normas que lo modifiquen, las siguientes personas naturales o jurídicas:

1. Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten el servicio público de transporte.
2. Las entidades del Sistema Nacional de Transporte, establecidas en la ley 105 de 1993, excepto el Ministerio de Transporte, en lo relativo al ejercicio de las funciones que en materia de transporte legalmente les corresponden.
3. Los concesionarios, en los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte en lo relativo al desarrollo, ejecución y cumplimiento del contrato, sobre los cuales se ejercerá inspección y vigilancia.
4. Los operadores portuarios.
5. Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten servicios de instrucción y capacitación del servicio público de transporte.
6. Las demás que determinen las normas legales”.

con o sin ánimo de lucro. Tal modificación debió realizarse debido a que es una imprecisión decir sociedades sin ánimo de lucro, dado que en el ámbito privado *sociedad* tiene una connotación distinta; significa la unión de dos o más personas que se unen para desarrollar una actividad privada con fines lucrativos.

En nuestro medio se constituyen personas jurídicas, como fundaciones, corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, descritas en el Estatuto Tributario, pero resulta inapropiado decir sociedades sin ánimo de lucro. Probablemente esta fue la razón que impulsó al gobierno a efectuar la modificación del término incluida en el numeral 1 del artículo 42 del Decreto 101 de 2000.

Sin entrar a realizar un examen detenido de las funciones de la Superintendencia en cuestión, podemos concluir que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a partir de estos lineamientos confiere la competencia a los entes que desarrollan las funciones de vigilancia, inspección y control de una materia exclusivamente y de manera integral, sobre los sujetos que despliegan una actividad, por más que se acerque a la función asignada a otro ente de control se enfatiza el aspecto objetivo, sin prescindir del aspecto subjetivo como objeto de análisis.

Un ejemplo más del criterio en cita, se identifica con el pronunciamiento de la Sala Plena del Consejo de Estado en el que aborda el conflicto negativo de competencias administrativas entre la Superintendencia de la Economía Solidaria y la Superintendencia de Puertos y Transporte que surge de la interpretación que realiza esta última, por lo cual promueve la acción de definición de competencias administrativas¹¹⁵ con el argumento de que existe una diferencia entre la competencia objetiva y la subjetiva. En este examen se

¹¹⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación 11001-03-15-000-2001-0213-01(C-003) del 5 de marzo de 2002, Consejero Ponente Tarsicio Cáceres Toro

concluye que prevalece el aspecto objetivo, realizando un análisis gramatical de la norma que atribuye la competencia.

De lo anterior, se desprende que a primera vista una empresa asociativa formaría parte del sector del cooperativismo por lo cual debe presentar al ente administrativo los reportes de los estados financieros, movimientos y modificaciones internas de sus estatutos. Dicho ente, en principio sería la Superintendencia de la Economía Solidaria, considerando el criterio subjetivo o la naturaleza jurídica de la organización. No obstante, si analizamos el aspecto objetivo o el tipo de actividad que desarrolla la empresa, cuyo objeto social es el transporte, se concluye que la competencia para supervisar la actividad de transporte radica en la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Según el análisis realizado por el Alto Tribunal, revisa la autorización legal que confiere la función de policía administrativa a cada uno de los entes involucrados de acuerdo al contenido del artículo 13 de la Ley 489 de 1998, desarrollada en los artículos 40 y siguientes del Decreto 101 de 2000, referentes a las personas jurídicas vigiladas por la Superintendencia de Puertos y Transporte se encuentra que ejerce prácticamente el control de todas las empresas que se desenvuelven en el servicio de transporte. Esto, por señalamiento expreso de la norma que indica las entidades que son objeto de supervisión, sin que sea acertado realizar mayores elucubraciones sobre quién recae la regulación prevista para el desarrollo de la actividad en particular.

En lo que resta del fallo del 5 de marzo de 2002 (C-003), el Alto Tribunal realiza un análisis de las facultades conferidas a la Superintendencia de Economía Solidaria, contempladas en la Ley 454 de 1998, artículos 34 y 36, que describen los sujetos de su acción y hace una enunciación de las funciones que le son propias.

Observemos que en el evento descrito no se considera la posibilidad de acudir al criterio de especialidad, éste no resultaría muy útil dado que los dos entes administrativos responden al carácter de especialidad para regular el asunto. Uno en razón a la persona jurídica vigilada y la otra atendiendo a la actividad desplegada. Por lo cual, no tendría sentido revisar cuál es la norma general y cuál la especial. Se deduciría que las dos son especiales, entonces, el criterio para resolver la cuestión de cuál es la norma más indicada que asigna la función supervisora al órgano administrativo debe examinarse pormenorizadamente, para lo cual se realiza un análisis integral del ordenamiento jurídico dando prevalencia al criterio objetivo.

El Consejo de Estado, para resolver las situaciones en las cuales dos normas resultan igualmente especiales, al otorgar una función de control a organismos destinados exclusivamente al ejercicio de la actividad de policía administrativa, parte por examinar la actividad desarrollada por la persona jurídica, inclinando su interpretación en el sentido que imprime el ordenamiento jurídico. Aquí impera lo expresado en el reglamento, donde predomina el factor objetivo para dilucidar la divergencia planteada.

8. Conclusiones

Observamos que los funcionarios de la Administración realizan interpretaciones apresuradas al aplicar lo dispuesto en la ley o el reglamento. Con frecuencia invocan la resolución de conflictos normativos aparentes de las normas competenciales con base en su propia exegesis, donde no sería necesario activar la rama jurisdiccional para que dilucide lo que se encuentra descrito en la regulación normativa.

En ocasiones el legislador asigna facultades a algunas entidades administrativas de manera exclusiva para conocer de un asunto en particular, pero esta asignación aunque reduce el problema del conflicto competencial, deja la

posibilidad de que el reglamento complemente algunas materias, lo cual significa que en realidad no existan competencias totalmente exclusivas.

Se aprecia que una de las circunstancias que provocó la dispersión de las funciones en cabeza del poder ejecutivo, se produjo desde finales de la década del cincuenta, que mediante la Ley 19 de 1958, se autorizó al gobierno para crear la Superintendencia de Regulación Económica, quedando expresamente radicadas en una agencia de supervisión funciones de regulación.

La confluencia normativa es un aspecto que no resulta extraño en los sistemas de gobierno donde la legislación señala el marco de actuación, la cual se desarrolla a través del reglamento que se introduce al ordenamiento jurídico. Estas facultades que también señalan las competencias de los órganos de la Administración, ocasionalmente originan doble actuación administrativa o roces en el ejercicio de la función de regulación que al ser ejercida configura la confrontación interadministrativa.

Las competencias concurrentes son previstas en la ley y el reglamento. Dichas funciones al ser organizadas entre las autoridades administrativas involucradas adecuan sus facultades a través de actos administrativos, auto organizando la repartición de sus competencias y aclarando sus límites.

No obstante lo anterior, no en todos los casos la solución al conflicto competencial resulta tan simple, en ocasiones inevitablemente la intromisión de funciones administrativas debe ser llevada a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a fin de definir cuál es la autoridad competente para continuar una actuación administrativa. En los conflictos de mayor complejidad se acude al criterio objetivo-material para resolver la diferencia, en otros se emplea el criterio jerárquico o de especialidad según las entidades involucradas y la materia sobre el cual verse el conflicto.

CAPITULO SEGUNDO

II

LA REGULACION ECONOMICA

1. Introducción.

En razón a la expansión del mercado, la comercialización de productos en una economía globalizada que cada vez trasciende nuevas fronteras en los territorios, no existe duda que la integración de las regiones a través de los tratados se haya convertido en el medio fundamental que permite lograr el desarrollo y abastecimiento tanto de las zonas limítrofes como de los países distantes, dicha propuesta tomó relevancia a partir de la elaboración de la Carta Política de 1991, para ser incluida en los procesos integracionistas que contribuyen con el progreso nacional.

En la internacionalización de las relaciones económicas en la Constitución Nacional se recomendó incluir en su texto lo siguiente: “El Estado promueve las relaciones económicas internacionales y la integración con otros Estados, sobre bases de equidad y conveniencia, mediante tratados y convenios que pueden compartir soberanía”¹¹⁶. Dado el resultado y los beneficios que se desprenden de las negociaciones bilaterales o multilaterales fue ineludible que en la política económica interna se considerara la penetración en los mercados externos y a la inversa, el país tampoco podía quedar rezagado a los avances del mundo contemporáneo.

Con esta visión se crean diversos organismos de regulación en la Administración como resultado de la especialidad en cada materia, todos ellos, con funciones regulatorias las cuales causan sobre reglamentación, conduciendo a un complejo sistema normativo en desarrollo de la función administrativa.

La regulación como instrumento de intervención del Estado en la economía se efectúa en concreto, mediante normas marco que son elaboradas atendiendo las exigencias que provienen de distintas fuentes, los organismos nacionales e

¹¹⁶ *Gaceta Constitucional*, Asamblea Nacional Constituyente del 15 de abril de 1991, No. 46, Bogotá D.E., p.10.

internacionales creados por Estados democráticos con economías de mercado abierto los cuales buscan enfrentar los desafíos del mercado globalizado, estos identifican y analizan las necesidades sociales modernas, crean principios y criterios que favorecen la integración y coordinación del comercio en las regiones contribuyendo al direccionamiento y establecimiento de políticas acordes con las tendencias que inciden en el desarrollo de cada país.

La regulación que realiza la Administración se ejerce a través de las autoridades de regulación económica tales como, las superintendencias, las comisiones de regulación, las corporaciones autónomas territoriales, y en general las agencias del Estado con funciones de regulación dispuestas en cada ámbito, en ocasiones yuxtaponen sus funciones en el desarrollo del papel controlador dificultando la función pública y la fluidez del mercado.

En este capítulo se expondrán los criterios de la doctrina extranjera y nacional sobre el concepto de regulación, las posturas de las altas cortes sobre el término que se identifica con la reglamentación producida por las agencias estatales, lo que nos permite conocer a profundidad la concepción adoptada en la actualidad.

Se describe la forma como se desarrolla la función de regulación, cuales son las materias de las que se ocupa, los objetivos que persigue y las tareas que se encargan en el ejercicio del control tales como el acceso al servicio público y el suministro de los bienes y servicios prestados a los usuarios.

1.1.Noción de regulación

Debido a la indeterminación del concepto y disparidad de criterios en la literatura jurídica, este puede variar de acuerdo a la época y el lugar donde se aplique; o, puede también atribuirse al vocablo un contenido semántico complejo, al que se le otorgan distintos significados en cada legislación y su interpretación genera intromisiones entre los órganos de la Administración.

Al referirnos al termino regulación “se hace referencia a [...] la regulación externa que [...] se ha solido llamar de <<policía administrativa>>, que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de esta ni predeterminar las decisiones empresariales”¹¹⁷.

La Administración manifiesta su capacidad de intervenir de diversas formas entre las más comunes se encuentra la regulación y la actividad que conlleva; la supervisión, la cual comprende las funciones inherentes a su ejercicio; la vigilancia, inspección y el control, elaborada bajo criterios de equidad y justicia.

En sentido amplio el término suele entenderse como toda regla que modifique, condicione o limite una conducta humana individual o que establezca parámetros de comportamiento en sociedad. Por otro lado, se asocia a la reglamentación surgida con la prestación del servicio público y el suministro de bienes y servicios.

Las fuentes de la incertidumbre son al menos tres: los usos profanos, las lógicas internas de los sistemas jurídicos, y los contextos sectoriales. En efecto, la regulación es una palabra que seduce porque evoca la capacidad de producir un orden o una racionalidad [...] incluso si su difusión se realiza dentro de un

¹¹⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico* (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica) Comares S.L., Granada, 2004, p. 603.

movimiento de globalización del cual el derecho no puede escapar. [...] la noción de regulación se aplica a actividades muy diferentes: a veces a actividades policivas tales como aquellas que procuran asegurar el respeto de las reglas generales de competencia en los mercados de bienes y servicios, o en los mercados financieros, a veces a las industrias caracterizadas por su dependencia hacia una red u otro tipo de infraestructuras no (o difícilmente) reproducibles, y a veces a las relaciones en ciertas industrias y el medio ambiente. [...] La difusión de la definición guarda estrechas relaciones con la apertura a la competencia de las industrias de red, pero estas relaciones no son exclusivas y se puede, por el contrario registrar casos en donde no ocurre así¹¹⁸.

La noción de regulación se encuentra difundida en los sistemas normativos y ligada al servicio público, esta es influenciada por la globalización y adquiere sentido de acuerdo al Estado donde se aplique, su interpretación es avocada conforme a la lengua de cada país, “la noción de regulación esta difundida en casi todo el mundo. [...] la idea de servicio público puede identificarse fácilmente en la mayoría de los estados, en particular al interior de la Unión Europea a pesar de que se exprese a través de nociones y regímenes jurídicos diferentes [...] su difusión oculta una fuerte ambigüedad semántica: mientras que el sentido de la palabra inglesa o americana *regulation* se traduce en francés por reglamentación, la mayoría de los estados europeos han tomado la palabra regulación del vocabulario de la ciencia y tecnología, para distinguirla de la reglamentación”¹¹⁹.

Tal concepción resulta útil para descifrar el significado del vocablo sin ser determinante puesto que la regulación, no solamente se produce en el campo tecnológico o de la ciencia, sino que también está presente en diversos espacios de la vida social. Sin embargo, la tecnología demanda la creación de constantes regulaciones, muchas de las veces estas regulaciones terminan convirtiéndose en leyes que tienen origen en diversos sectores tanto públicos como privados.

¹¹⁸ MARCOU, Gerard, Citando a MODERNE. “La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas de derecho comparado”, En: Gerard, Marcou et al., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p.12-13.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p.11.

1.2. Que es la regulación

La explicación que se ha dispuesto en “el diccionario de la Real Academia, remite a varias ideas; ajustar al funcionamiento de un sistema a determinados fines, o determinar las reglas o normas a que debe sujetarse una persona. [...] Se trata de un concepto económico que no siempre coincide con su significado jurídico”¹²⁰. Lo cual se traduce en la fijación de parámetros en los cuales debe orientarse la actividad de los agentes económicos, estableciendo criterios técnicos y de actuación en el mercado.

La regulación se hace necesaria debido a las falencias que presenta el mercado en los distintos sectores de la economía entre más ineficiente sea el mercado para suplir las necesidades de la población, o presente desequilibrios, abusos o concentración de capital, mas exige la presencia de la regulación. Esta permite que exista la competencia y que funcione de manera adecuada, es decir, evita los abusos que surgen de la posición privilegiada en el mercado, frente a los actores de la economía, o respecto a los usuarios. Procura que los agentes reciban información en igualdad de condiciones, supervisa y controla los comportamientos y reprime los acuerdos anticompetitivos.

La Ley 142 de 1994 define la regulación de los servicios públicos en los siguientes términos: “14.18. Regulación de los servicios públicos domiciliarios. 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”¹²¹.

¹²⁰ POLO, Miguel E., “De la comisión de regulación de Telecomunicaciones”. (Un acercamiento a su naturaleza jurídica, a sus principales funciones y a la problemática en cuanto a su ubicación en la estructura del Estado), *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, no. 2, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF, Bogotá, 2004, p. 71

¹²¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 142 de 1994, artículo 14.

Esta definición corresponde a la descripción general del concepto de regulación en cuanto a que se encarga de someter una conducta a unos preceptos, a unas reglas que guían un comportamiento y para el caso concreto, determinan los parámetros de actuación de los particulares en el ámbito de la prestación de los servicios públicos.

La regulación elimina obstáculos, pero a su vez impone barreras de entrada y salida del mercado fijando límites, estableciendo controles con la expedición de licencias, concesión de espacios exclusivos, crea reglas y requerimientos, etc. “El papel del Estado debe ser supervisar, regular, recrear las condiciones para que la competencia exista, pero nunca interferir para defender a unos agentes de la competencia de otros”¹²².

Se ha considerado una mínima intervención en actividades que no demandan una fuerte regulación como medio de injerencia del gobierno, únicamente el ejercicio de la supervisión para asegurar el orden del mercado en condiciones de igualdad, promoviendo la competencia y estableciendo los parámetros de participación en el mismo. Para ello, es preciso diferenciar las actividades que exigen un control más exigente y aquellas que no justifican excesivas barreras.

1.2.1. Regulación en sentido convencional

Encierra un amplio contenido de regulación social y regulación económica, para unos la regulación es toda norma que implique adecuación de una conducta “la regulación consiste en primer lugar en reglas y para ser más precisos, en leyes. [...] en una sociedad democrática, es necesario un marco legal de regulación. [...] La primera exigencia legislativa es regular la regulación, [...] Se necesita una ley para crear una autoridad administrativa independiente. Se necesita una ley para conferirle a esa entidad atributos de la función reglamentaria. Se

¹²² ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de estado, gestión pública, regulación económica*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 330.

necesita una ley para darle competencias represivas. Se necesita una ley para establecer el estatuto de la autoridad reguladora”¹²³.

Según esta concepción toda acción que emane del Estado es considerada como regulación. Así que la operación reguladora tiene fundamento político y jurídico en la ley, pero además de esta ley reguladora se requiere de una regla posterior denominada en nuestro medio reglamentación, sin ella, la operación de regulación carece de fundamento jurídico suficiente que no responde a las exigencias de la sociedad y los cometidos estatales de seguridad y orden público.

Desde una perspectiva generosa en esta dogmática, se señala que: “la regulación abarca todos los modos de producción de reglas, que incluyen tanto la legislación como los acuerdos o aquellas normas producidas por la autorregulación. [...] la regulación designa el conjunto de procedimientos mediante los cuales las autoridades públicas pueden controlar a los ciudadanos o a las empresas con el fin de determinar un cierto tipo de comportamiento; esto incluye tanto la legislación como las actividades propias del sector público como la producción directa de bienes o servicios”¹²⁴.

1.2.2. Regulación como interferencia del Estado en la economía

Por regla general el Estado interviene en la economía mediante leyes o por mandato de ley a partir del Acto Legislativo 01 de 1945. La Carta Política de 1991 “le atribuye al legislador la facultad de intervenir en la economía (CP art. 150-21 y 334). [...] en las cuales deben precisarse sus fines y alcances, y especialmente, los límites a la libertad económica. [...] una ley de intervención

¹²³ DELPEREE, Francis, “La regulación y la protección de los usuarios consumidores”, En: Gerard, Marcou *et al.*, *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p.133-134.

¹²⁴ MARCOU, Gerard, citando a NIELSEN y OLSEN, *Derecho de la regulación...*, cit. p. 36. Optan por una concepción generosa sobre el término regulación, como un acto de una autoridad que evoca control sobre la sociedad.

debe dirigirse a: “promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”. (CP art. 334)¹²⁵.

Se concibe la regulación como un elemento de intervención en la economía que se concreta en los decretos reglamentarios y los actos administrativos generales de las autoridades administrativas encargadas de regular una materia específica, los cuales inciden en el comportamiento económico de los particulares en la explotación de un sector determinado. Se han generado diversas posturas en cuanto a su concepción, su significado es tomado de acuerdo a los sistemas jurídicos, usos e interpretaciones realizadas en cada entorno.

Se torna indispensable en los espacios de la vida social, adquiriendo preponderancia en el mercado en general, donde sus restricciones emanan de la potestad administrativa para controlar las acciones que inciden directa o indirectamente en la actividad económica. Así como el término resulta poco claro, o de elevada densidad, de la misma manera, la “intervención [...] engloba distintas formas de incidencia del Estado sobre la economía. En cada momento histórico suele asociarse la intervención a la técnica más característica del ejercicio del poder público en el campo económico: dirigismo, planificación, servicio público, empresa pública, supervisión o regulación. Técnicas dispares de intervención, caracterizadas por su distinta intensidad y por los diferentes efectos que producen en el sistema económico, dejando un mayor o menor margen de libertad al sector privado. En estos momentos, la regulación económica es probablemente la manifestación más significativa del intervencionismo, cada vez más preocupado por no entorpecer la libre iniciativa privada, sin descuidar los intereses públicos, armonizando servicio público y mercado”¹²⁶.

¹²⁵ POLO, Miguel E., *De la comisión de regulación...*, cit., p.60.

¹²⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo, citando a CARRO- BAENA DEL ALCAZAR- MARTINEZ LOPEZ y MUNOZ MACHADO, *Introducción al Derecho Administrativo Económico*, 3ª ed., Europa Artes Gráficas, Salamanca, 2005, p. 22 -23

La regulación se relaciona con todos los instrumentos que impliquen control en un contexto social que envuelve diversos aspectos; mercado, ambiente, salud, consumo de bienes, servicios, industria y servicios públicos. Suele asociarse a los procesos de privatización, pero no es una consecuencia inherente a su creación, está ligado a la globalización de la economía y a la competencia en el mercado.

1.3. La regulación económica

El derecho económico es el instrumento que utiliza el Estado para orientar las relaciones de los agentes del mercado, empresas y usuarios a fin de lograr el equilibrio entre los participantes en la economía los cuales, se regulan bajo los principios constitucionales, las decisiones legislativas, los decretos y los actos administrativos que se producen al interior de las instituciones estatales.

Se afirma constantemente que la regulación económica “se ha inspirado en modelos anglosajones de intervención en sectores estratégicos. Así, se ha descrito el giro del intervencionismo hacia la regulación como un proceso de convergencia institucional, caracterizado por la simulación del modelo de los Estados Unidos, basado en la atribución de los poderes regulatorios a comisiones independientes y especializadas”¹²⁷.

Este tipo de regulación incide directamente en el comportamiento del mercado, fijando criterios y métodos que permiten la participación en un sector determinado, estableciendo porcentajes, límites y rangos tarifarios dependiendo el tipo de regulación adoptada que puede ser una libertad regulada como se enuncia, o una libertad vigilada debiendo comunicar y justificar al regulador cualquier modificación de precios en los servicios prestados, “normalmente las regulaciones consideradas económicas, como la fijación de tarifas o la limitación en cuanto al número de operadores en un sector, suelen perseguir fines sociales

¹²⁷ *Ibíd.*, citando a ARIÑO ORTIZ - DE LA CUETRA y SENDIN GARCÍA, p. 24.

tales como la universalidad en el acceso a los servicios o la garantía de su prestación, evitando una competencia dañina en el largo plazo”¹²⁸.

La regulación se relaciona con aspectos ampliamente económicos, esto es, fijando límites en los mercados, promoviendo y protegiendo la competencia, pero uno de los propósitos más relevantes se refleja en el mantenimiento de precios a niveles razonables y el control en la prestación de los servicios públicos como factor determinante que afecta la economía de los consumidores, procurando que el suministro se realice en condiciones de eficiencia, asegurando la cobertura, la continuidad y la calidad del servicio.

“La llamada <<regulación económica>>: esta afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos mediante concesiones) y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla: al <<quantum>> de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al negocio mismo en que la actividad consiste. [...] [Se cuestiona de la regulación económica sobre el sentido y fines que con ella se buscan] trata de promover la competencia allí donde esto sea posible, y se limita a proteger los intereses de los usuarios - seguridad, calidad y precio del servicio...”¹²⁹

Existen diversos instrumentos de regulación a través de los cuales se interviene el mercado entre ellos se encuentran las tarifas, los incentivos, los subsidios y las normas técnicas para el logro de los objetivos legales tales como: “garantizar la calidad, la cobertura, la prestación continua e ininterrumpida, la prestación eficiente, la libre competencia, los derechos de los usuarios, el régimen tarifario

¹²⁸ *Ibíd.*, citando a FERNANDEZ ORDONEZ y LASHERAS.

¹²⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público...*, cit., Comares S.L., Granada, 2004, p. 603-604.

proporcional, [...] la preservación del medio ambiente y el evitar el abuso de la posición dominante”¹³⁰.

Las actividades de regulación se centran en determinar la organización de un sector, la autorización, la supervisión y la procedimentalización como aquí se expone: “La respuesta ordinaria a las necesidades colectivas de orden medioambiental es la respuesta en pie de una política pública formalizada, cuya responsabilidad se entrega al poder ejecutivo, más concretamente a la Administración pública... [La] designación de la autoridad o autoridades competentes encargadas de la planificación, organización, autorización y supervisión de las operaciones precisas, [...] supone una clara <administrativización> [...] la reglamentación llega a ser tan intensa que la actividad económica privada pasa a quedar estrictamente regulada [...] es usual que el empleo de la técnica de la reglamentación [...] particularmente, de la planificación vaya acompañada [...] de las declaraciones administrativas...”¹³¹.

La clasificación de la actividad de regulación puede servir para resolver un problema organizacional. Se trata de articular las atribuciones y procedimientos entre los entes jurídicos a partir de las exigencias sociales del mercado, pero también de preservar y cumplir los principios constitucionales y legales.

Desde la perspectiva funcional, la regulación resulta útil para distribuir las labores que se confieren a las autoridades administrativas, sea por acuerdo entre las mismas entidades gubernamentales o por la distribución de tareas que provienen de las altas instituciones ministeriales, observando las facultades que otorga la ley.

De los criterios expuestos, relativos a la regulación existen apreciaciones dispares algunas se alejan al indicar que el vocablo no necesariamente se

¹³⁰ MORENO, Luis F., *Servicios públicos domiciliarios. Perspectivas del derecho económico*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 47.

¹³¹ PAREJO ALFONSO Luciano, JMENEZ BLANCO, Antonio, ORTEGA ALVAREZ, Luis, *Manual de derecho administrativo...*, cit., p.625 - 626.

traduce en reglamentación. Lo cierto es que gran parte de la doctrina coincide al expresar que la regulación se relaciona con la competencia y los servicios públicos sin que esta segregue el aspecto social; a nuestro entender, la regulación económica conlleva el contenido social, está encaminada a preservar el interés público presente en cada actividad privada, tal es el caso, de la regulación orientada a proteger la confianza de los usuarios, la confidencialidad de los datos personales, los contenidos de la propaganda y los avisos publicitarios, ofertas sujetas a condiciones inciertas, estas finalidades pueden tener efectos económicos, pero se ejercen persiguiendo objetivos sociales.

1.4. Origen de la regulación

El desarrollo de la regulación proviene de distintas fuentes, en ella influyen todos los poderes públicos y organismos internacionales de diversas formas, inicia con la política que se desarrolla mediante leyes, decretos y actos administrativos, incluyendo las decisiones judiciales de los órganos de cierre en el ejercicio de la interpretación normativa, en ocasiones extienden los efectos de la ley, en caso contrario, los restringen dependiendo del análisis de conveniencia que exija el interés común; en otros casos, modula el sentido de la norma, creando así reglas de derecho que forman parte de la regulación en un contexto jurídico. Agregando las decisiones que se dictaminan por parte de los órganos de la Administración algunos de ellos con atribuciones jurisdiccionales.

No solamente, abarca este tipo de decisiones incluye además las normas que por reenvío nos remiten a reglas que nacen en instituciones privadas; códigos de conducta, códigos de buen gobierno, normas técnicas de estandarización de seguridad y calidad que son vinculantes y se incorporan al ordenamiento jurídico gradualmente bajo la técnica a la que se ha denominado *soft law* que luego se convierte en *hard law*.

El origen de la regulación se remonta al proceso de formación de las decisiones públicas, “se eligen, se instrumenta, se administran en el proceso de rutina que sigue a la instrumentación, tienen impactos, se alimentan de etapas anteriores del proceso, y (rara vez) terminan, es un complejo proceso [...] la regulación puede ser una agencia nueva con un nuevo mandato regulatorio, una nueva regla o estándar administrativo dentro de una agencia existente, o cualesquier otras formas de restricción externa de elecciones que incluimos bajo el rubro de “regulación”¹³². Según esta teoría se identifica el origen regulatorio desde la etapa en que se gesta el proceso político en su formación hasta su concreción donde toma parte la Administración.

Se evidencia que las primeras comisiones regulatorias surgieron en el Congreso norteamericano “Ante la perspectiva, y más tarde el estallido de la guerra, el Congreso Continental como único cuerpo que actuaba en defensa de los intereses de las colonias, consideró necesario en 1775, intervenir para defender las posiciones que había asumido. Para ello creó, [...] comités ad hoc integrados por miembros del Congreso a fin de desempeñar las labores requeridas. Así se crearon, en rápida sucesión, un comité para considerar las maneras de asegurar las municiones y los depósitos militares; un comité para pedir prestado dinero y comprar pólvora; un comité para diseñar reglas que rigieran el ejército; [...]. A partir de quejas sobre la eficiencia de este grupo aleatorio de comités, se estableció un solo Consejo de Guerra y Ordenanza, compuesto de cinco miembros del Congreso. [...] Este modelo, [...] daba lugar a la delegación de consejos y comisiones integradas por personas que no eran miembros del Congreso, se siguió en otras áreas, incluyendo la Administración financiera y naval, a medida que surgía la necesidad”¹³³.

Avanzando en el tiempo, en los Estados Unidos se dió el desarrollo de las agencias administrativas surgidas a partir del *new deal* implantado por el

¹³² MITNICK, Barry, M., *La economía política de la regulación*, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1989, p.98.

¹³³ *Ibíd.*, p. 42

expresidente Franklin Delano Roosevelt en 1933, estas empezaron a generar cuestionamientos acerca de su legitimidad y la manera de cómo enmarcar su acción, en primer momento, el derecho americano se confiaba del control ejercido por los jueces de que las agencias se atuvieran a lo que permitía el legislador, en ese esquema se sitúa el tema de la delegación legislativa a las agencias de regulación, en ese momento se temía el crecimiento de poder de la Administración y se calmaron las preocupaciones apelando al recurso del argumento tecnocrático, que permitió legitimar a las agencias hasta llevarlas a la independencia por su experticia.

Posteriormente, se introdujeron normas que incluían la participación ciudadana, este tipo de normas se inspiraban en el procedimiento establecido en el *Administrative Procedure Act* estadounidense desde 1946, para la elaboración de reglas o actos administrativos de carácter general, junto al procedimiento de *Rule Making* desde el punto de vista del principio democrático, se asemeja a la enmarcación de los problemas en que se sitúa el sistema colombiano en los últimos tiempos, en cuanto a las exigencias que impone la Administración en el terreno procedimental. Una sociedad como la nuestra debe formularse el interrogante de cómo mejorar las relaciones entre los ciudadanos y la Administración que se han venido gestando lentamente.

La producción de la regulación surge de distintas fuentes, en nuestro medio, además de la participación ciudadana, expertos y autoridades, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con medios consagrados desde la expedición de la Ley 134 de 1994, sobre mecanismos de participación que forman parte del derecho preventivo y permiten su formación a través de una consulta popular para decidir sobre un asunto de interés en la adopción de una norma o ejecución de un proyecto de inversión en determinada área, por ejemplo, el caso de la exploración petrolera que causa impacto en los recursos ambientales de una zona, aunque no siempre resultan efectivos estos mecanismos debido a que son más altos los beneficios económicos para las multinacionales y para los

funcionarios públicos que son impulsados por las ventajas del negocio, en excepcionales ocasiones estos mecanismos arrojan alguna efectividad y son más benéficos que cualquier norma regulatoria.

En estos casos, los entes creados para hacer cumplir los reglamentos son capturados por el empresario; por tanto, no necesariamente resulta ineficiente la regulación prevista, sino la acción de las autoridades involucradas al omitir los requerimientos o realizar mediciones inexactas de los impactos causados al medio ambiente o a la salud, causando quebrantos colaterales a terceros, estas suelen denominarse externalidades que podrían catalogarse como imprevisiones o falta de visión al emprender una actividad económica, aquí es donde debe producirse la regulación si no existiere.

Una de las formas en que suele manifestarse la regulación es a través de la sanción administrativa como resultado de los controles indispensables para corregir determinada conducta. Pero antes de llegar a la sanción como resultado del incumplimiento de la regulación, resultan útiles medios preventivos o de persuasión o, métodos propios del modelo de gobernanza, empleando las recomendaciones consultas o canales de comunicación que permitan un dialogo fluido mediante el uso de herramientas tecnológicas con que cuenta la Administración dentro de lo que se ha llamado gobierno electrónico, se crean alternativas para que los interesados en la preparación de una norma a la cual se sujetaran tengan la posibilidad de enviar propuestas o comentarios respecto a su conveniencia y estas puedan ser objeto de análisis y consideración por la Administración.

En nuestro país estos procesos se han venido gestando desde la expedición del Decreto 2696 de 2004, sobre la divulgación y participación en las actuaciones de las comisiones de regulación artículo 10.1-10.5 que se refiere a los proyectos de resolución que se efectúen en el sector. Así mismo, el artículo 7 de la Ley 1314 de 2009, por el cual se regulan los principios de las normas de información

financiera, establece la recepción de observaciones cuando resulte pertinente para la elaboración del texto definitivo de los proyectos referentes a la materia antes de su divulgación.

Esto se recoge en el principio de participación democrática que en la actualidad se contempla en el numeral octavo del artículo octavo de la Ley 1437 de 2011, al indicar el deber de información al público sobre los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamentan con el fin de recibir opiniones sugerencias y alternativas, donde concurren expertos, autoridades e interesados en general, y se establece el plazo para presentar observaciones, semejante a los procedimientos utilizados en el proceso precontractual establecido en la contratación administrativa. La introducción en la normatividad de estas exigencias se efectúa no solo con el propósito de cumplir con el principio de publicidad, sino que sirven también para complementar la elaboración de la regulación.

Sin duda, en el presente, la regulación proviene de distintas instancias de lo público y lo privado, se elabora con injerencia de distintas ramas de la ciencia, adquiere mayor auge con el desarrollo de la ingeniería, las nuevas tecnologías, sumando el vertiginoso avance de las comunicaciones y los medios electrónicos útiles para efectuar todo tipo de transacciones, estas nuevas prácticas e invenciones impelen a la modificación e innovación constante de la regulación, donde participan instituciones que deben precisar la forma y adecuación del comportamiento en cada área, estas formas en ocasiones encuentran su fundamento en orígenes poco claros, por lo cual se pueden presentar inexactitudes en cuanto a su nacimiento.

1.5. La Regulación en los Estados Unidos

El origen de las autoridades independientes de regulación se presentó conforme se fue adecuando e implementando la regulación en cada país. Pero se constata

que su inicio se remonta hacia el siglo XVIII en los Estados Unidos, con el nombramiento de comités especiales por el Congreso, inicialmente eran conformados por miembros del mismo cuerpo y luego se conformaban por particulares que no pertenecían a él.

Las regulaciones surgen con las comisiones creadas en cada sector, en el caso norteamericano los ferrocarriles dan origen a la Comisión para el Comercio Interestatal. Algunas tesis insinúan como patrón de la regulación la que surge según la política adoptada, realizando una diferenciación entre la política y la regulación esta última, como consecuencia de la primera elabora una predicción “en un contexto político dado y las fuerzas que influirán sobre como realizara su trabajo una agencia regulatoria”¹³⁴. Esta se instituye analizando el interés de lo público y lo privado, asegurando la protección de los usuarios, estableciendo costos y beneficios tratando de no caer en la captura proveniente de las industrias.

La elaboración supone objetivos de interés público, pero la influencia de los agentes y grupos privados sobre los organismos de la Administración económica determinan la orientación de la regulación que en principio está guiada por el interés público. La interacción con los grupos sectoriales, consumidores, proveedores e inversionistas junto con el gobierno producen probablemente una regulación negociada que obedece a factores tecnológicos, económicos, y de ideología política.

La regulación norteamericana se ha instituido con las agencias independientes, ha sido precursora en este sistema, la cual fue instaurada mediante entes reguladores, transpuesto por influencia del modelo anglosajón, que se disgrega en comisiones o autoridades administrativas independientes. La responsabilidad de vigilar la actividad social y económica se convierte en un papel fundamental para mantener el control que pesa sobre el Estado.

¹³⁴ MITNICK, Barry, M., *La economía política...*, cit., p.104.

Las agencias de regulación son creadas por el Congreso “Este delega poderes legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales. La agencia ejecutiva está situada al interior de un departamento ministerial, [...] y está bajo el control del presidente. La agencia independiente está situada fuera de un departamento ministerial controlado por el presidente y es objeto de una dirección colegiada”¹³⁵.

Las primeras agencias fueron creadas con el fin de regular cada sector, principalmente las tarifas en el sector del transporte ferroviario, comunicaciones, energético, financiero y los monopolios, estas regulaban el modo de prestación del servicio y la explotación de la actividad. En la concepción norteamericana de regulación se atribuye un significado que se relaciona con la emanación de actos producidos por diversas agencias estatales y envuelve diversas disciplinas, allí se distinguen dos tipos de regulación la regulación función y la regulación acto jurídico, relacionando la primera con el derecho administrativo y la segunda relacionada con los procedimientos:

Para la disciplina jurídica [...] la regulación-función devela las dimensiones institucionales y materiales del derecho administrativo estadounidense. [...] La regulación acto jurídico tiene que ver con las formas procedimentales de la acción administrativa codificadas por la *Administrative Procedure Act (APA)* de 1946. El derecho administrativo [...] “articul[a] las dimensiones materiales y normativas del Estado regulador [...] La regulación noción de fuerte contenido jurídico está enraizada en la historia a pesar de que a partir de los años 70 vive una gran transformación llamada *deregulation*, que a su vez inspiró la reforma del Estado al otro lado del Atlántico y en el resto del mundo. [...] la regulación función [...] significa la intervención pública en la actividad social en general [...] puede entenderse como regulación económica o regulación social [...] tiene como objeto la lucha contra la discriminación racial o sexual, la protección del consumidor, del asalariado, del arrendatario o del medio ambiente. Comparativamente, desde un punto de vista histórico, la regulación económica es más antigua que la regulación social y se presenta como la primera en aparecer en 1887 a nivel federal mientras

¹³⁵ CUSTOS, Dominique, “La noción estadounidense de regulación”, *En*: Gerard, Marcou et al., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 195.

que la regulación social se desarrolla a partir de 1960 [...] La regulación económica se cruza con el enfoque horizontal de la regulación social....¹³⁶.

A diferencia de quienes sostienen que el término regulación es de débil contenido semántico; por el contrario, aquí se afirma que, es de fuerte contenido jurídico, esta se encuentra en los enunciados normativos que moderan una conducta, al prohibir, ordenar, autorizar o señalar un procedimiento descrito en el ordenamiento jurídico los cuales, constituyen actos jurídicos vinculantes para los administrados como se menciona, la regulación abarca reglas de diversa procedencia que implican seguimiento, esto se apareja con las decisiones administrativas que evocan control sobre los ciudadanos.

Debemos señalar que la regulación social, ha tomado auge en las últimas décadas a raíz del interés por el cumplimiento de los tratados internacionales, el derecho interno en cuanto se refiere a la protección de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario que propugna por el respeto de las garantías fundamentales de los ciudadanos, procurando la disminución o eliminación de la segregación racial y sexual, así como la defensa de los derechos del consumidor que ha cobrado fuerza en los últimos tiempos con ocasión del sin número de actividades prestadas por el sector privado.

En cuanto a la naturaleza de las agencias norteamericanas encargadas de la protección de los derechos de los usuarios, se constata que ya no existen agencias que exclusivamente realicen tareas sociales o económicas, estas tienden a fundirse en sí mismas; de la misma manera, las funciones que desarrollan pueden ser ejecutadas por las distintas clases de agencias según su clasificación, donde su actuación puede contener un alto grado de injerencia del gobierno, o contrariamente un mínimo nivel de influencia en la adopción de sus decisiones:

¹³⁶ *Ibíd.*, citando a TOMAIN J., y PIERCE, R., p. 190-194.

La asociación sistemática entre agencia independiente y confusión de poderes que sin duda caracterizó la implementación de la armazón de la Administración económica estadounidense, ya no es válida. La confusión de poderes, lejos de constituir una de las “particularidades” de las agencias independientes, es compartida hoy en día por las agencias ejecutivas. Tampoco hay una relación exclusiva entre la dimensión económica o social de la regulación y la característica orgánica de agencia. [...] la regulación social puede ser asegurada por una agencia ejecutiva, una agencia ejecutiva independiente, o una agencia independiente. [...] la difusión de los rasgos institucionales que en un principio eran propios de la agencia independiente en la Administración estadounidense reduce la especificidad de la agencia independiente en cuanto su modo de dirección y en cuanto a la relación orgánica con el presidente. Esta tendencia a la asimilación así como el efecto de interferencia provocado por el surgimiento de la categoría intermedia de agencia ejecutiva independiente, llevan a constatar que las opciones institucionales de la regulación son ahora menos estereotipadas y a cuestionarse sobre el intercambio de opciones institucionales para la regulación económica y la regulación social¹³⁷.

Aquí podemos observar que no existe una distribución rígida de funciones en una agencia en particular, estas pueden ser compartidas, se asume el control dependiendo de las tareas de regulación que corresponden a los bureaus o a quienes se otorgan funciones de procedimiento y gestión, por lo cual, se han erigido delegaciones especializadas para tal fin. La función pública de las agencias llámense ejecutivas, independientes o ejecutivas independientes no implica desorden o caos en la repartición de funciones, ellas regulan la actividad económica que tampoco es posible separar del contenido social que envuelve. Recordemos que al propender por el interés público están de por medio factores económicos, sociales y culturales.

Otro aspecto preocupante era la taxonomía que suele darse a las instituciones del Estado, la cual llevaba a preguntarse a que rama del poder público pertenecen las agencias de regulación al ejercer funciones de todos los poderes públicos. Esta inquietud no exige más reparo, puesto que ellas se fueron

¹³⁷ *Ibíd.*, citando a BRAIBANT, G., p. 196-197.

creando sin mayor criterio respecto a su clasificación, la cuestión es cómo coordinar las funciones que comprenden su ejercicio.

El problema de la repartición de competencias es “bien conocido en Estados Unidos en donde los distintos Estados tienen comisiones reglamentarias cuya competencia abarca todo el concepto de las public utilities. Según Dominique Custos, la coordinación entre esas comisiones y las comisiones federales puede dificultar la implementación de las reformas que se deciden a nivel federal”¹³⁸; como inevitable consecuencia se refleja que donde existen varios niveles para regular una materia se dificulta la aplicación de la regulación en un sistema multinivel.

Se vislumbra que al actuar varias instituciones que comparten funciones de regulación en un mismo plano, conducen a crear tensión y dificultades en la articulación de las agencias sectoriales, lo cual cuestiona la viabilidad y la eficacia en la interregulación dada la variedad de entidades que controlan las distintas actividades más aun, al aumentar la especialidad técnica. Estas agencias ejercen los poderes delegados por el Congreso asimilándose a jueces y legisladores “en potencia, [...] comparten la regulación con instancias federales e infra-federales [...] [la función de regulación se disemina entre los poderes públicos], la agencia independiente estadounidense decide sobre una política regulatoria [...] manifiesta su originalidad institucional en el sistema policéntrico de regulación estadounidense”¹³⁹ es pertinente agregar que los actos de estas autoridades también están sometidos al control de legalidad del juez.

En el sistema estadounidense aparecen problemáticas para separar las disciplinas “entre el derecho de la regulación y el derecho de la competencia, [...] la noción estadounidense de regulación. Esta es, en cierta medida, heredera de una migración jurídica, pues la idea de actividades afectadas de un interés

¹³⁷ MARCOU, Gerard, citando a CUSTOS, D., *Derecho de la regulación...*, cit., p.54.

¹³⁹ CUSTOS, Dominique, *Derecho de la regulación...*, cit., p. 198-200

público es claramente tomada del derecho inglés y la *Interstate Commerce Commission* no puede ocultar su filiación con la *British Railway Commission* [...] al garantizar el servicio universal, [caracteriza] su singularidad, [...] y, a partir de los años setenta, después de haber pasado la época de énfasis regulatorio, esta noción entró en la era de la desregulación sinónimo de metamorfosis de los modelos de control y de la reglamentación de las actividades”¹⁴⁰. La agencia reguladora tiende a convertirse en una agencia sectorial. La independencia relativa a ciertas autoridades de regulación estadounidenses muestra su fortaleza como su debilidad.

Es importante resaltar, como otro de los motivos que influyeron en la creación de la Comisión de Comercio Interestatal en los Estados Unidos erigida para ejercer el control de las relaciones comerciales en la nación, fue el resultado de la insatisfacción de los consumidores frente a los comerciantes, la cual buscaba ser reducida mediante la regulación.

Finalmente, debemos señalar que las agencias de regulación instituidas en Norteamérica se fundaron con propósitos diferentes que en Europa. Por una parte, en Estados Unidos se pensó en crear órganos que estuvieran distanciados de la política y del gobierno, otro elemento que impulsó su creación estaba relacionado con la organización del mercado conforme a la información que se obtuviera de él.

[Las agencias en Norteamérica se fundaron con base] en dos preocupaciones: la primera fue crear organismos suficientemente separados del debate político y de la influencia de los cambios electorales. La segunda, obtener de los mercados suficiente información como para poderlos organizar de un modo consecuente con los intereses generales y el respeto de los consumidores. [...] Las primeras manifestaciones de regulación económica se produjeron con ocasión del desarrollo y la expansión de los ferrocarriles. [...] En los Estados europeos la mayor parte de las agencias reguladoras se han establecido, [...] acompañando los procesos de

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 208 y 217

liberalización acordados respecto de algunos sectores económicos [...] [empleando] motivaciones de especialización técnica y de seguimiento continuo de la evolución económica de algunos sectores de utilidad pública para crear este tipo de organismos¹⁴¹.

Si bien, en el sistema norteamericano se percibe que los objetivos por los que fueron creadas las agencias de regulación fueron distintos de los procesos que acompañaron la regulación en Europa, no distan sustancialmente en lo referente a la información obtenida del mercado para organizarlo, teniendo en cuenta el interés común y los procesos de liberalización de la economía.

1.6. La regulación en Europa

Desde la posguerra se empieza a organizar la actividad económica y toman fuerza las relaciones de carácter privado que influyen en la actividad económica debiendo ser controladas mediante el intervencionismo de Estado, para vigilar de cerca la acción particular se tuvieron a consideración la satisfacción del interés colectivo y las necesidades del conglomerado, siendo inevitable la regulación del mercado y la redistribución.

A inicio del siglo pasado el orden económico se estructura con base en la internacionalización o globalización del mercado y la concentración de capital por las multinacionales, donde el consumidor finalmente empieza a ocupar un papel que llama la atención en la regulación presentándose como la parte más vulnerable en la relación económica, es decir, en el intercambio de bienes y servicios por un valor monetario.

El productor acumulador de gran capital, es objeto de atención por el regulador al percatarse de la situación de desventaja del consumidor y de las implicaciones que traía la libertad de empresa se debía incrementar la

¹⁴¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* /..., cit., p.1198-1199.

regulación teniendo el Estado que intervenir intensivamente en la actividad privada, “el mercado ha perdido su carácter de institución privada. Hoy en día, los mercados aparecen ampliamente intervenidos por el Estado, como resultado de las actuales formaciones sociales capitalistas”¹⁴².

El Estado intervencionista surge a raíz de los deficientes resultados como simple vigilante y administrador, por lo cual pasa a tomar parte en la economía asumiendo un rol más activo en el mercado; para ello, se convierte paulatinamente en el regulador de la economía controlando la acumulación de capital y la internacionalización del mercado en los países capitalistas, controlando la entrada y salida de mercancías, manteniendo a su vez la estabilidad de la economía interna mediante el control de precios y tarifas.

Con el sistema de mercado capitalista en expansión a partir del siglo XIX, el Estado busca conciliar todos los intereses en juego productores y consumidores mediante la regulación, pero no siempre lo hace a través de controles rígidos y estrictos sino eliminando controles innecesarios sin prescindir totalmente de ellos, dado que es inevitable mantener el control dentro de una libertad vigilada con correctivos cuando estos sean necesarios “la intervención del Estado en los procesos de mercado conlleva también la necesidad de replantear con nuevas perspectivas la tradicional relación entre economía, Estado y sociedad”¹⁴³

Se denota que los procesos regulatorios se relacionan ampliamente con el control de precios y fórmulas de protección al usuario no distan sustancialmente de un país a otro, la variación que podemos advertir se relativiza, en cuanto a la adopción de las políticas que asumen las agencias reguladoras al aplicarla con mayor o menor intensidad dependiendo del grado de autonomía que se determine trasladar a las agencias independientes.

¹⁴² REICH, Norbert, *Mercado y derecho. (Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*, 1ª ed., Ariel, S.A., Barcelona, 1985, p.27.

¹⁴³ *Ibíd.*, p.29.

La doctrina extranjera coincide en afirmar que la regulación no contiene un significado preciso, por lo cual se expresa que: “La regulación es un concepto polisémico, [...] puede identificarse con la actividad de ordenación y, más concretamente con la actividad de policía. Regular se identifica con ordenar a través de medidas limitativas del ejercicio de la libre iniciativa privada, es decir, con el ejercicio de la policía administrativa, pues se dice, la actividad de regulación se ejerce a través de diversas técnicas jurídicas, como la reglamentación, la autorización, o la coacción, técnicas que forman parte de la actividad policial”¹⁴⁴.

Aunque se predique independencia de las agencias reguladoras, es innegable que inclusive en los sistemas federales que alcanzan mayor autonomía se percibe en mayor o menor grado que sus decisiones se rigen según disponga el poder superior que direcciona la acción como lo sugiere el caso Británico.

“En el Reino Unido es difícil vincular los “reguladores” a una categoría jurídica precisa. Estos fueron creados por la ley de forma muy pragmática mediante la implementación de la política de privatización. [...] Según John Bell, “a las autoridades administrativas independientes se les llama quangos (quasautonomous non governmental organizations) [...] La categoría de los QUANGOS es criticada por su confusión, y se utiliza hoy más bien la noción de “non departmental public bodies”, [...] el NDPB es un organismo público fuera de los departamentos del gobierno que “actúa con cierta distancia de la mano del gobierno”, los executive non-departmental public bodies (los “ENDPBs”) son organismos independientes que intervienen en el suministro o la regulación de un servicio público”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ TORNOS MÁ, Joaquín, “La actividad de Regulación”. En: SOSA WAGNER, Francisco, *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1335 y 1338.

¹⁴⁵ MARCOU, Gerard, citando a MAC EL DOWNEY, J *Derecho de la regulación...*, cit., p. 57-58.

Según lo anterior, la regulación es una función en su mayoría encargada a autoridades administrativas, sin que se pueda afirmar que los organismos de regulación ostenten una independencia absoluta como se advierte, aquellos organismos independientes actúan con la aquiescencia de algún ministerio, con cierta independencia similar a la intención que se tuvo cuando fueron creadas las agencias de regulación de nuestro país, las cuales adoptan diferentes denominaciones: agencias, autoridades con carácter de unidad administrativa y actúan con minúscula independencia del Gobierno Central.

“El [...] Reino Unido enfatiza la naturaleza cambiante de la regulación y el rol de los reguladores. El resultado es un sistema regulatorio que se enfoca en resolver problemas, tiene control político y reacciona ante la necesidad de cambio. Los reguladores independientes son hoy en día comisiones y no reguladores únicos. Estos reguladores trabajan mediante convenios comunes que proporcionan regulaciones cruzadas en un periodo de gran cambio económico e inestabilidad del mercado”¹⁴⁶.

Modelo de su evolución se verifica no solamente en el campo tecnológico sino también con la regulación ambiental, a la cual se deben realizar constantes ajustes tomando en cuenta los procesos y las practicas que se utilizan, por ejemplo, en la explotación de minerales cuyas consecuencias causan deterioro en los ecosistemas de las regiones, como corolario se deben implementar las exigencias procurando preservar el desarrollo sostenible de las industrias respetando el ambiente, pero la elaboración de estas reglas y definición de parámetros se encargan a profesionales en distintas disciplinas; ambientalistas, ingenieros, geólogos, dependiendo la materia a regular se conforman grupos interdisciplinarios y su aplicación se realiza por las agencias encargadas.

¹⁴⁶ MAC EL DOWNEY, John, “Reguladores: tendencias y perspectivas”, En: Gerard, Marcou et al., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p.149.

Pero, no todas las concepciones coinciden en que la regulación signifique reglamentación, si bien se acepta que esta envuelve un amplio poder discrecional en los aspectos del mercado, hacen de ella una rigurosa distinción frente a la reglamentación asociando esta última con normas generales.

Por su parte, el Consejo de Estado belga confiere a la regulación un significado distinto al de la reglamentación, argumenta que: "... se trata de la toma de decisiones particulares por parte de una autoridad administrativa que tiene un amplio poder discrecional, en oposición a la reglamentación que cubre [...] solamente normas generales abstractas. Además las misiones de regulación se relacionan con el mercado. Esta definición es muy restrictiva y traduce la voluntad del Consejo de Estado de limitar el desarrollo de la reglamentación que podría emanar de las autoridades de regulación"¹⁴⁷. Postura semejante al criterio adoptado anteriormente por nuestro Consejo de Estado, el cual sostenía que el legislador no podía delegar la potestad reglamentaria en autoridades de la Administración (Expediente 11.857 del 25 de septiembre de 1997 del Consejo de Estado)

En la tesis expuesta por el Consejo de Estado belga, se asume una posición bastante restrictiva frente al concepto de regulación, según su entender, es usada para decidir situaciones particulares donde la Administración cuenta con amplio margen de actuación para resolver, en contraposición a la reglamentación de carácter general, desconociendo que la regulación se identifica con la reglamentación proveniente de las autoridades administrativas.

Por otro lado, la doctrina francesa ha destacado que existen dos clases de poder reglamentario; el que establece la constitución para la ejecución de la ley, y el desarrollado por autorización legal que también reglamenta su aplicación. "J.M. Auby distinguiendo entre el poder reglamentario de *ejecución de las leyes*, que sería el mencionado directamente en la Constitución, y el poder reglamentario

¹⁴⁷ MARCOU, Gerard, *Derecho de la regulación...*, cit., p. 22

en virtud de las leyes, que resultaría de atribuciones conferidas de un modo derivado por el poder legislativo. El Consejo Constitucional Francés dictó una famosa Resolución en 1986 en la que llegaba a conclusiones parecidas: la potestad reglamentaria atribuida directamente por la Constitución tiene una dimensión nacional. Ello no impide que la ley atribuya a una autoridad distinta una potestad reglamentaria parcial, especializada. [...] los reglamentos de las entidades reguladoras tienen un ámbito especializado definido por el bloque de la legalidad, que es la suma de las leyes y los reglamentos generales de la Administración”¹⁴⁸.

En ocasiones el legislador opta por dejar un margen de actuación más amplio a las autoridades públicas, elevando su autonomía, donde estas se encuentran en libertad de acoger prácticas consensuadas que persiguen objetivos comunes para lo cual deben armonizar la política en las distintas esferas del poder privilegiando los poderes de las autoridades en niveles inferiores.

Por otro lado, se acentúa cada vez más la cooperación público-privada, la flexibilización del derecho y la participación de diversos sectores en la implementación de criterios por la búsqueda de los objetivos que benefician a la metrópoli, acudiendo a distintos mecanismos de acuerdo negociado, subvenciones e incentivos, de tal manera que se promueva el desarrollo sostenible en las regiones en una economía globalizada, donde uno de los objetivos es el avance y el desarrollo del núcleo fundamental del Estado en los diferentes campos, la construcción de obras de infraestructura por medio de la participación, el apoyo o intercambio interno y externo, sin otra mediación más que la del convenio, favoreciendo los procesos de glocalización para asumir los retos que impone la economía estimulando la competencia.

¹⁴⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2006, p. 1227-1228

Concluimos parcialmente que, no en todos los casos la reglamentación es el único medio empleado para regular un sector. El contrato, es otro medio útil de regulación, a través del cual se adelantan los planes y programas con procedimientos diseñados por la Administración que indudablemente buscan beneficiar al conglomerado social y es utilizado como medio jurídico idóneo, menos riguroso que la regla dictada por el gobierno, convirtiéndose en un mecanismo integrador de distintas fuerzas donde se mezclan múltiples factores, la iniciativa privada, desarrollada en un marco preestablecido que debe ser respetado por el sector privado y la misma acción pública que fija los parámetros que garantizan el desenvolvimiento.

Como se ha señalado, la regulación de la Administración cuenta con un importante y práctico instrumento de control, el acuerdo contractual, como fuente de derechos y obligaciones, a su vez, constituye un medio para regular la relación entre usuarios y operadores, sustituyendo o complementando la relación entre la agencia estatal y las empresas. Por otra parte, los procedimientos sujetos a un orden producto de la delegación, la desconcentración y la descentralización, conforman una serie de estamentos interconectados que combinan diversas formas de actuación integrada.

Los procesos de descentralización que se han venido gestando en los gobiernos tradicionalmente, han surgido de enraizadas formas centralizadoras, en la actualidad se está variando su política aumentando la responsabilidad radicada en cabeza de quienes están a cargo de la dirección y administración de entidades territoriales, orientando la ejecución de los proyectos con la colaboración de las organizaciones privadas, la ciudadanía y los entes públicos más próximos al emprender una labor de mejoramiento y desarrollo en materia económica y social con el objetivo de satisfacer las necesidades de la comunidad, este sistema supone un alcance más efectivo para suplir las carencias en todos los grupos de la colectividad, empoderando a las

administraciones locales para actuar con mayor libertad de decisión la cual se materializa a través de convenios con entidades de naturaleza pública y privada.

La reconstrucción del actual Estado social, las privatizaciones del sector público, así como las etapas de la descentralización en Francia han alimentado, cada una a su manera, nuevas formas de negociación, más fragmentadas y descentralizadas, pero también más puntuales. [...] Hoy en día se alienta, en particular, una multiplicación de políticas asociativas que acercan en el terreno a los actores públicos y privados. Con esto se quieren combatir las antiguas fronteras de repartición de competencias, hacer las negociaciones locales más sistemáticas, y basar la cooperación territorial en contratos de acción pública [...] se observa desde hace algunas décadas, la multiplicación de reglas preponderantemente locales de negociación y de producción de políticas públicas [...] la difusión de [...] procedimientos se ha vuelto tan intensa que se habla de una “procedimentalización” de la acción pública.[...] [se emplea] el “partenariat” “contrato” o “acuerdo”¹⁴⁹.

El contrato referido es utilizado como especie de outsourcing o subcontratación, donde la empresa pública contrata con un particular o empresa privada que se encarga de financiar una obra pública (construcción de un hospital o escuela) y la entidad contratante realiza un pago a la empresa privada que puede ser un consorcio que supone la ejecución de la obra en mejores condiciones de eficiencia.

La participación de distintos agentes económicos y la concertación de los intereses públicos y privados han dado lugar, a la relativización de patrones que apuntan cada vez más al modelo de gobernanza, el cual, se define como: “el fenómeno por el cual los sistemas de reglas y de control de diferentes esferas de actividad se han convertido a la vez en multi-actores (para realizar acuerdos de cooperación entre actores públicos – privados) y en multiniveles (para vincular y coordinar diferentes niveles de iniciativa y responsabilidad) [...] [los] sistemas de decisión fragmentados y la coordinación que procuraba aportar en particular “el

¹⁴⁹ GAUDIN, Jean P., “La regulación política”, *En*: Gerard, Marcou et al., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p 363 – 367.

federalismo cooperativo”, [...] se ganaba en flexibilidad y en pragmatismo pero no verdaderamente en claridad y simplicidad [...] “multiniveles”. Así se denomina el desarrollo de cooperaciones intensas entre distintos niveles de responsabilidades y de competencias que no corresponden a esquemas centralistas y que tampoco se inscriben necesariamente en marcos federalistas”¹⁵⁰.

Podemos expresar que las teorías contemporáneas de organización enmarcan la regulación conforme se considere en cada sistema, sin que ellas deban circunscribirse estrictamente a un modelo determinado; se constata la intención de fortalecer a las autoridades independientes bajo el argumento tecnocrático o de especialización. Se conservan innegablemente signos de los modos clásicos de gobierno, pero alcanzan formas inusuales que no se identifican plenamente con los sistemas pasados, sin que esto implique una pérdida de la unidad jurídica, o se formen islas dentro del ordenamiento jurídico como se pretendía entender la autonomía de que gozaban algunas instituciones como las de educación universitaria en nuestro medio.

En Europa no fue decisivo el establecimiento de las autoridades independientes especializadas para regular los distintos sectores, en algunos países fue apareciendo paulatinamente con un proceso acompañado de la privatización de las empresas de servicios públicos, con el transcurrir se fue introduciendo gradualmente en sistemas de gobierno con tendencia centralizadora a los cuales, el libre mercado impulso la participación de actores privados en el suministro de bienes y servicios públicos.

Las instancias de regulación aumentan proporcionalmente al ejercicio de la función de vigilancia, situación que demanda mayor articulación en el ejercicio del control que proviene de distintas instancias incluyendo órganos supraestatales y en el caso de la Unión Europea, aquellos ostentan poder de

¹⁵⁰ *Ibíd.* p. 382 - 385

decisión para direccionar la política en los distintos sectores de la economía. Al ser el derecho derivado de obligatorio cumplimiento por parte de los estados miembros que se incorpora a través de la transposición de las directivas, se suma la expedición de las reglas dictadas en las regiones, motivos que contribuyen a la explosión normativa surgida principalmente a fines del siglo XX, fijando procedimientos que no facilitan su aplicación por lo cual, se hace necesario la compartición concertada de funciones en temas relativos a la competencia del mercado, al respecto se señala:

En la Unión Europea el derecho de la competencia supone un área compartida entre la comunidad y los Estados miembros, aunque esta afirmación no resulte determinante y suscite problemas. El TJCE atendió a esta cuestión en el asunto *Walt Wilhem*, en el que se trazaron las líneas divisorias de la acción de la comunidad y de los Estados miembros en esta materia. Para el Tribunal, debido a la posible interdependencia de los fenómenos económicos y de las situaciones jurídicas consideradas, la distinción entre los aspectos comunitarios y nacionales no podía servir en todos los casos como criterio determinante para fijar las competencias de cada instancia. Una misma práctica colusoria podía ser objeto de dos procedimientos paralelos, uno ante las autoridades comunitarias y otro ante las estatales¹⁵¹.

La función de regular y controlar se imparte desde entidades supraestatales la vemos reflejada en una de las agencias europeas como la AESA, esta entidad regula el transporte aéreo y actúa como ente controlador; concomitantemente, reglamenta los aspectos técnicos relativos a la navegación, pudiendo adoptar decisiones particulares que son controvertibles ante la jurisdicción comunitaria. Esta autoridad está dotada de “poder de reglamentación técnica (adopción de especificaciones de certificación y de códigos de navegabilidad) y de control (poder de investigación)...”¹⁵² sin que esta función implique la atribución para crear reglas de carácter general; únicamente estas autoridades pueden expedir

¹⁵¹ GARCÍA URETA, Agustín, *La potestad inspectora en el Derecho comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites*, Iustel, Madrid, 2008. p. 215.

¹⁵² RODRIGUES, Stephane, “Contribución(es) del derecho comunitario al derecho de la regulación de los servicios públicos”, En: Gerard, Marcou et al., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p.164

reglamentos en aspectos técnicos como se señaló, contando desde luego con un marco jurídico para su creación.

La regulación con frecuencia se realiza en un plano vertical y se controla más fácilmente en sistemas centralizados. En el caso de las directivas emanadas por la Comisión de la Unión Europea al ser interpretadas y transpuestas se disocia la competencia entre las entidades regionales que integran un Estado regional o federado, lo que dificulta su aplicación.

La regulación está en constante transformación y su mutación obedece al progreso y vertiginoso tránsito de la economía y avance científico, debe elaborarse de manera sincronizada con la participación de las entidades que se encuentren involucradas en la permanente vigilancia de los agentes económicos, deber ser concertada entre quienes intervienen en ella, con base en la política a seguir, considerando las innovaciones que se introducen en los mercados, puesto que primero aparecen las invenciones y posteriormente se produce la regulación lo cual demanda la creación de nuevas agencias especializadas que se interrelacionan cuya actuación debe ser coordinada.

1.7. La regulación en Colombia

En nuestro país las agencias de regulación han sido creadas hacia finales de la segunda mitad del siglo XX mediante disposición legal, decretos, inclusive algunas tienen origen propiamente constitucional como sucedía con la Autoridad Nacional de Televisión, todas con facultadas para expedir actos administrativos que reglamentan la actividad que controlan, con previa delegación presidencial o autorización legal, con autonomía limitada, toda su actuación se rige observando el orden jerárquico dentro del Estado unitario que caracteriza nuestro sistema.

La regulación que expiden las entidades independientes se introduce en nuestro entorno con base en el modelo norteamericano, el Banco de la República como

autoridad monetaria creado desde 1921, por recomendación de la misión Kemmerer, acumula desde su creación funciones similares a las agencias norteamericanas. Las agencias de regulación se establecieron con similares propósitos con el fin de separarlas de cualquier influencia política y con el fin de proteger a los consumidores. Pero además de ello, surgieron en medio de prácticas privatistas y de la liberalización de la economía, considerando, la especialización técnica con que cuentan dichos organismos, tal como se identifica en los procesos europeos que describen su creación. No obstante, pese a que se previó distanciar a estas agencias de cualquier injerencia política, en la realidad actúan bajo la dirección del gobierno sumada a los artificios burocráticos.

Las agencias son creadas mediante decisiones legislativas o por autorización de ellas, delimitan sus funciones de modo que se organizan conforme disponga el poder legislativo y el gobierno. Procurando cambiar la tradición en los deficientes manejos administrativos se ha optado por atomizar la administración; por ello; “lo fundamental, para evitar abusos es fragmentar el poder, dividirlo, adjudicarlo a una multiplicidad de órganos. La asignación de parcelas de poder a agencias que están situadas en posiciones de independencia respecto del legislativo y ejecutivo, puede contribuir decisivamente a lograr dicho efecto de dilución”¹⁵³.

En nuestro medio la creación de las comisiones de regulación encuentran fundamento en la Constitución Política según lo establecido en el numeral 7 del artículo 150 que señala como atribución del Congreso de la República la creación de entidades de orden nacional, en concordancia con lo establecido en el artículo 211 referente a las facultades que la ley otorga al Presidente de la República para delegar funciones en agencias del Estado.

¹⁵³ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* /..., cit., p. 1201

Se percibe que los modelos de regulación varían en cada país, según la organización y las competencias otorgadas a los órganos que conforman la estructura de la Administración; en nuestro medio predomina la desconcentración como forma de intervención bajo la figura de la delegación administrativa no bajo la forma descentralizada de gobierno propiamente dicha, puesto que la descentralización supone que el órgano descentralizado se rija por sus propias reglas con autonomía en todo aspecto presupuestal, administrativo y financiero, la autonomía significa capacidad para producir normas o autonomarse en su propio territorio y en nuestro medio el órgano que detenta el monopolio jurídico es el Congreso de la República como Estado Unitario.

Desde esta perspectiva, no existiría inconveniente alguno frente al tema que aquí nos interesa, pues solo sería el órgano colegiado quien distribuiría las competencias funcionales en la administración, o en su defecto el Presidente de la República, sin embargo, el sistema orgánico - funcional presenta intromisiones las cuales pueden derivar en desgastes injustificados.

La múltiple fijación de labores se produce en parte por la introducción de nuevos procesos de distribución de competencias, por otra parte, la invención tecnológica, el avance en la industria, las formas de explotación de los recursos naturales por ejemplo; en el pasado existían modos de exploración petrolífera que no impactaban enormemente el ambiente, ahora se emplean medios no convencionales que destruyen las superficies acuíferas, antes simplemente se regulaba la telefonía terrestre posteriormente, la telefonía celular y luego las comunicaciones que unen internet, datos y redes sociales; agregando la entrada al país de nuevos prestadores de servicios como el de la televisión satelital, los cuales son avances que permiten la entrada de nuevos actores en un sector, pero a su vez, exacerbaban aspectos que constituyen mayor complejidad a la hora de organizar el mercado y diseñar la regulación.

En la actualidad, con la reforma a la estructura del Estado, se constata la creación reciente de múltiples agencias del Estado como la Agencia Nacional Minera, la Agencia Nacional de Hidrocarburos, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, la Agencia de Infraestructura, la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, la Agencia Colombiana para la Reintegración, por mencionar algunas de ellas, lo que en el futuro podría aumentar el riesgo de que las funciones de las distintas entidades estatales tiendan a entrecruzarse en el despliegue de su ejercicio.

La cuestión se dificulta al inclinarse por la forma de distribución del poder que encarga a diversas agencias independientes del control, propicia dispersión de funciones en los múltiples órganos de la Administración que actúan en un mismo sector, como ocurre con la organización establecida en las comisiones de regulación, las alcaldías y las superintendencias, ejercen funciones de policía semejantes, lo que conduce a que dicha actividad precise un alto grado de avenencia entre los funcionarios de los entes que ejercen la vigilancia y el control con el objeto de que fluya la mecánica del mercado y la Administración no se convierta en un escollo en la dinámica de la economía.

La procedencia de la regulación y sus elementos de inspección, vigilancia y control en la prestación de los servicios públicos encuentra fundamento en la norma superior que confiere atribución al Presidente de la República para señalar la política y el control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios sujetándose a la ley que emane del legislador, conforme lo señala el artículo 370 de la Constitución Política; agregando lo establecido en el artículo 189-11, como titular del ejercicio de la potestad reglamentaria y las atribuciones establecidas en los numerales 21 al 24 del mismo artículo que atribuyen las funciones de inspección y vigilancia en la enseñanza, servicios públicos, la actividad financiera, bursátil, la actividad aseguradora, la de las sociedades, y la celebración de contratos como instrumento de regulación en los servicios públicos.

Como estrategias de implementación del mercado e incremento de la participación, los gobiernos crean las subvenciones, los incentivos, los auxilios, las exenciones tributarias etc., los controles de precios, y preponderantemente el contrato como mecanismo tradicional para distribuir a través de concesiones la explotación de un servicio público facilitando la dirección y el control en la ejecución de la prestación de un servicio.

La regulación es complementada con la función de las instituciones que intervienen en el mercado: autoridades o comisiones que adecuan los tratados aprobados y ratificados, organizaciones sectoriales, consumidores y empresarios; para ello, se introducen propuestas negociadas que articulan las funciones interorgánicas y ajustan las reglas existentes, aunque se tropieza con la legitimidad en la producción de sus reglamentos, en cuanto al control que se ejerce a este tipo de actos, sin que a veces quede muy en claro cuando son controvertibles ante el juez administrativo.

El cambio de modelo de los estados producido según la forma como se conciben las relaciones de mercado y la función actual de la regulación evidencian procesos que están acompañados de la apertura de la competencia o se profundiza como resultado de ella, mediante los procesos de privatización, liberalización y globalización pero no significa necesariamente que sean la única razón para su creación, forman parte de las circunstancias que llevaron a su replanteamiento puesto que no son fundamento exclusivo de su existencia.

Para concluir lo dicho hasta aquí, podemos señalar que la regulación se produce conforme las decisiones públicas, funciona como instrumento de dirección de la economía, se disminuye en la medida en que el mercado funcione correctamente, aunque esta es una ficción teniendo en cuenta que el mercado tiende a concentrar el capital y a desplazar o reducir la competencia. Busca desde siempre corregir externalidades, por otro lado, se reitera que no es uniforme el modo de actuación en el cual se fija la regulación, este varía de

acuerdo a la situación que se pretenda ajustar, sin que responda estrictamente a los preceptos jurídicos legislativos o reglamentarios.

1.7.1. Antecedentes de la regulación económica en Colombia

En primer lugar, es necesario advertir que la regulación normativa ha existido desde que se establece el control de la actividad en sociedad, y se ha realizado a través de la normatividad dispuesta en cada materia. En la Constitución de 1886, no se les confirió significativa relevancia a los temas económicos para que fueran incluidos en su texto, clasificándolos más bien en el orden legal y solo se refería a la propiedad la cual fue contemplada en el artículo 32.

... La reforma constitucional de 1910 se ocupó [...] del reconocimiento de monopolios estatales como arbitrio rentístico, [...] la reforma de 1936 representó, sin duda un vuelco fundamental en la vida institucional del país por cuanto introdujo concepciones como la función de intervenir en la producción, distribución y consumo de la riqueza, la bien conocida función social de la propiedad y el concepto de los deberes sociales del Estado. Todos estos elementos lo convierten en una entidad interventora, con responsabilidades económicas y sociales, [...]. La reforma de 1936 introdujo, dentro de un orden económico fundado sobre la libertad de empresa y la iniciativa privada, una clara limitación a esa libertad e iniciativa para racionalizar la actividad económica y proteger a los trabajadores [...] mediante la reforma de 1945 el Estado fue facultado para intervenir “por mandato de la ley” y no solamente “por medio de leyes” [...] se permite que el Gobierno, en ejercicio de sus facultades reglamentarias, pueda reglamentar los principios generales consignados en la ley. En la reforma de 1968 el constituyente estimó necesario reconocerle un espacio propio de libertad económica, [...] bajo la forma de libertad de empresa e iniciativa privada. Con ello ofreció a todo sujeto la posibilidad o el poder jurídico de emprender libremente actividades encaminadas a la producción e intercambio de bienes y servicios¹⁵⁴.

Hemos visto que la intervención del Estado en la economía se realiza de diversos modos, junto a los procesos que acompañaron las reestructuraciones

¹⁵⁴ *Gaceta Constitucional*, Asamblea Nacional Constituyente del 15 de abril de 1991, No. 46..., cit., p. 7

administrativas como se constata con “el artículo 6 del Acto Legislativo número 1 de 1968, que marco la llamada descentralización administrativa por servicios, política de intervención directa en la economía a través de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”¹⁵⁵. Como se mencionaba, entre los medios para intervenir y controlar la actividad privada, también se encuentra como instrumento de regulación el contrato, la regla, la concesión o licencia, etc.

El mayor auge de la economía en nuestro país se acentúa en la década del noventa con la privatización de distintos servicios; entre ellos, el servicio de la salud, que permite la participación de entidades privadas tal como se estableció en el artículo 8 de la Ley 100 de 1993.

En la época se apunta a la internacionalización de la economía y la modernización del Estado con el propósito de ser más competitivo frente a los mercados extranjeros siguiendo las exigencias que impone la globalización; se realizan esfuerzos por atraer la participación de capital extranjero para fomentar la inversión en diversos ámbitos de la economía como el sector financiero, la explotación de petróleo, manufactura y la entrada de empresas foráneas en el servicio de comunicaciones.

1.7.2. La regulación económica antes de la Constitución Política de 1991

Los primeros servicios públicos en Colombia se produjeron por la iniciativa privada y la necesidad de comercializar y transportar los bienes de un lugar a otro. En cuanto a los servicios públicos domiciliarios, los municipios fueron los encargados de asumir su responsabilidad, sin que mediaran normas sobre la materia, más tarde se produce su estatalización, conozcamos en breve su inicio:

¹⁵⁵ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, - MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos P., “Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación” *Revista Universitas*, no.108, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Diciembre de 2004, p. 80.

... en 1851 se construyó en suelo colombiano [el primer transporte ferroviario] (Panamá), fue el mercado, no el Estado el que hizo posible su aparición y, en segundo lugar, fue del lado de la oferta, los empresarios, no de la demanda, de donde se originó su existencia. [En el caso de] los servicios domiciliarios, fueron los municipios y no la nación los primeros que consideraron intervenir de alguna manera en esos fenómenos nuevos, resaltando que para hacerlo no estaban investidos de una facultad legal concreta. Lo que llevó a las autoridades locales a ocuparse de la materia fue el hecho de que esos servicios ocupaban espacio público. Una segunda motivación fue el uso de agua para los acueductos y para generar electricidad. [...] Las políticas fueron adoptadas por las autoridades locales sobre la marcha.

... ni en 1936 cuando se consagró el principio de que “El Estado intervendrá, por medio de leyes...”, ni en 1945, cuando se flexibilizó al decir que tal intervención tendrá lugar “por mandato de ley”, se impartieron órdenes para estatizar la prestación de los servicios públicos [...] [como agua, transporte y electricidad]. Fue la convicción de que era preferible que todos ellos pasaran a manos de entidades de propiedad gubernamental, nacionales y locales, lo que convirtió la intervención en algo más y se organizó el Estado empresario...¹⁵⁶.

Una de las manifestaciones de la regulación en los servicios públicos en Colombia se produjo mediante la expedición del Decreto 3069 de 1968 en desarrollo de la Ley 65 de 1967 que facultó al Gobierno Nacional para crear “la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, adscrita al Departamento Nacional de Planeación [...] el Decreto 149 de 1970 asignó [...] competencia para establecer políticas de precios, su aplicación, fijación de las tarifas de los servicios públicos de agua, alcantarillado, energía eléctrica recolección domiciliar de basuras, teléfonos urbanos, larga distancia, telégrafos y correos. [...] la elaboración de estudios sobre producción, distribución y consumo

¹⁵⁶ BETANCUR, Luis I., “Política Pública y Regulación en Algunos Servicios Públicos”, En: LIZARAZO, Lilibiana et al. *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2004, p. 194 - 196.

nacionales,”¹⁵⁷ con lo cual se introdujo un primer modelo de regulación sobre los servicios públicos básicos. Posteriormente, se incluye el servicio de telefonía a través del Decreto 1765 de 1972, regulación que controlaba y establecía límites en las tarifas, procurando a su vez, mantener el equilibrio entre las utilidades de las empresas y las tarifas por la prestación del servicio.

A diferencia de la concepción expuesta en las teorías clásicas del servicio público las cuales sostenían que debía ser el Estado en el núcleo territorial quien se encargaría de la prestación de los servicios públicos, tesis reevaluada con el crecimiento de la población, el desarrollo social y económico, la globalización y al paso de lo rural a lo urbano. Dichas circunstancias provocaron el tránsito hacia la transformación y la expansión de la sociedad en todos los aspectos; por ello, fue necesario adoptar nuevas políticas que posibilitaran la cobertura de las necesidades de la comunidad en el territorio, conforme lo exigía su amplificación, debido a la incapacidad física y económica del Estado en el suministro de los servicios públicos, no tardo en saltar a la luz su notoria precariedad, lo cual alentó la participación del sector privado permitiendo la concurrencia y el ingreso al país de multinacionales en la prestación de los servicios públicos, proceso que tomó impulso hacia la década del 90 en nuestro país.

Con la propuesta presentada en la reforma constitucional de 1991, se imprimió gran importancia a los servicios públicos como principio, derecho y deber del Estado, incluyéndolo como una de las finalidades sociales, “el tema de los servicios públicos no ha sido tratado con profundidad ni autonomía [...] es de su esencia filosófica, humanista, finalista y social y por tal motivo la nueva carta política ha de ser claramente prescriptiva en esta materia. La concepción de los servicios públicos como expresión de la finalidad social del Estado determina el

¹⁵⁷ MATÍAS CAMARGO, Sergio R., citando a SALDARRIAGA SANÍN, *Los servicios públicos domiciliarios en Colombia análisis socio jurídico*, Universidad Libre, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Centro de investigaciones socio jurídicas, Bogotá, 2001, p. 78 - 79.

establecimiento de los derechos sociales de los asociados como bienes jurídicos cuya protección recae en los distintos niveles del Estado”¹⁵⁸.

Para la época se hacía necesaria una verdadera participación democrática, no se percibía un auténtico proceso descentralizador que permitiera a los municipios adoptar sus propias decisiones, la nueva constitución tendría que elevar determinadamente la calidad de vida de los asociados, para lo cual, se planteó la creación de una agencia que regulara especialmente la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y se crearon las comisiones de regulación de los servicios públicos sectoriales, las cuales ejercerían funciones de policía administrativa junto con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, propiciando un panorama difuso en la distribución de funciones.

En la Asamblea Nacional Constituyente se propuso un “título especial donde se consignen los derechos y los deberes de los usuarios. [...] deberá crearse una agencia reguladora de los servicios públicos, con discrecionalidad semejante a la de la Superintendencia Bancaria, que supervise al más alto nivel la prestación de todos ellos. Esta entidad vigilaría por igual a todas las empresas públicas o privadas municipales, departamentales o nacionales que tengan relación con el usuario. Velaría por el cumplimiento del régimen tarifario y la extensión de los servicios, verificaría los costos reales admisibles para el cálculo de las tarifas, vigilaría la adecuada atención de los usuarios y daría especial consideración a la calidad de los servicios en busca de una máxima eficiencia”¹⁵⁹.

Podemos apreciar que en la preparación del texto constitucional, se pensó en crear una agencia de regulación de los servicios públicos con funciones de supervisión similares a las de las superintendencias con facultades de regulación administrativa derivada, esta atribución debió ser conferida por tratarse de órganos especializados en el mercado de los SPD, debido a su

¹⁵⁸ *Gaceta Constitucional*, Asamblea Nacional Constituyente del 18 de abril de 1991, No. 53, Bogotá D.E., p. 5.

¹⁵⁹ *Gaceta Constitucional*, Asamblea Nacional Constituyente del 11 de marzo de 1991, No. 19, Bogotá D.E., p.15.

conocimiento en el sector, tendrían que ocuparse del funcionamiento eficiente del mercado, pues habían sido creadas para tal fin, surgiendo la posibilidad de que al pretender reforzar la eficiencia en la prestación del servicio y la protección a los usuarios se aproximaran a las funciones de otras entidades de vigilancia, produciendo profusión entre las entidades que controlan la actividad.

Para aquel momento, dada la lenta evolución y los exiguos recursos, se experimentó una reducida inversión en infraestructura, la bien conocida ineficiencia del servicio y la disminuida credibilidad en las instituciones, se hizo necesario el acompañamiento o cesión en la prestación de algunos servicios públicos a la empresa privada, que sería vigilada y controlada por el aparato estatal, en ocasiones se optaba por unir aportes de capital provenientes del sector privado junto con los recursos de la nación los cuales dieron origen a la conformación de capital mixto en el desarrollo y la producción de bienes y servicios, es decir, el Estado participaba e intervenía a su vez en la economía, controlaba y vigilaba, resultando indispensable la regulación como “... una de las varias herramientas a disposición del Estado para poner en marcha una política pública¹⁶⁰”. En Colombia la política implantada frente a este tema se encuentra consagrada constitucionalmente desde 1991, (artículos 333, 365 y 370 de la CP) que autoriza el mecanismo de regulación de los servicios públicos domiciliarios y entre otros, el de transporte.

Se constata que el suministro de los servicios públicos en Colombia, se dió acompañado de la inversión del sector privado como sucedió con el transporte ferroviario por necesidades del mercado, simultáneamente los servicios públicos domiciliarios como energía, acueducto y teléfonos fueron desarrollados por el Estado a través de los municipios y departamentos; más tarde, con la libertad de mercado entran a participar las empresas del sector privado.

¹⁶⁰ BETANCUR, Luis I., *La regulación económica: tendencias y desafíos...*, cit., p. 193

Antecediendo a la expedición de la Constitución de 1991, el país atravesaba una época de constantes interrupciones en el suministro de energía, se constataban cortes en el suministro de agua potable, las empresas de acueducto y aseo prestaban los servicios deficientemente, la insuficiencia en la cobertura era marcada principalmente en las áreas rurales, de tal manera que fue inaplazable introducir en el texto superior una cláusula que estableciera la prestación de los servicios públicos eficientemente bajo la dirección política y regulación del Estado a iniciativa del gobierno, la cual se plasmó en el artículo 365 de la Carta Política.

Comprendemos que, así se fue abriendo paso a la desmonopolización y a la liberalización del servicio público, tornándose imperioso introducir una política de regulación que cada vez era más apremiante, convirtiéndose en la forma de intervención del Estado, la regulación como el principal instrumento para limitar y controlar la actividad privada.

1.7.3. La regulación económica después de la Constitución Política de 1991

El artículo 333 de la Constitución Política establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Esos límites que de manera general determina la ley son los que precisa la regulación introduciendo reglas que preservan el orden económico, evitando monopolios, fijando reglas técnicas que protejan al consumidor, el ambiente y la salud etc., todos ellos, con el objetivo de lograr el bienestar de la colectividad.

Entre las finalidades sociales del Estado se encuentran asegurar la prestación de los servicios públicos a toda la población del territorio nacional directa o indirectamente a través de particulares, lo cual, se ha consagrado en el artículo

365 de la Constitución Política¹⁶¹. Partiendo de este postulado constitucional, el legislador se ha encargado de organizar la prestación de los servicios públicos, considerando lo establecido en el artículo 370 del mismo texto se autoriza al Presidente de la República para señalar con sujeción a la ley, la política de la Administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios¹⁶².

Una política consiste en definir el direccionamiento que el Estado realiza en un sector y de qué manera lo va administrar, si va a establecer subsidios, incentivos, o por el contrario no va a asumir ninguna carga, y se va concentrar en crear o aumentar tributos o tasas que desestimulen la economía, se prevén las pautas de cómo debe funcionar la regulación que adecua un comportamiento, por lo cual, se podría afirmar que se trata de una política regulatoria, que quizás requiera de una regulación más detallada para alcanzar los objetivos propuestos a través de los distintos instrumentos y mecanismos de que dispone el Gobierno como el convenio o el acuerdo negociado de reglas.

Principalmente el contenido de los artículos constitucionales enunciados rigen la organización y el funcionamiento de los sujetos reguladores de los servicios públicos en Colombia, sin dejar de lado, lo establecido en el artículo 20 transitorio de la Constitución Política que se convirtió en permanente, el cual estableció un periodo de dieciocho meses, a partir de su entrada en vigencia para que el Gobierno Nacional suprimiera, fusionará o reestructurará las agencias de la rama ejecutiva.

¹⁶¹ “Colombia, Constitución Política, artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

¹⁶² “Colombia, Constitución Política, artículo 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”.

Entre otros referentes constitucionales para el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y el acceso al servicio público universal, se introdujo en el artículo 356 literal (a), la modificación realizada por el artículo 2 del Acto Legislativo 04 de 2007 que prevé la provisión de recursos y financiación de servicios para las entidades territoriales incluidas en el Sistema General de Participaciones en temas relacionados con el suministro de agua potable, saneamiento básico, educación y salud, los cuales estuvieron estrechamente ligados con los procesos de privatización que han surgido simultáneamente en los países latinoamericanos.

A partir de la década del 90 se intensifica la colocación de capital privado en diversos sectores de la economía como la inversión en infraestructura para proporcionar energía y acueducto, se introduce capital extranjero al país donde los inversores provenientes del exterior participan en igualdad de condiciones a los empresarios nacionales, pues son pocos quienes poseen el capital que requieren las obras públicas de gran envergadura y demandan tecnología foránea. Por ello, fue necesario desarrollar preceptos constitucionales en la legislación nacional que regularan los servicios públicos, que ocupan un lugar preponderante en el desarrollo de una sociedad como se menciona:

“la Ley 142 de 1994 que fija el régimen jurídico de los servicios públicos que allí se definieron como domiciliarios, a saber: acueducto, alcantarillado, aseo, electricidad, gas y telefonía fija [...] Para el de energía eléctrica, se expidió simultáneamente una ley complementaria la 143 [de 1993] [...] Para el servicio de transporte [...] se han expedido dos leyes desde 1991: la Ley 105/1993 con énfasis en infraestructura y la 336/1997 directamente sobre el servicio en sus diferentes modos: carretero, urbano, ferroviario y fluvial [...] es del caso señalar que por Decreto 101/2000 se organizó la Comisión de Regulación de Transporte, y que una de sus funciones es la de establecer el régimen tarifario. [...] la ley 142 complementada [...] por la Ley 401/97 pasa a ser objeto de regulación de la Comisión respectiva, la de Energía y Gas (CREG). [...] conforme a la Ley 99/93. En esta materia la política la fija el Ministerio del Medio Ambiente sobre las condiciones para permitir utilizar el agua según los distintos usos posibles, parámetros de política dentro de los cuales, las Corporaciones Autónomas, creadas por la misma Ley 99 exigen estudios previos,

correctivos al deterioro ambiental y otros requisitos para otorgar los contratos, licencias o permisos necesarios. Si el agua va a ser usada para el servicio de acueducto, la regulación será de la Comisión correspondiente la CRA. Si se utiliza para generar electricidad, la CREG la regulará¹⁶³.

En materia de definición de políticas en la prestación de los servicios públicos el Gobierno presenta iniciativas al Congreso de la República, en caso de encontrarse ajustadas a las necesidades son acogidas por esta corporación, para lo cual se deben crear agencias que se encarguen de llevar a cabo esas políticas mediante la estructuración que adopte la Administración Nacional, donde el Gobierno cuenta con amplio poder para organizar cada sector. A través de los órganos creados, el Estado garantiza la prestación de los servicios públicos en condiciones de eficiencia. En concreto el Gobierno regula su manejo, para ello, utiliza como instrumentos el contrato de concesión o autoriza la explotación del recurso a través de licencias y permisos, o simplemente comunicaciones que se canalizan mediante el órgano al cual se designe la función por lo general, a través del ministerio del ramo en conjunto con las comisiones y las superintendencias que regulan y vigilan su ejecución presentando algunas veces confusiones en cuanto a las facultades otorgadas a los distintos organismos.

En ocasiones las funciones regulatorias no se encuentran suficientemente delimitadas, es por ello que al respecto se ha señalado:

... La ley 142 de 1994 [...] definió fue un híbrido conformado por expertos nombrados por el Presidente de la República con periodo definido y los ministros respectivos quienes las presiden [...] las facultades regulatorias y las de inspección, vigilancia y control se encontraban concentradas en la Superintendencia de Servicios Públicos, correspondiendo, la primera a una de las salas de regulación, y la segunda a la Superintendencia y sus delegados; por supuesto el proyecto contemplaba la separación de dichas funciones, pero su organicidad con la Superintendencia, que a su vez aparecía adscrita al Departamento Nacional de

¹⁶³ BETANCUR, Luis I., *La regulación económica: tendencias y desafíos...*, cit., p. 201-203

Planeación, podía haber complicado mucho más las cosas en asunto de intervención del Estado en los servicios públicos. [...] las comisiones quedaron como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica, patrimonial, de los respectivos ministerios (Desarrollo económico, minas - energía y comunicaciones)¹⁶⁴.

Del texto transcrito se colige que, al definir y delimitar las funciones que se asignaron a las agencias reguladoras del Estado, estas acumulaban labores que fueron conferidas inicialmente a las superintendencias, sin deslindar claramente en todos sus aspectos hasta donde llegarían las facultades de unas y otras; puesto que a las dos entidades les fueron atribuidas tareas de naturaleza técnica como lo son las funciones de control, inspección y vigilancia, y la regulación del comportamiento de sus vigilados en el mercado de los servicios públicos, sin olvidar el esfuerzo del legislador al encomendar parte de la regulación de los monopolios y la regulación tarifaria a las comisiones de regulación como función expresa, para lo cual se ha dicho:

“... creemos que podría haberse pensado en un ente que cumpliría con las funciones de regulación, dentro de las que se incluye el control, inspección y vigilancia sobre las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, probablemente con una naturaleza jurídica similar a la de la [...] Superintendencia [bancaria], la cual además de “inspeccionar”, podría regular o expedir normas de carácter administrativo, general y abstracto de manera residual, en ejercicio de la función de policía administrativa [...] Debe destacarse que [...] [se] advirtió la necesidad de separar la función de formulación de políticas de administración y financiación de los SPD y la fijación de las políticas en materia tarifaria de la función de control, vigilancia e inspección”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ MATÍAS CAMARGO, Sergio R., *Los servicios públicos...*, cit., p.83.

¹⁶⁵ ARAUJO OÑATE, Roció M., “Antecedentes y marco constitucional de la función legislativa, reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”, En: RESTREPO, Manuel. *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p.179-181.

Por otro lado, el texto del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, deja algún espacio de indeterminación al indicar que una de las funciones de las comisiones de regulación es regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos y el numeral 73.2 indica: “someter a su regulación a la vigilancia del Superintendente”, en materia de tarifas, de información, y de actos y contratos a empresas determinadas que no sean de servicios públicos de competencia desleal; cuando la regulación supone vigilancia, de lo cual se aduciría que es una función compartida, o que la regulación debe ser vigilada por el superintendente, quizás lo que se pretendía decir es: someter la regulación a la vigilancia del superintendente; pero sin embargo, cuál sería el límite de la función reguladora de la comisión respectiva para iniciar la función de vigilancia de la superintendencia.

La redacción del artículo indicado, puede conducir a diversas interpretaciones, que la regulación está sometida a la vigilancia de la superintendencia; es decir, dos organismos que ocupan el mismo nivel en la escala jerárquica de la Administración Nacional se reparten la función de policía lo que supone que una vigila el cumplimiento de la regulación que expida la otra. Lo anterior, no deja muy clara la función de regulación y vigilancia de las tarifas, de no ser porque las agencias de regulación están destinadas al control tarifario.

Si bien, el propósito de los reglamentos y actos administrativos es mantener el buen funcionamiento del mercado y moderar la conducta de los particulares, deben estar en armonía con la definición de políticas que apunten a la efectividad de los fines trazados en la norma superior y la ley. Es imprescindible, la regulación administrativa para el desarrollo de la política adoptada, esta se encuentra limitada por el reglamento pero a su vez lo complementa, para lograr el control eficiente sobre la economía, al respecto analicemos la estructura y autonomía de las agencias de regulación a partir de la siguiente consideración:

En relación con la estructura de los órganos reguladores creados para instrumentar la política, es necesario indicar que en su mayoría las comisiones

de regulación tienen el carácter de unidades administrativas especiales, pertenecen a algún ministerio, deben atender las directrices que imparta el Gobierno, pues su actuar no es totalmente independiente, al orientarse en mayor o menor grado por un órgano de mayor jerarquía, - los ministerios- (art 69 de la Ley 142 de 1994).

Tal es el caso de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico creada por el Decreto 2152 de 1992, que el artículo 69.1 de la Ley 142 de 1994, inserta con carácter de unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial y la adscribe al Ministerio de Desarrollo Económico (Hoy, Ministerio de Comercio Industria y Turismo).

El párrafo primero del artículo 71 de la Ley 142/1994, agrega que a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento pertenecerá el ministro de salud; posteriormente, el Decreto 1738 de 1994, es modificado por el Decreto 2474 de 1999 que reestructura las comisiones y el Decreto 2882 de 2007, la adscribe al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial. Finalmente, con la expedición del artículo tercero del Decreto 3571 de 2011, se integra al sector administrativo de vivienda, ciudad y territorio, adscribiéndola a este Ministerio. Y el Decreto 2728/2012 indica que a ella pertenecen los Ministros de Vivienda, Salud, Ambiente, el Director de Planeación y cuatro expertos nombrados por el Presidente de la Republica con la asistencia del superintendente de servicios públicos.

Una composición similar se aprecia en la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible a la cual pertenecerá el Ministro de Hacienda. Los ministros sólo podrán delegar su asistencia en los viceministros y el Director del Departamento Nacional de Planeación en el Subdirector¹⁶⁶. Dada su integración, se deduce que actúan acompañadas de la mano del Gobierno.

¹⁶⁶ Colombia. Congreso de la República. Ley 142 de 1994, artículo 71

La Comisión de Regulación Energética fue creada por el artículo 10 del Decreto 2119 de 1992, la cual es denominada posteriormente Comisión de Regulación de Energía y Gas, por disposición del artículo 21 la Ley 143 de 1994, se organiza como Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Minas y Energía, y es reglamentada por el Decreto 1260 de 2013, la cual está conformada por el Ministro de Minas y Energía; el Ministro de Hacienda y Crédito Público; el Director del Departamento Nacional de Planeación y ocho (8) expertos en asuntos energéticos, nombrados por el Presidente de la República para períodos de cuatro años, lo cual denota que todas las comisiones ostentan una organización similar.

Para el caso de la regulación del espectro electromagnético, el uso y explotación se otorga mediante licencias, concesiones, autorizaciones, registros y permisos que corresponden al órgano encargado del sector, cuya competencia es del Ministerio de Comunicaciones, actualmente Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (artículo 16 de la Ley 1341 del 30 de julio de 2009) y en el espacio televisivo se señalaba en el artículo 76 de la Constitución Política que la regulación correspondía a la Comisión Nacional de Televisión, la cual forma parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones; hoy denominada Autoridad Nacional de Televisión (Ley 1507 de 2012); si se trata del servicio de comunicaciones la regulación se encuentra asignada a la Comisión de Regulación de las Comunicaciones, que se encarga de limitar el comportamiento de los agentes económicos en el entorno, lo cual evidencia la compartición de competencias entre las autoridades del sector.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones es creada mediante el artículo 2 del Decreto 2122 de 1992 formando parte de la estructura del Ministerio de Comunicaciones decreto que es derogado y luego se adscribe al mismo ministerio mediante el artículo 69.3 de la Ley 142 de 1994, más tarde el Decreto 1130 de 1999, reestructura el Ministerio de las Comunicaciones y otros

organismos, entre ellos, se incluye a la CRT; y finalmente el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009 modifica el nombre de la CRT por la CRC - Comisión de Regulación de Comunicaciones y establece sus funciones.

En Colombia las agencias de regulación han tenido un origen normativo diverso han sido creadas por disposición legal, por decreto, y el constituyente de 1991, establece la creación de entidades independientes, entre ellas, incluía a la CNTV a la cual se le otorgaba rango constitucional, desarrollada por la Ley 182 de 1995, cuya naturaleza es modificada por la Ley 1507 de 2012.

De acuerdo a la organización de cada comisión reguladora se infiere que, las agencias de regulación no gozan de total autonomía e independencia, sin atender las directrices que impartan los ministros nombrados por el Presidente de la República, siendo esta una forma de desconcentración de funciones administrativas ejercidas por las agencias de regulación.

Desde esta perspectiva, se disminuye la dispersión normativa en la Administración al expedir reglamentos, comunicaciones, resoluciones, circulares o actos administrativos en atención a los criterios provenientes del alto poder ejecutivo, los cuales suponen un elevado contenido de coordinación, de manera que conduzca a una regulación más fluida. No obstante, con la creación de la Ley 1444 de 2011, exige un nivel mucho más elevado de coordinación entre los órganos de la Administración, de lo contrario podría variar y magnificar el problema en cuanto a los encuentros que enfrentan los organismos administrativos al multiplicarse las funciones del Estado en número y en agencias.

2. Fuentes de la regulación en Colombia

Las fuentes del derecho de la regulación económica provienen de diferentes formaciones, entre las cuales se hallan las siguientes:

2.1. Fuentes normativas

La regulación se produce por autorización legal, pero existen distintos tipos de leyes que atribuyen facultades para que el gobierno regule directamente una materia económica autorizada a través de una ley marco; además de esta, se considera que la ley orgánica mediante el cual se estructura la Administración estatal, también influye en la creación de la regulación a través de los órganos que se instauran.

2.1.1. Ley marco o cuadro

La ley marco fija pautas y criterios que circunscriben la acción del ejecutivo, normalmente son normas de iniciativa gubernamental con contenido flexible para regular una materia de manera ágil y oportuna, “como rasgo común todas ellas se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil manejo; a fenómenos económicos que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas [...] los decretos que expide el Ejecutivo para desarrollar las leyes marco no son decretos con rango de ley, sino decretos ejecutivos, cuyo control de constitucionalidad y legalidad compete al Consejo de Estado”¹⁶⁷.

Este tipo de decretos gozan de gran amplitud para regular una materia que ha sido conferida de manera general al ejecutivo, esta técnica resulta de una colaboración entre el legislativo y el ejecutivo para desarrollar un asunto y para el trámite de estas leyes no difieren del trámite de una ley ordinaria, por ello, a este tipo de normas se les denomina leyes generales y su fundamento reside en el artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política.

¹⁶⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-438 de 25 de mayo de 2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva

“Como ley marco se conocen las disposiciones generales que regulan actividades específicas, es decir, que definen los objetivos y principios sobre los cuales se desarrollan actividades tales como las políticas de crédito público, comercio exterior, cambio internacional, régimen de aduanas, la actividad financiera y de captación de recursos del público (ahorradores), así como la remuneración y las prestaciones sociales de los servidores públicos”¹⁶⁸.

2.1.2. Ley orgánica

Las materias en las cuales se clasifican las leyes orgánicas se establecen en el artículo 151 de la Constitución Política, por medio de ellas se fijan los reglamentos del Congreso, el presupuesto de renta, la ley de apropiaciones y el plan de desarrollo y la asignación de competencias de las entidades territoriales. Adicionalmente, a través de ellas, se organiza la estructura de la Administración nacional y se determina el objeto de las entidades estatales.

En cuanto a la organización territorial el artículo 150.4 de la CP., fija las bases para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias, al respecto la Corte Constitucional ha expresado: “Una Ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, [...] De otra parte, se ha señalado que una misma ley puede contener materias de ley orgánica y materias de ley ordinaria siempre que éstas guarden una conexidad temática razonable. Finalmente, se ha dispuesto en materia de reserva de ley orgánica de ordenamiento territorial, que cuando existe duda entre sí una materia territorial debe tramitarse por ley orgánica o por ley ordinaria la duda debe resolverse a favor de la adopción por el legislador ordinario, ya que (i) existe una cláusula general de competencia a favor del legislador”¹⁶⁹. Lo anterior por cuanto, la

¹⁶⁸CongresoVisible.org.12/julio/2014,http://www.congresovisible.org/democracia/congreso/funciones/leyesymayorias/

¹⁶⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 27 de junio de 2012, Magistrada Ponente Adriana María Guillen Arango

distribución de competencias que se delegan a las autoridades administrativas de orden nacional, se determinan por medio de una ley orgánica al definir la misión y estructura de las entidades estatales.

Por otro lado, no es inusual que el órgano legislativo confiera facultades extraordinarias al Presidente de la República para que en determinados casos reestructure las entidades de la rama ejecutiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política, además de estas “La regulación legislativa está asignada al Congreso de la República, [...] y le confiere en materia económica al Presidente de la República la facultad de regulación legislativa en los siguientes eventos facultades extraordinarias establecidas en el numeral 10 del artículo 150, facultades de emergencia económica estatuidas en el artículo 210, decretos sobre planes de inversión cuando el Congreso no los aprueba, según lo previsto en el artículo 341, decreto sobre presupuesto igualmente cuando el Congreso no lo aprueba de acuerdo con los artículos 348 y 349, De esta facultad nacen normas jurídicas ...”¹⁷⁰.

Por último, podemos agregar que el legislador confiere directamente facultades de regulación a las comisiones de regulación en el respectivo sector (Ley 142 /1994), junto a la potestad reglamentaria otorgada al Presidente de la República.

2.1.3. El acto administrativo de las Comisiones de regulación

El acto administrativo de las agencias de regulación se constituye en una gran fuente de regulación, sin embargo, se ha debatido en múltiples oportunidades sobre las facultades de reglamentación que desarrollan las comisiones de regulación en ocasiones la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se apartaban de la función reglamentaria que se encarga a tales organismos y en otras oportunidades reconocen la función de reglamentación radicada en ellas.

¹⁷⁰ MORENO, Luis F., *Servicios públicos domiciliarios...*, cit., p. 40 – 41.

Es oportuno recordar que la actividad reglamentaria en nuestro sistema está en cabeza del Presidente de la República como titular constitucional de la potestad reglamentaria, según lo consagrado en el artículo 189 numeral 11 del texto superior¹⁷¹. No obstante, el legislador confiere como una de las funciones especiales de las comisiones de regulación, la descrita en el literal d) numeral 3, del artículo 74 de la Ley 142 de 1994, que otorga a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la potestad de reglamentar la concesión de licencias en el servicio de telefonía y de formular las tarifas cobradas¹⁷². Es decir, el Congreso de la República como órgano que desarrolla el Estatuto Fundamental, faculta directamente a otro órgano de la Administración para reglamentar la ley.

Sin embargo, la Corte Constitucional entrando al siglo XXI exhibe un retroceso en la interpretación acerca de las funciones reglamentarias de las agencias de regulación al expresar que: “las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales. [...] En suma el campo de regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales de las actividades de intervención y dirección técnica en materias que por involucrar intereses superiores no se pueden abandonar al libre juego del mercado”¹⁷³.

En una posición más armónica y consecuente la misma Corporación había expresado con anterioridad que: “el principio general es que la ley puede autorizar la delegación de cualquier función presidencial, sin que esa posibilidad esté restringida a aquellas que el primer mandatario ejecuta como suprema

¹⁷¹ “Colombia. Constitución Política, artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

¹⁷² “Colombia. Congreso de la República. Ley 142 de 1994, artículo 74.3.d.Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y de señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión”.

¹⁷³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000 de 6 de septiembre de 2000, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo

autoridad administrativa, razón por la cual esta Corte ha explícitamente reconocido que también son susceptibles de delegación las funciones en su calidad de jefe de gobierno”¹⁷⁴.

Lo anterior, denota que en diferentes épocas los pronunciamientos de la Corte Constitucional no presentan uniformidad en el criterio frente a la capacidad para reglamentar a través de los actos de los entes reguladores, develando una retracción en la jurisprudencia desconociendo lo dispuesto por el legislador en el régimen de servicios públicos domiciliarios. La definición de políticas del artículo 370 Constitucional, es susceptible de delegación en un ente de menor jerarquía de la rama ejecutiva del poder público como las comisiones de regulación y pueden además colaborar en la preparación de la política que rija el sector correspondiente, al igual pueden ser sujetas de reformas o ajustes.

El alcance de los actos reglamentarios se amplía en tratándose de los asuntos objeto de regulación que consagra el numeral 19 del artículo 150 de la Carta en los cuales, el gobierno reglamenta sometiéndose al marco legal, para luego ejercer una función “puramente administrativa, y no le es posible modificar, derogar, ampliar ni restringir lo que el legislador haya dispuesto al sentar las bases generales que orientan la actividad estatal en la materia respectiva. El Presidente de la República apenas puede -y debe- concretar tales directrices, en su campo, que es el administrativo, pues el desarrollo de las leyes marco no le confiere atribuciones de legislador, con el objeto de adecuar las pautas generales a las variables circunstancias de la economía y al manejo de situaciones objeto de su decisión”¹⁷⁵. No obstante lo anterior, el gobierno en ocasiones poco inusitadas exhibe la tendencia a desbordar las facultades conferidas por el legislador al ejercer la potestad reglamentaria que debe ser

¹⁷⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-272 del 3 de junio de 1998, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

¹⁷⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-428 del 4 de septiembre 1997 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa

atajada por el Consejo de Estado en ejercicio de los medios de control de legalidad al advertir sobre tales excesos.

La reglamentación se produce de distintos modos, podemos observar que el constituyente de 1991 permitió la posibilidad de que el Gobierno Nacional reglamentara directamente uno de los artículos del texto superior procurando introducir un modelo que respondiera a las necesidades sociales y a la pronta ejecución de los proyectos; por ello, se trasladaron facultades al poder ejecutivo, que antes se encontraban radicadas en el poder legislativo, como ocurría con la función de fomento de las empresas útiles o benéficas que reciben recursos a través de la facultad de la Administración para celebrar contratos de manera directa con ellas, siempre que se trate de actividades de interés público, lo cual se encuentra contemplado en el artículo 355 de la Constitución Política de 1991, artículo reglamentado por el Presidente de la República a través del Decreto 777 de 1992.

Dicha atribución residía en el Congreso de la República, la cual figuraba en el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Política de 1886. Esta es una muestra de las formas de reglamentación excepcional que confiere la Carta al Gobierno, sin que medie intervención del legislador, similar al proceso que se experimenta con la autorización que confiere el Congreso de la República a las agencias de regulación para regular exclusivamente aspectos técnicos dentro de los límites de su competencia, sin que medie intervención del Alto Gobierno.

Volviendo a la prestación de servicios y el suministro de bienes, el sistema jurídico actual ha modificado la forma de intervención en los servicios pasando de un modelo proteccionista a un modelo de apertura económica, para lo cual fue necesaria la especialización en diversos sectores susceptibles de ser controlados por las agencias estatales.

Es abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que ahora apunta en el mismo sentido, al señalar que la regulación

administrativa es producida por distintos órganos del poder público en determinadas materias asignadas explícitamente en la Constitución Política, o por autorización del legislador con expresas limitaciones, la diferencia entre esta función reguladora con la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República, radica en que las comisiones pueden ser pro tempore o para los casos que se establezcan en materias específicas y las del Jefe de Estado son permanentes, ejercidas por derecho propio sin que requiera de autorización adicional a la establecida en la norma superior.

2.1.4. Las decisiones de las altas corporaciones judiciales.

La interpretación que realiza la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre las normas de derecho público, se ha convertido en una fuente importante de derecho en la vida social y en la protección y el respeto por los derechos de los usuarios. Por otro lado, contribuyen a esclarecer la delimitación de competencias administrativas que ejercen los órganos de la administración.

2.1.5. Derecho como fuente de la regulación

Es absolutamente cierto que, “el derecho debe configurar el sistema económico. En efecto para lograr la promoción de la riqueza de las naciones es necesaria la juridificación de las leyes económicas, estableciendo el marco institucional (de libertad o sujeción) en el que las relaciones económicas deben moverse. No hay eficiencia económica posible sin instituciones fuertes y estables [...] (tribunales, administración, fuerzas de orden público sistema de garantías y publicidad de los derechos entes reguladores, etc.)”¹⁷⁶.

No podría concebirse la actividad económica sin reglas, restricciones e instituciones que controlen el mercado y a través de ellas, se ofrecen

¹⁷⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Fundación de estudios de regulación, (Madrid), 2003, p. 59.

alternativas que suplan las necesidades de la sociedad que por sí mismas el comercio de bienes y servicios no proporciona magnánimamente, la disyuntiva radica en el exceso de reglamentación que obstaculiza su flujo normal, el cual puede conducir a que en lugar de obtener efectos positivos para la economía las expectativas sean contrarias a los propósitos dificultando su eficiencia.

Desde este marco ha de considerarse que, la política y la regulación deben estar acordes con la innovación y el avance de la ciencia en el mercado, principalmente, en el campo tecnológico, con la creación de los nuevos dispositivos permiten a los usuarios agilizar sus negocios y actuar más cómodamente, sin necesidad de desplazarse de un lugar a otro v.g., realizar transacciones bancarias, inscripciones y pagos de los servicios públicos a través de aparatos electrónicos que combinan diferentes funciones. El servicio de telefonía anteriormente se regulaba de manera más elemental, en la actualidad los servicios de telecomunicaciones son supervisados por la Superintendencia de Industria y Comercio (numeral 36 del artículo 1 del Decreto 4886/2011), el servicio de televisión y radiodifusión es regulado por la Agencia Nacional de Televisión y el acceso a las redes de servicios de telecomunicaciones y telefonía celular es regulado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Sabemos que en la actualidad, un solo artefacto reúne una serie de servicios de multimedia; internet, imágenes, datos, televisión, video, redes sociales, mediante el cual es posible realizar hasta transacciones financieras, configurando uno de los motivos por el cual se ha planteado por algunas organizaciones que la solución radica en centralizar su regulación en un ente que controle todos estos servicios que trae consigo la modernidad, instando a que la autoridad reguladora, sea una y realmente independiente de la incidencia del Gobierno Central en la gestión y las determinaciones que se adopten. No obstante, dados los múltiples servicios que envuelven las comunicaciones, se precisa de la repartición de competencias entre las autoridades destinadas, según las características del servicio y la especialidad.

Frente a este respecto, en materia de telecomunicaciones, Alemania siendo centro de producción jurídica, ha obtenido un panorama confuso en el control sobre: “la televisión y los medios de comunicación son competencia allí exclusiva de los *Lander*, [...] Es notable que en Alemania se haya renunciado a establecer una única autoridad de control del conjunto de las telecomunicaciones. En lo que concierne a la televisión cada uno de los *Landers* cuenta con autoridades independientes de regulación, [...]. Se ocupan estas del control de los contenidos e incluso del buen funcionamiento del mercado audiovisual. Pero, junto a ellas, no se han establecido instancias de control sobre el sector multimedia, sino que se ha configurado la regulación atribuyéndola tanto a instancias federales como de los *Lander* [...] o la protección de los datos personales están atribuidos a autoridades diferentes de las que se ocupan de la supervisión y del funcionamiento de los medios”¹⁷⁷.

No se trata de implantar una distribución demasiado fragmentada de la regulación de una actividad económica, si el objetivo de la regulación es corregir las fallas del mercado, suplir sus carencias promover la competencia y evitar los posibles abusos contra los usuarios, el remedio para conciliar y optimizar la armonía entre la práctica empresarial, la reglamentación podría darse con la institución de agencias que se adscriban a una persona jurídica que coordine la regulación de una actividad en razón al objeto principal, minimizando la concurrencia competencial en un mismo ámbito, aunque esta se justifique en casos excepcionales.

Es indiscutible que la regulación está indisolublemente ligada a la policía administrativa, sin esta, sería inconcebible su ejercicio, es considerada el fundamento de su existencia, la regulación se produce de acuerdo a lo observado en la función de vigilancia que desarrolla la Administración y con base en ese poder expide actos administrativos y reglas de comportamiento.

¹⁷⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* /..., cit., p. 1208.

La regulación impone múltiples reglas a los particulares, pero también debe ceñirse a sus procedimientos y límites fijados en distintas normas para no incurrir en excesos o extralimitación de funciones debe propender por la protección de los ciudadanos y el bienestar social, teniendo como resultado un abundante número de reglas que rigen la actividad particular, esto genera muchas de las veces confusiones inclusive a los mismos funcionarios de la Administración al aplicar determinada norma.

Al mantener tramites y procedimientos demasiado detallados pueden derivar en un control excesivo, en el derecho positivo entraña una repercusión que podría ocasionar retardo y descenso en la economía. Por un lado, surge la posibilidad de que las entidades encargadas de regular produzcan un despliegue fraccionado o reiterado de funciones; y por otra parte, el ejercicio del poder sancionatorio podría desencadenar en inseguridad jurídica. Por lo cual, es preciso que al elaborar reglamentos, estatutos y códigos, concurren expertos en cada disciplina, para que la regulación se adecue conforme se desenvuelve la actividad económica en un mercado determinado, entendiendo que las regulaciones se producen con posterioridad a las prácticas y corresponde a las instituciones gubernamentales ordenar y regular el mercado, frente a este respecto se ha señalado:

Tal multitud de normas, y muchos principios también a respetar, nos demuestran el interés y la importancia del Derecho para la Economía. Las instituciones políticas y jurídicas son condiciones previas del sistema económico, dependiente de ellas. Todas las operaciones empresariales de cierta envergadura requieren un detenido análisis del contexto jurídico para su adopción, y ni la ejecución de la política económica ni las concretas intervenciones administrativas pueden llevarse a cabo prescindiendo del marco constitucional y de la distribución de poderes y funciones entre las distintas autoridades políticas y administrativas...¹⁷⁸.

¹⁷⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Introducción al Derecho...*, cit., p. 21

Dependiendo de la eficiencia del mercado se adoptan las decisiones políticas y regulatorias, a su vez se analiza el comportamiento de la economía en espacios de tiempo a largo y mediano plazo con la intención de determinar si la política es acorde con el funcionamiento del mercado, para su examen, se acude a fórmulas, mediciones del mercado, porcentajes de participación, mercado accionario; es por esta razón que quienes están en el juego de la economía se interesan en conocer cuáles son las pautas, directrices, indicadores, parámetros y la información del mercado que interesa a comerciantes y usuarios.

Indefectiblemente debe existir la competencia en el modelo capitalista, pues de ella depende la reducción de los precios en los bienes y servicios, predominantemente, en los servicios públicos domiciliarios que son determinantes para obtener cierto nivel en la calidad de vida de las sociedades. Por ello, la competencia debe fundarse en la idoneidad, la sana y libre concurrencia de actores económicos y la cooperación que promueva la participación y la reciprocidad en beneficio común, parte de esto, se observa en el campo de “los operadores de telecomunicaciones cooperan entre sí. Sea obligatoria o voluntaria, esta cooperación es parte esencial de las nuevas telecomunicaciones plurales y diversas, es perfectamente compatible por la competencia de los distintos operadores por adquirir y mantener sus clientes. “El binomio “cooperación y competencia” está perfectamente integrado en la base cultural del sector. [...] No cabe duda de que en este segmento la competencia es feroz [como la de la telefonía móvil se observa una positiva cooperación entre los operadores y proveedores de equipos en el sector, lo cual contribuye] a crear mercado, y que el abaratamiento de las terminales y de los servicios beneficia a todos, [...] por eso también, la regulación que se les aplica puede ser ligera (*light regulation*)”¹⁷⁹.

¹⁷⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, citando a TERMES (dir.). Libro Blanco sobre el papel del Estado. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Fundación de estudios de regulación, (Madrid), 2003, p.764

Muchos Estados se han inclinado por adoptar ciertas características del modelo estadounidense ajustándolo a sus propios sistemas donde se erigen agencias o comisiones que regulan específicamente un sector con la intención cardinal de evitar las desenfrenadas arbitrariedades a las cuales son proclives los proveedores de servicios donde la competencia no funciona fluidamente; por otro lado, las condiciones que rigen inicialmente la actuación de los empresarios son modificadas o alteradas en su ejecución por las administraciones, lo cual genera desconfianza entre los agentes del mercado.

3. Las agencias de regulación

La Constitución Política en su artículo 365 establece que la regulación de los servicios públicos domiciliarios estará a cargo del Estado, la cual se desarrolla a través de la Ley 142 de 1994. El mismo texto en su artículo 370 asigna al Presidente de la República la función de expedir con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

Significa lo anterior, que el Estado dicta las pautas que ordena la Constitución a través del Congreso de la República y autoriza al Presidente de la República a que señale con sujeción a la ley, la política que decida adoptar esta es direccionada y materializada por el gobierno a través del reglamento, cuyo cumplimiento es supervisado a través de los órganos de la Administración, subordinándose a las directrices que se han fijado para su ejecución, por lo cual hace uso de los instrumentos que tiene a su disposición.

Este sistema ha sido objeto de polémica entre múltiples posturas de los órganos de cierre judiciales que varían sus pronunciamientos en ocasiones aceptando u oponiéndose a la función reglamentaria de las autoridades administrativas que ejercen la función reguladora. De acuerdo con las precisiones realizadas por la Corte Constitucional frente a la potestad reglamentaria se ha definido como: "la

producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real", en el paradigma del Estado social de derecho no es exclusiva del Presidente de la República, cosa distinta es que a éste, dado su carácter de suprema autoridad administrativa del Estado, le corresponda por regla general esa atribución. A este respecto la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en aceptar que la Constitución Política de 1991 consagró un "sistema difuso" de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario"¹⁸⁰.

En otra oportunidad la Corte Constitucional, ha establecido algunas distinciones de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República, para lo cual expresa:

La naturaleza y los límites de la potestad reglamentaria los ejerce el Presidente de la República por derecho propio y con carácter permanente. Es decir, no requiere, para su ejercicio, autorización de ninguna clase por parte del legislador. No obstante, si el legislador hace referencia a esta facultad, tal mención no hace inconstitucional la norma, pues se debe entender sólo como el reconocimiento de la competencia constitucional del Ejecutivo. Sin embargo, dicha facultad reglamentaria no es absoluta pues ella se ejerce en la medida en que exista la ley. Ley que se convierte en su límite. Es por ello que cuando el Ejecutivo reglamenta la ley no puede ir más allá de lo que ella prevé, ni de las pautas generales que señala. Es bajo este entendimiento, que la facultad reglamentaria del Ejecutivo puede ser en algunos casos constitucional o inconstitucional. Pues si el legislador, al expedir la ley, se limita a enunciar el asunto a tratar, pero delega en el Presidente todos los temas inherentes a la propia labor legislativa, resulta innegable que estaría trasladando el legislativo su propia facultad constitucional. Al contrario, si la ley establece los parámetros generales, la reglamentación que el Ejecutivo expida es simplemente el resultado de las atribuciones constitucionales propias para desarrollarla¹⁸¹.

¹⁸⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-350 de 29 de julio de 1997, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz

¹⁸¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C- 512 de 9 de octubre de 1997 Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía

Según los acápites transcritos, cuando el legislador confiere directamente una facultad a una autoridad administrativa distinta del Gobierno, se trata del reconocimiento de facultades que anteriormente ostentaba únicamente el Presidente de la República, propias del sistema centralista de gobierno. Ahora con la concepción descentralizadora del gobierno, la concreción de la ley se realiza por distintos canales, que de manera residual el presidente delega en entes administrativos, los cuales usualmente expiden reglamentos técnicos o internos; o bien, tal facultad puede provenir directamente del Congreso de la República a un órgano de regulación, sin que la Corte Constitucional se oponga a dicha autorización.

Reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional se refiere ampliamente a la potestad reglamentaria por la cual ha expresado: “toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo”¹⁸².

De cualquier forma, la regulación en nuestro medio se encuentra difuminada en los distintos órganos de la Administración algunos con poderes judiciales como el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio con facultades para decretar medidas cautelares e indemnizaciones; por otro lado, las agencias reguladoras cuentan con facultades para emitir resoluciones y solucionar conflictos, todas con poder para expedir actos de obligatorio cumplimiento o

¹⁸² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C- 805 del 1 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

actos sancionatorios y además, con participación en la actividad planificadora y de coordinación del Estado. Sin duda alguna, estos organismos cuentan con poderes cuasi judiciales y normativos para crear reglas al estilo norteamericano.

Frente a la función reglamentaria de las autoridades independientes, las altas corporaciones judiciales adoptan posturas contrarias, por su parte la Corte Constitucional expresa: “conforme al artículo 365 superior, “los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”, de donde se deduce que el legislador puede asignar funciones de carácter técnico en las entidades creadas por el mismo como una deslegalización parcial de aquellos”¹⁸³. En oposición al criterio del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que ha señalado que “el legislador no puede delegar el poder reglamentario en las comisiones de regulación, pues solamente y en casos extraordinarios, lo puede delegar en el Presidente de la República”¹⁸⁴. (Expediente 11.857 del 25 de septiembre de 1997 del Consejo de Estado)

La realidad nos muestra que las agencias independientes o comisiones de regulación expiden actos administrativos de carácter general o resoluciones mediante los cuales regulan el comportamiento de un sector o una situación concreta con autorización, bien sea, que provenga directamente del legislador, lo cual constituye el reglamento sin que se arroguen atribuciones de creación normativa. Existe una elevada prevención para aceptar que las comisiones de regulación reglamentan directamente la ley en lo relacionado a su especialidad. “La regulación es una función de intervención del Estado que se puede ejercer en forma legislativa o reglamentaria [...] a partir de la Constitución de 1991 esta

¹⁸³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-444 de 26 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

¹⁸⁴ LENIS MEJIA, Ana L., citando a la Universidad de los Andes, Diez años de la especialización en gestión pública e instituciones administrativas, “Las agencias independientes o comisiones de regulación”, *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, no. 2, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF, Bogotá, 2004, p. 146.

facultad se ha venido dispersando, ya que existen otras autoridades que ejecutan esta función de regulación reglamentaria...”¹⁸⁵.

Tal como lo ha interpretado la Corte Constitucional, el legislador puede delegar directamente en las autoridades administrativas la función de regular una materia, lo cual nos muestra que esta Corporación asume anticipadamente una postura acorde con la realidad, con una visión clara y sensata de las competencias normativas de los órganos de regulación, basta examinar el párrafo del artículo 69 de la Ley 142 de 1994, para constatar dicha situación. Este sistema de regulación proveniente de las agencias norteamericanas inspira al legislador para conferir facultades legales a las comisiones de regulación en el ámbito respectivo, tal como se afirma en la Sentencia C-726 del 14 de Octubre de 2009 de la Corte Constitucional, refiriéndose al caso de las facultades otorgadas a la Comisión Nacional de Televisión señaladas en el literal n) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, hoy Agencia Nacional de Televisión.

Entre las funciones que ejercen las comisiones se encuentran las facultades de policía administrativa semejantes a las de las superintendencias y se encargan de fijar las tarifas en el mercado de los servicios públicos principalmente, regular los monopolios, mantener el equilibrio y la fluidez del mercado fomentando la competencia e impidiendo las practicas indeseables en cada sector regulado, pero además de ellas, cuentan con competencias normativas, es decir, crean reglas de comportamiento en cada sector.

En nuestro medio el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, describe de manera general las facultades de las Comisiones de Regulación y las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos como agencia controladora del Estado que también acumula funciones de regulación de los servicios públicos que

¹⁸⁵ MORENO, Luis F., *Servicios públicos domiciliarios...*,cit., p. 41- 43

contempla la Ley 142 de 1994 en su artículo 79¹⁸⁶. Según este enunciado normativo se tiene que la Superintendencia de Servicios Públicos por ser la autoridad de policía más cercana a la vigilancia y el funcionamiento del mercado de los servicios públicos, se considera la entidad administrativa idónea para determinar las medidas a seguir en la preparación de los reglamentos y la emisión de los conceptos en materia de servicios públicos. Además de ello, comparte con las comisiones de regulación la función de sancionar el incumplimiento de las leyes y las funciones relacionadas con las controversias sobre la calidad del servicio, establece los sistemas uniformes de información y contabilidad sobre el monto de activos de sus vigiladas (79.3 de la L-142/1994).

Las agencias reguladoras hacen más que administrar, la regulación incorpora funciones en las que se detecta que: “suaviza o elimina muchos conflictos, disminuye los costes de transacción, genera seguridad y previsibilidad para la toma de decisiones empresariales, etc. [...] estas agencias incorporan poderes normativos (reglamentos, circulares) y “cuasi-judiciales” (poderes atributivos de derechos en caso de controversia), junto a los normales ejecutivos (autorizaciones, inspecciones), rozando en casos el principio de separación de poderes. Son “independientes” porque gozan de autonomía funcional. El grado de independencia es distinto en unas agencias y en otras, y en unos países y otros. Normalmente basado en la inamovilidad de sus miembros por un periodo de tiempo predeterminado y en la no revisión de sus decisiones por el poder

¹⁸⁶ “Colombia. Congreso de la República. Ley 142 de 1994, artículo 79. Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos. [...] 1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad. 2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los “comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios”; y sancionar sus violaciones. 3. Establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar quienes presten servicios públicos, según la naturaleza del servicio y el monto de sus activos, y con sujeción siempre a los principios de contabilidad generalmente aceptados. 4. Definir por vía general las tarifas de las contribuciones a las que se refiere el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, liquidar y cobrar a cada contribuyente lo que le corresponda. 5. Dar concepto a las Comisiones de Regulación y a los ministerios sobre las medidas que se estudien en relación con los servicios públicos ...”

ejecutivo, (aunque si por el poder judicial, aplicando un estricto control de legalidad).[...] (en Europa se usa más “comisión”), [...] Lo importante es [...] la independencia, neutralidad, prudencia, y adecuación técnica de sus decisiones con sus mejores armas, y son las que aportan las soluciones que un “sector regulado” precisa”¹⁸⁷.

Esta descripción de las actividades que desarrollan las agencias de regulación como lo son: suavizar los conflictos, resolver controversias entre empresas, tales funciones se identifican en nuestro ordenamiento jurídico según lo descrito en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, las resoluciones que fijen estos organismos están sujetas a control jurisdiccional, aun cuando guarden imparcialidad, tienden a establecer decisiones equilibradas para las partes en controversia. Adicionalmente, se encargan de proporcionar la información suficiente para mantener el balance del mercado y que los agentes económicos actúen en igualdad de condiciones, asegurando que estos divulguen información confiable a los destinatarios.

Constantemente se cuestiona sobre las funciones que ejercen las agencias de regulación al mencionar que rompen con la separación de los poderes del Estado, debido a que expiden reglamentos y dirimen diferencias, funciones similares a las de algunas superintendencias y a las propias de un juez, la diferencia con este, es que no declara el daño moral, por ello, se critica el alcance de sus funciones. La SIC realiza acciones preventivas o declarativas y de condena por actos de competencia desleal en los términos establecidos en la Ley 256 de 1996 y la Decisión 486 de 2000, resuelve las acciones jurisdiccionales contempladas en el Estatuto del Consumidor Ley 1480 de 2011 artículos 56 y 58; por su parte, la Superintendencia Financiera, igualmente ostenta funciones jurisdiccionales las cuales se encuentran contempladas en el artículo 57 de la misma ley.

¹⁸⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico...*, cit., 2003, p.769-770.

Como se indicó, la finalidad capital de la regulación es la preservación del equilibrio entre mercado y usuarios, la moderación de la actividad humana que puede derivar en la sanción, se constata que cada vez más, se interrelacionan distintos tipos de regulaciones como ocurre con la actividad industrial o la explotación carbonífera que impacta el ambiente, afecta directamente la salud pública e involucra las funciones que desarrollan distintas instancias por ejemplo, las CAR y las Alcaldías en lo relativo a la preservación del ambiente.

Se han creado diferentes instituciones jurídicas; veedurías, defensorías, acciones populares, la acción de tutela, etc., que ayudan a ejercitar el control por parte de las autoridades tanto administrativas como judiciales, con el fin de amparar los derechos económicos y patrimoniales de las personas, mecanismos que contribuyen a una regulación más efectiva, a partir de la divulgación de un hecho que ponga al descubierto una práctica irregular, por ejemplo, la captación ilegal de recursos del público, lo cual es posible refrenar a través de estos instrumentos jurídicos.

A través de diferentes mecanismos se optimiza la función de la regulación administrativa, al tramitar por distinto medio el restablecimiento de los intereses del consumidor, con estos instrumentos se refuerza la gestión de la regulación con miras a la protección de los derechos de los usuarios. En otros casos, la regulación que se expide en determinado ámbito puede proliferar obteniendo resultados adversos.

“Desde la teoría económica de la elección pública se defiende que los fallos o costes que genera la intervención del sector público en las decisiones de los agentes económicos pueden resultar superiores a los que provoca el mercado. Es cierto, se afirma que existen fallos de mercado pero los fallos del sector público, al tratar de remediarlos, generalmente son superiores. Por tanto, el sector público debe intervenir lo menos posible en regular la actividad económica [...] el mundo real de los servicios públicos está más cerca de

empresas multiproducto que de empresas que ofrezcan un único bien o servicio”¹⁸⁸.

Los servicios de empresas multiproducto o alianzas de compañías que ofrecen canales de crédito con empresas de servicios públicos, activan la vigilancia de distintos órganos administrativos de supervisión involucrando las funciones de distintas superintendencias, debemos expresar que la actividad de las comisiones de regulación está dirigida principalmente a controlar la actividad empresarial.

Por lo anterior, la intervención del Estado en la economía como regulador debe disminuir paulatinamente, y presentarse donde sea necesaria, pero a su vez, continuar haciendo presencia en todos los sectores como vigilante, incrementando el poder policivo, propio de la Administración, solo cuando las condiciones del mercado lo exijan, es decir, cuando no funcione correctamente.

La función de regulación se encuentra diluida en la administración. Para que esta sea realmente efectiva se deben expedir reglamentos a efectos de materializar la correcta aplicabilidad normativa producida por el legislador; no obstante, es preciso que se autorice por una regla de carácter superior, sea la ley directamente o mediante delegación del Presidente de la República; de lo contrario, se quebrantaría el ordenamiento constitucional, puesto que la función del gobierno si bien, está limitada por el propio ordenamiento jurídico, así mismo, faculta a sus agencias para regular en su propio ámbito en el cual, ha adquirido conocimiento suficiente sobre el funcionamiento del sector.

No pueden existir separadamente las funciones inherentes a la supervisión y a la reglamentación administrativa de carácter técnico y organizativo, pues una es el complemento de la otra, si se tiene que las funciones de la Administración son

¹⁸⁸ LASHERAS, Miguel Á., *La regulación económica de los servicios públicos*, Ariel S.A., Barcelona, 1999, p. 25 y 33

ejercitadas para prevenir que los vigilados incurran en comportamientos indebidos o inapropiados, los cuales deben ser restringidos mediante la imposición de sanciones en ejercicio de la función controladora.

La misma Corporación Constitucional sostiene “en efecto, la función de vigilancia y control, que es de carácter operativo, apunta a asegurar el respeto de la reglamentación expedida por los organismos competentes mediante la puesta en marcha de instrumentos represivos. Se presenta, por tanto, una unidad en la misión de prevención y sanción [...] la cual se cumple mediante el ejercicio de las facultades de reglamentación, instrucción, investigación, requerimiento y sanción. Existe, en consecuencia, un necesario complemento entre las facultades punitivas y preventivas, en el sentido de que las segundas son ejercidas cuando quiera que las primeras resulten ser insuficientes, y la autoridad administrativa deba sancionar a los infractores con miras a asegurar la protección eficiente del sector económico encomendado. De tal suerte que las facultades reglamentarias y sancionatorias de las entidades administrativas de inspección y control se encuentran íntimamente ligadas”¹⁸⁹.

Habíamos dicho que una de las formas en que el Estado expresa su poder es a través de la regulación, manifestándose, según las decisiones políticas que se adopten en un contexto determinado, atendiendo su capacidad de gasto, analizando si debe participar como competidor mediante sus empresas públicas o por el contrario, opta por enajenarlas cuando estas no arrojen rentabilidad, utilizándolas como medio para ejercer el poder controlador; fija estrategias de acuerdo a los recursos disponibles, las finanzas, la planeación y el direccionamiento, estos son factores determinantes en la regulación que se elija.

Es preciso que exista intervención pública para regular el comportamiento de las empresas que se encargan de suministrar los servicios públicos esenciales para

¹⁸⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-860 del 18 de Octubre de 2006, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto

la comunidad. Ello se justifica, en razón al abuso de la posición dominante por parte de quienes ostentan el musculo financiero y se encuentran en capacidad de realizar las inversiones que demandan las grandes infraestructuras.

Por el mismo motivo, se encuentran en capacidad de convenir con el gobierno las cláusulas para la ejecución del contrato de concesión del servicio público como energía, gas, telecomunicaciones, luego de cumplir con las condiciones mínimas exigidas para ser adjudicatario, se introducen condiciones concertadas que no son fijadas unilateralmente por la Administración, sino que también se considera la posición del concesionario y se conceden prerrogativas de las que pueden hacer uso y disponer de ellas, en desarrollo de la relación con los usuarios, para lo cual el contrato resulta en muchos de los casos el medio de control más idóneo y practico.

El interferir el comportamiento de la actividad económica desde su expresión más simple, la búsqueda permanente del equilibrio en una pluralidad de intereses, la protección de los usuarios, en concomitancia con la vigilancia de la leal competencia entre empresarios, y la actuación dentro de los márgenes establecidos en la regulación elaborada para llevar a cabo los fines constitucionales que procuran el orden económico y velan porque el sistema de mercado funcione de manera adecuada, se logran a través de los diversos instrumentos de que dispone la Administración a los cuales se ha hecho referencia.

3.1. Objeto de la regulación

La regulación tiene como objeto promover la competencia y controlar los monopolios que se originan en los mercados, persigue objetivos que no se relacionan únicamente con la economía, sino que además están relacionados con derechos individuales y colectivos como la propiedad, la protección a la competencia, el medio ambiente y la satisfacción del bien común.

Es importante destacar que la regulación “ya no está comprendida dentro de una óptica exclusivamente económica y de competencia, sino integrada a objetivos no económicos que llamaremos sociales, en un sentido amplio, para expresar que no están orientados a buscar una eficiencia económica. [...] Los objetivos sociales, en el sentido indicado, corresponden a regímenes jurídicos distintos, con los que el régimen de competencia debe transigir. [...] A la luz de las legislaciones nacionales y del derecho comunitario, se pueden distinguir cuatro categorías de objetivos de interés general: la protección de los consumidores, la realización y protección de los derechos fundamentales, el servicio público en un sentido amplio y los otros objetivos de interés general, junto con el desarrollo sostenible [...] la protección a los consumidores, que da origen a disposiciones cada vez más abundantes tanto en las leyes nacionales como en las directivas comunitarias, debe considerarse como un objetivo de carácter social”¹⁹⁰.

La regulación económica no solamente persigue objetivos económicos sino también sociales como la reducción de costos en los servicios prestados a la comunidad buscando mayor acceso a la población, lógicamente la regulación en su mayoría contiene un componente económico como se ha hecho mención, su efecto comparte esta naturaleza. Podemos señalar que anteriormente la intervención del Estado se realizaba a través de la prestación de los servicios por medio de sus empresas, a diferencia del Estado moderno enfoca su actuación incrementando la vigilancia, velando porque la producción y suministro de bienes y servicios que proporcionaba en épocas pasadas, se realice en condiciones de calidad y eficiencia, fijando límites, promoviendo la participación donde sea insuficiente, diseñando mecanismos para que fluya mediante exenciones, subsidios e incentivos o inversión conjunta.

El papel de la regulación se ha enmarcado en determinar los límites a la libertad económica, dentro de la cláusula constitucional del artículo 333 que se refiere a la libre iniciativa empresarial, para lo cual se ha expresado: “El objetivo de la

¹⁹⁰ MARCOU, Gerard, *Derecho de la regulación...*, cit., p. 40 y 44

intervención normativa es la definición de las restricciones a la libertad empresarial. Dicha potestad no debe dirigirse a corregir las fallas del mercado, ni a buscar un orden económico preciso, sino que debe reflejar la política y los intereses del Estado, los cuales se encuentran plasmados en la Constitución y desarrollados por la ley. Ahora bien, definidos esos límites de acción, el Estado establece las autoridades u organismos encargados de velar por el cumplimiento de las normas que limitan la actividad empresarial, las cuales actúan en ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control. Adicionalmente. Se otorgan también a las autoridades administrativas, facultades de regulación económica, cuyo objetivo es el de orientar la actividad económica hacia el equilibrio. La regulación económica es la nueva forma de intervención con la cual el Estado impone el orden y equilibrio en las actividades de mercado. [...] se concreta de manera puntual a través de la regulación administrativa, cuyo objeto es desarrollar el orden y equilibrio de la economía”¹⁹¹.

El fin primordial de la regulación es fomentar la competencia, fijando condiciones de mercado, calidades y precios razonables en el consumo de bienes y servicios en sectores específicos. Estos designios se realizan con el propósito de lograr el mejoramiento de la calidad de vida y la eficiencia, garantizando los derechos esenciales de los individuos para alcanzar el bienestar general, considerando valores de redistribución y solidaridad.

La competencia se fomenta suprimiendo exacciones, eliminando barreras y trámites para hacer más fácil el ingreso a un mercado determinado, se atraen inversionistas garantizando los beneficios que pueden obtener de su negocio esto es, sin modificar las condiciones que se tuvieron al ingresar en un mercado. El establecimiento de incentivos o estímulos promueven la competencia, es decir, al eliminar impuestos o establecer exenciones tributarias se expande el mercado, esto impulsa a la concurrencia de participantes en un sector, es el

¹⁹¹ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, - MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos P., *Intervención pública...*, cit., p. 79

caso de las cooperativas, organizaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, aunque sea una ficción legal que en muchos de los casos es aprovechada para obtener mayores beneficios y evadir impuestos alienta su participación.

La competencia en el mercado se produce con la eliminación de obstáculos técnicos esto contribuye a su fluidez, así como la divulgación de la información genera condiciones adecuadas de mercado para que exista participación suficiente. El manejo restringido de la información impulsa a los agentes del mercado a incurrir en prácticas anticompetitivas y conlleva a realizar acuerdos de precios, lo cual causa efectos negativos en la economía y a su vez, restringe la competencia.

El acceso al servicio público universal engloba todos los servicios a los cuales debe acceder el ciudadano para vivir en condiciones dignas, es decir, con los elementos básicos que una persona requiere para su existencia. Estos servicios están definidos legalmente como: energía, gas, acueducto, aseo, telefonía, los cuales se encuentran descritos en el artículo primero de la Ley 142/1994; adicional a estos, de acuerdo a las condiciones de cada país podrían incluirse servicios que no contempla la ley de servicios públicos domiciliarios como el internet, que igualmente es importante para la vida sin el cual se quedaría rezagado en el mundo de la información y las comunicaciones.

No es extraño que la innovación tecnológica y los servicios que demandan grandes infraestructuras tiendan a acumular capital por el solo hecho de no existir competencia, o al tratarse de una creación exclusiva como ocurre con los derechos de propiedad intelectual. Son estas algunas de las razones que exigen la presencia de la regulación, con el fin de evitar los monopolios a que conduce el mercado en razón a la continua demanda de bienes y servicios.

Ejemplo de la acumulación de capital que el mercado por sí mismo concentra, se evidencia con la actividad empresarial, esta se realiza exclusivamente con fines

lucrativos y de expansión, de lo contrario, no existe motivo para continuar un negocio. El crecimiento en la productividad conduce a su ensanchamiento hasta llegar a acaparar un considerable porcentaje del mercado, es un proceso natural de oferta y demanda en una economía de mercado, es allí, donde debe operar la regulación que propicie la participación o entrada de nuevos agentes y este sea repartido con ecuanimidad. Contrariamente a lo dicho, cuando existe afluencia excesiva de la competencia se debe desestimular la participación en el sector, una de las formas de hacerlo es elevando los costos de entrada al mercado como el pago que debe realizarse para la obtención de permisos, licencias o exigencias para su funcionamiento.

En las diversas definiciones que justifican la existencia de la regulación, yacen en la teoría económica “los fallos que tienen los dos teoremas básicos de la economía del bienestar [...] en particular, a las características de los monopolios de servicio público que constituyen monopolios naturales, y que son el objeto principal de la actividad de regulación. [...] [Se] define [como] una función objetivo que resulta útil para establecer los criterios que permiten valorar los distintos modelos o mecanismos de regulación...”¹⁹².

Al no existir fluidez en el mercado por tratarse de proveedores exclusivos conformados así por diversas razones, es donde la regulación debe procurar impedir los abusos de la posición dominante que ostenta un agente económico y refrenar todo intento por absorber un mercado determinado, estableciendo porcentajes de participación en el mismo, o de ser el caso, ordenar la desintegración empresarial que evite la concentración de un servicio en un solo empresario.

¹⁹² LASHERAS, Miguel Á., *La regulación económica...*, cit., p. 15.

3.2. Que se regula

Desde una perspectiva funcional la actuación de la Administración está dirigida a determinar la manera de comportarse, esta concepción se identifica con la postura que sostiene que la regulación se sintetiza en cualquier acto que insinúe control sobre un tercero o sobre una colectividad.

La regulación económica procura mantener la competencia y generar la afluencia de mercados, propiciando condiciones de igualdad, por lo cual no puede dejar de lado el componente social “la regulación social justificada por las asimetrías de la información y por la existencia de externalidades, de la regulación económica que se impone cuando el mercado no es suficientemente concurrencial. [...] el modelo “contractual” que analiza la regulación como una relación bilateral entre el regulador y la firma dominante regulada [...] y el modelo de los “grupos de interés” (Stakeholder theory), en el que el gobierno establece un marco explícito para los reguladores que apunta a equilibrar el interés nacional y los diferentes intereses en causa, lo que remite a procedimientos para producir ese equilibrio y en donde la reglamentación de los procedimientos reemplaza la reglamentación material”¹⁹³.

Esta definición se encuentra ajustada, al señalar que la moderación de un comportamiento, implica regular una conducta, no de manera general como se suele entender la reglamentación. Podemos expresar que la regulación busca mantener el balance de todas las partes que intervienen en un eslabón, resulta difícil concebir la regulación económica aislada del componente social, existe correlación en estos dos términos, al fomentar la competencia en el mercado se busca la disminución de precios que favorece al consumidor y preserva el interés económico de la colectividad.

¹⁹³ MARCOU, Gerard, citando a STEPHANE RODRIGUES y ANTHONY OGUS, *Derecho de la regulación...*, cit., p. 32. El tratado de Ámsterdam definía la regulación como “la función atribuida a los poderes públicos para velar por el buen funcionamiento de los servicios públicos. Si la regulación es un concepto en formación estas formas pueden constituir su base, sin encontrarse unidad de criterios en la literatura científica”.

Si bien, la función de regulación guarda estrecha relación con la competencia en el mercado de los servicios públicos, cuyo objetivo es impedir abusos y evitar monopolios debe adecuar la variedad de aristas que se desprenden de los fines de contenido social en el Estado de derecho, primordialmente, la protección de los consumidores, donde están en juego diversos intereses en causa considerando el trazo político desarrollado por las autoridades administrativas que intervienen en los diferentes ámbitos conciliando los intereses empresariales, los del gobierno y los de los usuarios.

... la regulación económica es, por definición, un sustitutivo del mercado. Por lo mismo, las características que debe reunir están orientadas a obtener los efectos beneficiosos y estimulantes que aquel produce: debe definir pautas de comportamiento, transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de los agentes y el cumplimiento de los objetivos políticos que se busquen, exigir estándares de calidad y, seguridad, y en la medida que sea necesario, fijar los precios; en todo lo demás, abrir vías y cauces a la libertad empresarial y crear incentivos – como hace el mercado- para una más eficiente gestión de las empresas. [...] en un sistema descentralizado y abierto¹⁹⁴.

Aquí se señala que la regulación es un sustituto del mercado por definición en contradicción a lo expresado en otras ocasiones al señalar que “la regulación promueve el mercado, lo reconstruye donde es posible, lo defiende, pero no lo sustituye”¹⁹⁵. Según esta definición, la regulación sustituye el mercado cuando este no es de hecho posible, pero no debería presentarse tal sustitución como ocurre en ocasiones donde el regulador participa como tal, y a su vez como competidor, solo cuando el mercado sea precario y no cubre una necesidad específica, debe permanecer vigilante y suplirlo para obtener el normal funcionamiento, procurando la garantía y el cumplimiento, materializando a su vez la consecución de los objetivos constitucionales.

¹⁹⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico...*, cit., 2004, p. 603-604.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, citando a MARTHA O. HESSE., p. 606

Otro componente no menos importante de la regulación, es el relacionado con la defensa de los derechos del consumidor, establecido en el artículo 78 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 1480 de 2011, en todos los aspectos que abarcan los bienes y servicios, este ha sido uno de los principales motivos que dio origen a la regulación. El estatuto del consumidor se encuentra encaminado a proteger los intereses económicos de los usuarios, la salud, la seguridad y el derecho a la información. Esta regulación se concreta con la Circular Única No. 10 de la Superintendencia de Industria y Comercio, que enfatiza lo referente a todas las formas de incumplir con la divulgación de la información veraz y confiable que emiten los productores de bienes y servicios que puedan conducir a engaño al consumidor.

En el sector financiero, la regulación del mercado de valores se establece en la Ley 964 de 2005, como ley marco establece los principios en que se debe desarrollar el mercado en cuanto se refiere a todas las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores. Esta ley es desarrollada mediante distintos reglamentos y actos administrativos, ejemplo de la regulación en la materia se encuentra la Circular Básica Jurídica (C.E. 007/96) que expide la Superintendencia Financiera, la cual regula las operaciones de crédito, los temas relacionados con la emisión de acciones, actividad bursátil y aseguradora.

En cuanto al servicio público, como elemento principal sobre el cual recae la regulación, se ha variado la concepción respecto a la naturaleza de la prestación, si se trata de una función pública o corresponde a una actividad privada. En las teorías tradicionales se ha catalogado como una función del Estado, concepto proveniente de la teoría clásica del servicio público. Optando por una concepción más reciente, se ha dicho que es una actividad privada, prestada por particulares, lo cual se asemeja al derecho común inglés.

Como es sabido, la regulación adquiere impulso con la privatización de los servicios públicos, al haber sido la entidad estatal la directa y deficiente prestadora del servicio, se evidenció su incapacidad económica, administrativa y la dilapidación constante de recursos lo cual, trae como corolario la inoperancia del Estado como prestador, son factores que sumados derivan en la cesión de los servicios públicos, acontecimiento que origina el incremento del poder supervisor, interviniendo únicamente cuando sea necesario dejando atrás su papel de gestor para convertirse en regulador.

“La doctrina del servicio público es originariamente una construcción francesa. [...] la concepción clásica francesa del servicio público es extensiva, amplia: toda actividad de la Administración tendiente a satisfacer de una forma positiva un interés o necesidad pública, cualquiera que sea (defensa, ferrocarriles, sanidad, etc.). Tanto la actividad jurídica como social eran equiparadas al servicio público en su puro sentido objetivo o estructural: es servicio público todo lo que gestiona la Administración. El régimen de los servicios públicos se identifica así con el derecho administrativo”¹⁹⁶.

Se ha considerado que el Estado es el titular de “los servicios públicos domiciliarios entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados”¹⁹⁷ se entendería que el Estado al ser el titular nunca se despoja de lo que le pertenece, “por ello lo que la Administración cedía en la concesión no era la titularidad de la actividad, sino el “privilegio” de su ejercicio”¹⁹⁸. En la actualidad es de reevaluar esta tesis, al plantear que el Estado garantiza el acceso a los servicios públicos domiciliarios que deben prestarse en condiciones de eficiencia como finalidad esencial del Estado social de derecho, pero no es el propietario

¹⁹⁶ MORENO, Luis F., citando a ARINO, G., *Servicios públicos domiciliarios...*, cit., p.59

¹⁹⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 11 de febrero de 1997, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz

¹⁹⁸ ARINO, ORTIZ, Gaspar, “La regulación en América Latina”, En: Karim Flores Quintana, et al. *Revista de Regulación Económica, Empresas y finanzas*, Asier, Universidad ESAN, Monterrico, Surco, 2009, p.1

de las estructuras o de todas las redes requeridas para hacer posible su producción, generación, distribución y comercialización.

En la actualidad es indiscutible que se trata de una actividad de interés público que se asemeja más a la concepción del “*common law*, en la cual la titularidad de la actividad de los servicios públicos domiciliarios no es estatal, sino privada; los servicios públicos domiciliarios son actividades privadas industriales o comerciales, solo que están sometidas a una regulación estricta por parte de la Administración”¹⁹⁹. Concepción bastante ajustada a la realidad, al percatarnos de que desde la entrada al mercado de particulares, la tendencia que se acentúa, es cada vez mayor de que el sector privado sea el encargado de su prestación, dada la incapacidad del Estado para producir o gestionar directamente la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

3.2.1. La regulación en la calidad del servicio

La calidad del servicio está relacionada con la continuidad, los porcentajes y los resultados de las mediciones en que tarda una empresa en proveer los suministros calculados en cantidades, frecuencias y tiempos, es decir, aquí se incluyen las previsiones en caso de fallas, mínimos y máximos de tiempos en ser atendidas las quejas o reclamaciones de los usuarios, y en el tema de las comunicaciones se relaciona con la inmediatez y la velocidad con que es prestado el servicio.

La calidad del servicio se establece previo al cumplimiento de unas condiciones específicas que hacen a un operador, acreedor a un registro. Dependiendo del bien o servicio, la calidad también se determina a partir de estadísticas, datos y recolección de muestras, comparaciones, mediciones y la publicación de informes obtenidos de consultas y sondeos recogidos en la ejecución de la

¹⁹⁹ MORENO, Luis F., citando a ARINO, G., *Servicios públicos domiciliarios...*, cit., p. 63

prestación de un servicio, analizado por intervalos de tiempo de estudios realizados entre quienes proporcionan el servicio.

3.2.2. La regulación en la eficiencia

Las condiciones dignas en la vida de los usuarios se obtienen no solamente del suministro permanente del servicio, sino del aprovechamiento razonable de los recursos naturales regulando su uso eficiente, empleando métodos y medios técnicos que beneficien a la comunidad, promoviendo practicas amables con el ambiente, estableciendo mecanismos que permitan el ahorro, la optimización y corrigiendo los efectos nocivos que causan las externalidades.

La regulación no solo debe recaer sobre las empresas que prestan el servicio, sino que también debe establecer sustitutos o métodos adecuados, con el fin de dar cobertura y distribución equitativa para un mejor aprovechamiento de los recursos preservando el desarrollo sostenible del ambiente.

El objeto de la regulación esta considerablemente ligado a la competencia entre quienes concurren en el mercado de los bienes y los servicios públicos, no es la única razón para su presencia, su propósito principal encuentra fundamento en la conveniencia del interés colectivo y el respeto por los derechos de los usuarios, la regularidad, la cobertura y la calidad son aspectos que se deben garantizar en la prestación de un servicio público, previniendo y sancionando los abusos de la posición dominante por parte de los agentes económicos, los cuales, en ocasiones exceden los privilegios o concesiones que otorga la ley o el reglamento.

En tanto que la regulación sirve de instrumento de solución de discordias o antítesis, debe proveer el método más adecuado para que funcione el mercado, deja ver que sus objetivos no responden puramente a fines económicos, siendo estos distintos a sus efectos, que casi siempre son económicos, busca la

satisfacción del interés público en todas sus aristas. Esta posición adquiere sentido desde el punto de vista en que la *regulación* debe ser una función permanente que puede variar su intensidad dependiendo del funcionamiento del mercado.

La regulación económica está presente en toda la actividad que incluya la comercialización de bienes o servicios, en cualquier sector y deriva por lo general en efectos económicos. Contrario sucede, al tratarse de la regulación que conlleva medidas sancionatorias de baja aplicación, como la regulación prevista para evitar la discriminación racial, sexual, religiosa o por la condición física, que si bien se tipifica penalmente y está contemplada en los textos superiores y tratados internacionales, en la realidad no se observan condenas o sanciones por estas conductas; únicamente, se aplican exenciones tributarias o subvenciones a quienes protejan y promuevan programas de inclusión que no van más allá.

En suma de lo dicho, a través de esta forma de intervención que se ha venido intensificando a partir de las últimas décadas, se ha pasado de un sistema proteccionista a un mercado de libre competencia, o economía de mercado abierto el cual permite el ingreso de nuevos participantes, con mayor auge desde la apertura económica del expresidente Cesar Gaviria en 1990. Como consecuencia de la globalización, se ha diversificado la economía obligando a los comerciantes a ser más competitivos a producir bienes de mejor calidad frente a los nuevos actores económicos, motivaciones que inspiran a configurar un nuevo modelo de regulación.

El principal propósito de la regulación no se centra exclusivamente en ejercer un fuerte control sobre los empresarios sujetos a su vigilancia, se orienta más bien a brindar protección a los consumidores en lo relacionado con los abusos que se puedan cometer sobre ellos. Por consiguiente, su papel gira esencialmente en asegurar la eficiencia a través de las funciones básicas de policía administrativa

como la preservación de la salud pública, higiene y la seguridad garantizando las condiciones de calidad de los bienes que se distribuyen en el mercado manteniendo los estándares de exigencia para su consumo.

Uno de los principales objetivos de la regulación económica ha sido corregir las fallas del mercado en la prestación del servicio público, frenar los acuerdos fraudulentos o colusorios, así como las prácticas anticompetitivas entre las empresas, controlar los monopolios pero más que controlarlos, evitar los abusos de la posición dominante con el fin de permitir que los interesados en un mercado específico tengan oportunidad de competir en igualdad de condiciones y asegurar la eficiencia económica utilizando medidas correctivas y procurando que la información transmitida a los usuarios sea veraz y no induzca a confusión o error entre otras.

La regulación persigue un inalterable balance del mercado, es decir, resguarda los intereses de los empresarios y a su vez, protege los derechos de los consumidores de los abusos que se originan usualmente por quienes ocupan una posición dominante en el mercado en la provisión de bienes y la prestación de los servicios, manteniendo la graduación de precios, velando por la eficiencia y la calidad en el suministro, de igual manera, crea incentivos y exenciones en sectores donde no funciona fluidamente el comercio de bienes y servicios.

No siempre los monopolios reflejan efectos negativos para los consumidores, no tanto así para la competencia, cuando existen proveedores que están en capacidad de producir a gran escala un producto o servicio al poseer una gran infraestructura y obtener materia prima a bajo costo los ubica en una posición privilegiada a lo que también suele llamarse monopolios naturales; lo cual produce una falla del mercado; aun así, el consumidor puede adquirir bienes a precios asequibles, el riesgo que se advierte es que el productor que goza de posición dominante en el mercado tome ventaja y desplace la competencia hasta el punto de llevarla a su desaparición a causa de la oferta por debajo de

los costos de producción a lo que se ha denominado utilización de precios predatorios con el fin de eliminar la competencia, es allí donde la intervención debe manifestarse.

En el caso contrario, puede presentarse un aumento de costos en la producción de un bien, debido a las externalidades sobrevinientes en desarrollo de una actividad industrial por ruido o contaminación, las cuales, pueden perjudicar a los terceros que se ubican en zonas aledañas. Para mitigar las incomodidades que eventualmente se puedan causar en la población, el fabricante debe incurrir en gastos que debe asumir al ajustar su actividad a los requerimientos técnicos exigidos por una autoridad competente, lo cual implica inversión en equipos o acondicionamientos en las instalaciones que reduzcan el impacto ambiental y como consecuencia trae el aumento de los precios cobrados a los consumidores.

Es imprescindible que la regulación se exteriorice con las prácticas que atentan contra el equilibrio económico, prácticas que deterioren el ambiente o que violen las reglas de protección al consumidor y la competencia, en general conductas irresponsables que no estén acordes con la dinámica social.

Es allí donde se hace necesaria la regulación para controlar por un lado, las incidencias ambientales de una actividad, y por otro lado, el control de los precios cobrados al público. Para ello, se establecen estándares o rangos de precios o se fomenta la participación de la competencia mediante exenciones, incentivos o estímulos que recreen el mercado.

En una breve conclusión, la regulación debe velar por la fluidez del mercado, proporcionar los medios para que no exista asimetría en la información y se generen condiciones de igualdad en todos sus matices, siendo indispensable establecer un marco tarifario, patrones de calidad, velar por el suministro de información veraz a los consumidores y usuarios de bienes y servicios, la cual se

debe proporcionar de manera adecuada. Es preciso adoptar medidas preventivas y correctivas donde sea necesario. Y, en la más común de las perspectivas del mercado cuando la concurrencia de actores no sea de hecho posible, se supla su abastecimiento manteniendo los principales propósitos el bienestar de la comunidad, promoviendo la competencia y evitando la concentración de capital.

La misión de la regulación no siempre se concreta en corregir las fallas del mercado, sino también interviene en ámbitos que se relacionan con la protección al consumidor refrena la manera más común de inducir a error o confusión mediante la publicidad engañosa, vigila el cumplimiento de las normas que propenden por la no discriminación sexual o segregación racial, la promoción de la competencia, la conservación ecológica del entorno, toda esta regulación se origina en distintas causas que no siempre encierran razones económicas.

3.3. Quien regula

Pese a que se instituyan personas de derecho público con relativa autonomía y funciones destinadas a regular un sector determinado permanece incesante el problema de delimitación competencial, parece no tener punto final, situación que no es ajena a los modernos esquemas de gobierno de tendencia descentralizada funcional, donde se instituyen órganos especializados de control, autoridades independientes, superintendencias, comisiones y corporaciones autónomas, la doctrina refiriéndose a las agencias independientes ha señalado lo siguiente:

Es muy característico de la regulación actual la atribución de la responsabilidad de ejercerla fundamentalmente a un órgano independiente, suficientemente desvinculado de los operadores y también del legislativo y de la Administración. Estos órganos, conocidos como agencias, autoridades independientes o comisiones reguladoras, suelen establecerse en relación con sectores en los que concurren actividades de utilidad pública o que pueden afectar a derechos ciudadanos básicos

o generar importantes costes sociales. [...] se ha potenciado en toda Europa la tendencia a atribuir, en bloque, la responsabilidad de su regulación a organismos únicos, independientes y establecidos *ad hoc* [...] las atribuciones en que se desglosa la función de regulación son tan variadas que no corresponden exactamente con ninguna de las funciones públicas tradicionales de legislar, administrar o juzgar, sino que las implica a todas, [...] [pareciéndose] a la actividad de composición y creativa que desarrollan los jueces del sistema de *common law*²⁰⁰.

Es conveniente expresar que, así como la actividad económica varía constantemente en la clase y la forma en que se presta un servicio; la actividad de regulación también varía su poder controlador, en virtud del ejercicio permanente y prolongado de supervisión que realiza la Administración, es por ello que debe existir claridad y precisión por parte de la entidad encargada de vigilar una conducta para abordar su control, en ocasiones es fácil determinar su competencia, según la actividad sobre la cual se pretende asumir la supervisión; en otras circunstancias, resulta más complejo, como el caso del conflicto interadministrativo resuelto por el Consejo de Estado, en donde los administradores del servicio de tarjetas de crédito Redeban y Credibanco, presuntamente realizaban acuerdos para cobrar las tarifas de intercambio interbancario, que al tratarse de una actividad financiera, aparentemente debía ser controlada por la Superintendencia Financiera, pero por ser a la vez, un asunto de prácticas comerciales indeseables en el sector financiero, se asignó la competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio como se presenta en el conflicto de competencias que involucra estas dos entidades administrativas.

En cuanto al tema de las practicas indeseables de los agentes del mercado, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, advierte sobre el comportamiento y el acceso a la información en el mercado, alude a que una falla del mercado puede devenir constitucionalmente relevante, originada en problemas de información, oferta limitada y abuso de posición dominante, bienes

²⁰⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* /..., cit., p. 1194 y 1195.

y servicios que el mercado no proporciona de manera eficiente. Por ello, se dice que quien posee la información tiene el poder para actuar anticipadamente con ventaja sobre sus rivales.

Para que la regulación funcione de manera eficiente, debe estar separada de cualquier influencia externa que pretenda únicamente beneficios a un reducido grupo del mercado sectorizado; proposición que resulta contraria a lo sucedido en épocas anteriores, donde altos funcionarios públicos ocupaban cargos en empresas privadas que prestaban servicios y a su vez pertenecían a los órganos que regulaban el sector. Recientemente el Estado adquirió el 30% de la compañía española Telefónica denominada Movistar, lo cual ha sido objeto de críticas, estos actos van en contravía de la eficiencia e igualdad de la competencia en el mercado de las comunicaciones.

En lo concerniente, se ha expresado que, “para que la regulación pueda ser operativa y eficiente se debe separar al regulador de cualquier tipo de actividad operativa. De hecho en la Organización Mundial del Comercio se prohíbe que aquellas personas que tengan intereses directos en empresas participen en las organizaciones de regulación”²⁰¹.

Lo cual genera un desequilibrio entre quienes participan en un mercado específico, puesto que si un funcionario pertenece a un organismo de regulación, adquiere ventaja sobre los demás agentes económicos al conocer la información útil para tomar decisiones que representan ventajas económicas en la empresa; por otra parte, el hecho de conocer, o de participar en la proyección de la regulación que regirá próximamente lo ubica en una posición preferencial, infringiendo el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a la información. Por tanto, para que exista igualdad entre los actores de la economía, es preciso separar a la competencia del regulador.

²⁰¹ OSPINA BERNAL, Camilo, “La reconceptualización del Estado”, En: Constanza Blanco Barón. *Memorias seminario supervisión y control en Colombia. ¿Colapso del Modelo?* Digiprint editores Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 21.

Condición que no se cumple en nuestro país, si se observa lo sucedido para el año 2005, en la cual “la ministra de comunicaciones que a la vez [era] presidente de Telecom y miembro de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, o en el de la duplicidad que se da en el caso del ministro de minas y de las empresas de energía”²⁰². No resulta conveniente que en el mercado, el regulador participe y a la vez expida reglas de comportamiento, otra de las deficiencias que se advierten en un sistema de mercado regulado “deriva de la dispersión de normas y atomización de las competencias [...] no existe claridad sobre la entidad que debe aplicar la norma o [...] sobre la norma que debe ser aplicable...”²⁰³.

La situación en cita, no se compadecía con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en el año 2000, al expresar que la regulación de los servicios públicos domiciliarios debía preservar la sana y transparente competencia; “siguiendo la definición legal, es tan solo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores del mercado y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquellos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias [...]. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del gobierno, a través de los respectivos ministros”²⁰⁴.

Así mismo, se ha señalado que: “la regulación que hagan las comisiones respectivas sobre políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales

²⁰² *Ibíd.*

²⁰³ MURCIA PÁEZ, Mónica, “Aspectos de supervisión en el ámbito de la competencia”, *En: Constanza Blanco Barón, Memorias seminario supervisión y control en Colombia. ¿Colapso del Modelo?*, Digiprint editores Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005. p. 210.

²⁰⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia”²⁰⁵.

Podemos advertir que, en esta acepción la regulación opera como un sistema de policía que impone límites a la acción de los agentes del mercado que operan en presencia de las fallas del mismo.

Debemos advertir que ambas proposiciones exhiben cierto contenido de contradicción al indicar por una parte que la función de regulación de las comisiones no implica la asunción de competencias legislativas o reglamentarias, y por otro lado, señala que esta facultad “implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular” de lo que se infiere que tales agencias tienen competencias normativas o reglamentarias. Aunque no es la misma potestad reglamentaria constitucional del Presidente de la República que es permanente, sino que aquellas la ejercen en virtud de delegación reglamentaria o por autorización legal.

En este punto se revela que la regulación económica proviene principalmente de las comisiones de regulación y de algunas entidades autónomas como ocurre en el sector financiero con el Banco de la República, fija porcentajes mínimos y máximos en las tasas de interés. Por otro lado, la regulación fija parámetros de actuación en el ámbito que corresponda. La Corte Constitucional Colombiana ha dicho que: “La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía

En sentencia C-272 de 1998 la Corte declaró exequible el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, manifestando que la definición de Políticas en el tema de servicios públicos corresponde a una función del presidente como suprema autoridad administrativa y no como jefe de gobierno, que por lo tanto este tipo de funciones se pueden delegar en un ente de menor jerarquía. Para el consejero de Estado el doctor Hoyos resulta contradictorio que la Corte Constitucional autorice la delegación de la definición de Políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y que por otro lado afirme que las comisiones no pueden reglamentar la ley, cuando a juicio de la corte las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos Constitucionales, ni olvidar su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales.

²⁰⁵ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso - MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos P., citando la *Sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional, Intervención pública...*, cit., p. 97.

para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquella tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico - operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios”²⁰⁶. Esto incluiría la preservación del orden económico a través de controles monetarios como se enuncia con el sector financiero.

Concepción que sugiere que la regulación se traduce en el ejercicio propio de las autoridades independientes o administrativas, el cual se realiza, a través de la potestad reglamentaria o, con autorización legal directa, función que puede ser delegada en las comisiones de regulación. Podemos expresar que en un sistema desconcentrado de gobierno como el nuestro en el que operan agencias de regulación no es posible predicar una independencia tal, que desarticule ampliamente la función de la Administración, pese a la dispersión de funciones.

Las agencias de regulación incorporadas del sistema norteamericano están instituidas en nuestro medio para desarrollar e implementar el orden económico establecido en la Constitución y la ley, en desarrollo de la función de policía administrativa necesaria para la aplicación de la regulación empleada como medio de intervención en la economía. A este respecto se ha precisado: “el poder normativo que se entrega desde la ley a las comisiones independientes, no es casi nunca desarrollo de sus preceptos. La ley opera una habilitación a favor de aquellas entidades para que dicten normas en los sectores económicos que están sometidos a su supervisión. Basta con esta habilitación para que el poder reglamentario derivado sea legítimo. Dicho poder reglamentario no tiene porque consistir únicamente en operaciones de complementación de la ley”²⁰⁷.

²⁰⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia 1162 de 6 de septiembre de 2000, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández

²⁰⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* /..., cit., p. 1227

Con lo cual se concluye que la función reglamentaria de las comisiones de regulación es una función propia y legítima que es autorizada por el legislador sin que requiera de autorizaciones adicionales a la conferida por él para que en el momento que estime conveniente regule el sector encargado, según lo exija la conveniencia.

En nuestro sistema normativo se establece la facultad directa de concreción de la ley en distintos organismos constitucionales, sería desacertado decir que la potestad para reglamentar la ley recae única y exclusivamente en el Presidente de la República, entre otras razones por la complejidad, la dimensión del Estado y la especificidad en cada materia. En relación con la expedición de la reglamentación por las autoridades autónomas se ha explicado:

El constituyente de 1991 introdujo respecto de ciertas materias y para determinados órganos un sistema de reglamentación especial. Se trata de ámbitos de regulación, que por expreso mandato de la Constitución se asignan a otros órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura órgano al cual, de acuerdo con el artículo 257 de la Constitución con sujeción a la ley "Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de Justicia,..."²⁰⁸.

Del acápite transcrito, deducimos que la competencia para regular - reglamentar, no es una función exclusiva del Presidente de la República, es una función que la misma Constitución confiere a ciertos órganos administrativos en casos especiales de manera expresa. En el mismo sentido, el Consejo de Estado Colombiano, menciona en una posición reciente que esto no sucede únicamente en nuestro medio "en todos los Estados modernos existen autoridades que no son órganos legislativos, que dictan, dentro de ciertos límites, también normas de carácter general, bien con fuerza de ley por precisas habilitaciones pro tempore, excepcionales y extraordinarias leyes en sentido material, ora bajo la denominación de reglamentos, que desenvuelven y aplican el sentido de las

²⁰⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-805 del primero de agosto de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

leyes expedidas”²⁰⁹. Esta posición se aleja de la concepción tradicional abrigaba por este órgano de cierre durante largo tiempo al expresar que el único titular de la potestad reglamentaria era exclusivamente el Presidente de la República.

Por último, es pertinente referirnos aquí, a la regulación organizativa - funcional que expiden los ministerios y las superintendencias en conjunto, resulta un mecanismo práctico y ágil para ordenar las competencias entre los organismos de la Administración y el Gobierno, para lo cual, podemos citar la Circular Conjunta 025 del 17 de mayo 2013, emanada del Ministerio de Trabajo y la Superintendencia de la Economía Solidaria, con fundamento en el control concurrente que prevé el artículo 33 del Decreto 4588 de 2006²¹⁰, regulación establecida con el propósito de distribuir las funciones entre las dos entidades administrativas, debido a la cercanía en el ejercicio de las competencias en aspectos referentes a la prohibición que contempla el reglamento relativa a la intermediación laboral realizada por parte de las cooperativas que están bajo la vigilancia de la Superintendencia.

3.4. Cuando se regula

En la hipótesis de que el mercado funcione de manera perfecta no se requiere de regulación alguna; pero esta proposición es una utopía al pretender vincular la competencia a un modelo exacto, pretensión que resulta voluble “si se tiene en cuenta el fenómeno de la constante concentración y fortalecimiento del poder

²⁰⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Fallo 31447 del 3 de diciembre de 2007, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio

²¹⁰ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 46.494 de diciembre 27 de 2006. Decreto 4588 de 2006, artículo 33. CONTROL CONCURRENTE. Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que ejerce la Superintendencia de la Economía Solidaria y las demás Superintendencias de acuerdo con la actividad ejercida por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado, el Ministerio de la Protección Social, [...] está igualmente facultado para efectuar la inspección y vigilancia sobre la regulación y condiciones de trabajo desarrollado por los asociados”. “La tesis de las facultades concurrentes para resolver las dificultades interpretativas, tiende a evitar la inconstitucionalidad de los actos de creación de las entidades autárquicas, según se aplique [...] se parte de la existencia de un “acuerdo” entre el Legislativo y el Ejecutivo que, en tanto se mantenga por parte de ambos, legitima el acto de creación de la entidad”. CASSAGNE, Juan Carlos, citando a estrada Juan R., Derecho Administrativo..., cit., t.I, p. 318.

en los mercados”²¹¹ entendiendo que la competencia es un proceso dinámico que presenta constantes variaciones de entrada y salida al mercado.

Se precisa de la regulación al no existir competencia suficiente que proporcione condiciones ideales para que el mercado de un bien o servicio fluya adecuadamente, quedando en la posibilidad de afectar los derechos de los usuarios y consiguientemente, disminuir la condición de vida, como ocurre cuando la prestación de un servicio público esencial es interrumpido o suministrado con bajos estándares de calidad.

Situaciones que se relacionan directamente con la eficiencia y menoscaban los derechos de los usuarios como la calidad de vida, la salud, el bienestar, etc. Es aquí donde las instituciones de vigilancia y control deben destacar la función para lo cual fueron creadas.

Se observa que en nuestro medio existen funciones generales de control sobre la concentración de la propiedad asignadas en las comisiones y las superintendencias. Las autoridades de regulación además de procurar la eficiencia y la calidad de los servicios realizan funciones de control de los monopolios artículo 73 de la Ley 142 de 1994, el control tarifario, la continuidad de los servicios; y las funciones de vigilancia de las superintendencias de manera especial se encaminan a regular la actividad de las empresas de servicios públicos artículo 79 de la Ley 142, pero otras normas también designan por ejemplo en la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de vigilar y controlar la concentración de capital en el mercado empresarial como se dispone en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, al indicar que le corresponde velar por las disposiciones sobre protección de la competencia, sin embargo, la actuación de ambas buscan la protección de los usuarios en el sector encargado.

²¹¹ REICH, Norbert, *Mercado y derecho...*, cit., p.39.

En los sistemas jurídicos adoptados en algunos países, las tareas de las autoridades de regulación se dificultan debido a la interrelación con otras autoridades dado que sus objetivos apuntan a satisfacer el interés colectivo y aseguramiento en la prestación de determinado servicio público.

Otro caso que presenta dificultad en la interrelación orgánica de los reguladores se constata con las instituciones creadas exclusivamente por el gobierno, las cuales ostentan poderes judiciales para solucionar una controversia específica que involucra intereses privados y concomitantemente involucra el interés general. Situación compleja donde se deben ponderar los derechos individuales y colectivos para determinar la autoridad a la cual compete la solución de una discusión, indudablemente, debiendo prevalecer el interés público.

Para ilustrar sobre este punto, podemos relatar un acontecimiento ocurrido en Inglaterra con “el fallo de la Corte de apelaciones del 10 de julio de 2002, este presenta un caso en el que se enfrentaron los administradores judiciales de Railtrack, operador de las infraestructuras ferroviarias en situación de quiebra, y el Rail regulator, establecido por la ley de transportes del año 2000 [...] El ministro había logrado que se nombraran administradores judiciales para Railtrack, pues esta sociedad no podía seguir cumpliendo con sus obligaciones, [...] estos administradores eran especiales porque su misión no es solamente proteger los derechos de los acreedores sino también asegurar la recuperación de la empresa, incluso si esta necesita el apoyo financiero del poder público, [...] Pero cuando los administradores especiales se opusieron a ciertas cláusulas propuestas por un transportador de carga para la renovación de su contrato de acceso a la red, se suscitó una pregunta sobre la autoridad de las indicaciones que podría dar el *Rail Regulator*, en virtud de la ley para garantizar el acceso a la red. ¿Debía prevalecer, el poder de los administradores judiciales sobre el del regulador, o debía ser a la inversa?”²¹². Del caso concluye la Corte de

²¹² MARCOU, Gerard, *Derecho de la regulación...*, cit., p. 19

Apelaciones que prevalece el poder del regulador explicando que sus consideraciones son ajenas a los intereses de las partes.

Aquí no interesa tanto la decisión adoptada sino, cuando debía intervenir el regulador y no otra autoridad para dirimir la controversia. Según lo anterior, podemos apreciar que las previsiones normativas de los Estados crean instituciones jurídicas para regular un asunto en concreto como es el caso de los administradores judiciales cuyos fines son visiblemente determinados por la ley, se pretende rescatar a la empresa de la quiebra y proteger los derechos de los acreedores, función que tropieza con los objetivos perseguidos por el regulador del sector con poderes cuasi-judiciales, el cual, pretende una finalidad que va más allá de la de los implicados en la diferencia contractual, al reclamar la continuidad en la prestación del servicio de transporte donde media el interés de la colectividad.

Se observa que desde la creación de las agencias de regulación estadounidenses que acompañaron el desarrollo del proceso de los servicios públicos, iniciando con la agencia que regulaba el transporte ferroviario, se enfocaban exclusivamente en regular las tarifas que se cobraban a los usuarios y en adelante se continua con la creación de las demás agencias independientes que tenían como único fin controlar y vigilar la eficiencia en la prestación de los distintos sectores de la economía, desde entonces, se percibe una relación estrecha que se asocia con la evolución en el sistema de prestación del servicio público, similar proceso se detecta en el Reino Unido con los Quangos que en la actualidad suman un abundante número de agencias registradas bajo esta naturaleza los cuales regulan específicamente un sector determinado según la especialidad. En determinados casos, la coexistencia de múltiples entes puede presentar dificultades de diversas características de indecisión e inseguridad jurídica.

En razón a que el mercado exige cada vez un nivel más especializado de conocimiento, el desarrollo tecnológico y las diferentes prácticas que surgen en la sociedad, la combinación de actividades económicas que conllevan intrínsecamente la satisfacción de necesidades sociales de las cuales se obtienen claramente ventajas económicas que benefician recíprocamente a proveedores y usuarios, dichas actividades adquieren diversas formas debido a su composición, derivando en confusión al momento de aplicar la regulación tornándose cada vez más compleja; para ilustrar sobre este efecto, observemos la siguiente situación: la ley autoriza la conformación de cooperativas de trabajo asociado sin ánimo de lucro, entidades que son vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria, creada mediante la Ley 454 de 1998, estas formas asociativas que realizan actividades sociales, económicas y culturales, algunas desarrollan en su objeto social la prestación de un servicio público como el servicio de acueducto, por ser una actividad económica con fines sociales establecida como garantía dentro de los derechos constitucionales, se admite su explotación con fundamento en lo consagrado en el artículo 365 de la Constitución Política.

Esta figura envuelve el aspecto subjetivo de empresa cooperativa que desarrolla la prestación de un servicio público - factor objetivo; la actividad en si misma de suministro del servicio público, es vigilada por el organismo de supervisión correspondiente – Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no se advierte fácilmente quien debe asumir la vigilancia, si la SES aplicando el criterio subjetivo, o en razón a su objeto, la competencia se encuentra radicada en la SSPD. De acuerdo a la manera como se han resuelto estos casos por el Consejo de Estado Colombiano, prevalece el criterio material u objetivo de conformidad con lo señalado en el ordenamiento jurídico.

Para el caso, conviene dar un vistazo al fundamento jurídico de la decisión adoptada en el expediente 00070 de 8 de julio de 2010, en la cual, la Alta Corporación, aludía al artículo 147 del Decreto 2150 de 1995, que elimina el

control concurrente de los entes administrativos (Dancoop- Superintendencias), la cual sirve de base a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para resolver el conflicto de competencias entre la SES y la SSPD. Se mantiene el criterio material u objetivo para radicar la competencia. La tesis expuesta no aplica de manera general, al considerar lo dicho en el expediente de 5 de marzo de 2008, el cual resuelve el conflicto de competencias administrativas entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia Financiera, donde se expresaba que en la concurrencia o la compartición de competencias interorgánicas se debía diferenciar entre el objeto y el sujeto de control, dada la especialización de cada órgano de control.

3.5. Como se regula

La potestad de regular se da como instrumento de intervención en los diferentes sectores del mercado, la cual está limitada por la Constitución y la ley. Por tanto, es el principio de legalidad el que señala los límites de la actual intervención.

Podemos expresar que, la regulación está encaminada a restringir los derechos y libertades de los particulares cada vez que se expresa en sus diversas formas o a través de los medios de que dispone para hacerlo; mediante circulares, comunicaciones, conceptos o cualquier decisión que provenga de una autoridad administrativa que varíe o limite la actividad social y económica, o que modifique una situación jurídica. Para constatar esta afirmación simplemente se pueden revisar los títulos de los textos legislativos dejan un amplio o reducido margen de actuación al gobierno para reglamentar una materia según considere, casi siempre inician con la frase “por el cual se regulan” y se establecen los principios, criterios, normas, procedimientos y se crean las autoridades competentes. En algunos casos lo hace de manera abierta, en otros casos, se regula de manera más específica a criterio del legislador.

La regulación económica se relaciona con una función compleja que involucra derechos fundamentales debido al vasto número de actividades que engloba y deben ser limitadas por las autoridades administrativas, aumentando la posibilidad de comprometer la intervención de varios organismos. Algunas de las teorías coinciden en los criterios tratados, otras proposiciones difieren en sutiles apreciaciones, en síntesis, no es determinante que la expresión se identifique plenamente con el aspecto económico identificándose así con los efectos que produce, por lo general responde a factores económicos. Ahora bien, desde el punto de vista orgánico, con el incremento de las agencias instituidas en nuestro medio para vigilar el cumplimiento de los procesos elaborados por el gobierno, se intensifica la actividad de regulación distribuida en las distintas autoridades de orden nacional.

Los proyectos que presenta el Alto Gobierno sometidos a aprobación del Congreso para diseñar el direccionamiento de la política en cumplimiento de los planes propuestos requiere en muchos de los casos la creación de agencias especializadas para atender cada tema, estas se erigen con facultades normativas que más tarde implementan y adecuan la regulación del sector que controlan produciendo una gran acumulación normativa.

La elaboración de las reglas que conforman la regulación administrativa, trae como consecuencia una “sobre reglamentación y [conduce] a una adición de controles que es denunciada por los actores económicos, [...] la multiplicidad de los reguladores hace difícil la coordinación a nivel del gobierno [...] [Entre las recomendaciones del comité selecto inglés se resaltan]: crear un departamento interministerial de regulación que coordinaría las atribuciones actuales de los diferentes departamentos sectoriales [...] reducir el peso de regulación desarrollando la autorregulación según objetivos y reglas que permitan alcanzar los objetivos de la regulación pública bajo el control de esta y extender el control

del *National Audit Office* a todas las autoridades de regulación [...] reforzar el control del parlamento sobre los entes reguladores...”²¹³

Nada, más expresivo que las decisiones que se producen por las autoridades que ejercen funciones de policía, las cuales integran el poder central junto a las entidades descentralizadas, pues estas son reglas imperativas vinculantes que provienen del acompañamiento de equipos de trabajo que conforman distintas disciplinas que terminan por implementar las normas técnicas, como sucede con los reglamentos de seguridad, urbanismo y las reglas de construcción que varían territorialmente dependiendo de las zonas y los usos que la Administración local decida darle al suelo (estas conllevan un trasfondo económico que más tarde son aprovechadas por los órganos colegiados para fijar valorizaciones con base en la norma habilitante; o para el caso de la producción de bienes y servicios, estas también generan el cobro de tasas o contribuciones). Las funciones de control especializadas engendran la creación de un gran número de entes que actúan en contornos muy cercanos; todos ellos, con facultades para expedir actos o reglas, lo que conduce a un denso sistema normativo.

De otro lado, regular supone ejercer control sobre una actividad que no es posible adelantar, sino se tienen los medios para llegar a corregir una situación, y esas bases se obtienen de la recolección de datos, pruebas, visitas administrativas o declaraciones que deben realizarse en la etapa de inspección, que a su vez, resulta de la permanente vigilancia que efectúa la entidad supervisora sobre la actividad que se pretende controlar, la cual, debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de las medidas que resulten convenientes y de los correctivos que se pretendan adoptar para normalizar un entorno. La inobservancia de dichas medidas, origina la adecuación de una conducta a través de la imposición de sanciones o expedición de resoluciones administrativas que enderezan un comportamiento, lo cual implica limitar y en este sentido regular una conducta.

²¹³ Ibid., p.72 - 73

Constantemente se critica el poder para fijar reglas con que cuentan las comisiones o agencias del Estado, se discute sobre esa facultad de reglamentación que nace de expertos economistas, ingenieros o ambientalistas que diseñan normas técnicas que se convierten en reglamentos, se menciona en los textos que estas facultades reglamentarias y cuasi judiciales crean una ruptura al principio de separación de poderes que rige el Estado de derecho.

Por otro lado, las condiciones de calidad en algunos servicios públicos, tienen origen en instituciones privadas, presentando inconveniente en la forma como se interrelacionan el derecho público y el derecho privado, aquí se presenta el fenómeno de la autorregulación y su naturaleza que nos conduce a preguntarnos a dónde acudir para ejercer el control de una regla emanada de una institución privada con efectos generales o por lo menos que afecta a un sector de la población cuando estos estándares o reglas riñen con los principios constitucionales.

Muestra de lo anterior, se observa con la creación del Organismo Nacional de normalización - Icontec, contenido en el literal e) y f) del artículo 2 del Decreto 2269 de 1993 y en los artículos 6, 7 y 8, sobre metrología y el Sistema Internacional de Unidades SI; se incorporan normas nacionales o internacionales por remisión directa en el ordenamiento jurídico, normas de origen privado, por lo cual surgen dudas sobre su control jurisdiccional.

Como se advirtió con anterioridad, la reglamentación residual de las autoridades administrativas incrementa el volumen la cual, es asistida por expertos en cada sector, tal como sucede con la elaboración de las reglas a seguir en el ámbito de control publicitario, importación y exportación de bienes, finanzas, telecomunicaciones, etc. No está por demás decir que las asociaciones de protección a los usuarios, o los medios de defensa con que cuentan los ciudadanos, cuyo ejercicio es posible a través de las acciones públicas

complementan la efectividad del derecho que las deficiencias de la regulación no alcanzan a prever.

Se regula estableciendo exenciones en mercados débiles o que requieren ser estimulados para fomentar la participación la cual precisa de reglas y mecanismos que mitiguen situaciones rígidas interviniendo “de forma permanente para suavizar las tensiones, solucionar los conflictos y asegurar la permanencia de un equilibrio de conjunto. [...] la función de reglamentación y de policía administrativa ha subsistido e incluso crecido. Es posible entonces que esto haya generado el problema del eventual poder reglamentario de las autoridades de regulación para disciplinar ciertos sectores. [...] más allá de la dimensión estrictamente jurídica de la regulación, lo que debe resaltarse es el importante espacio que se le deja a la concertación o negociación. [...]. La regulación presenta entonces procedimientos distintos a los habituales, y el soft law que resulta de la discusión con los actores tiende a jugar allí un papel esencial”²¹⁴.

Debido a la modernización del Estado, el cambio en la distribución del poder y el entorno social, se ha transformado también su estructura y funciones en los diferentes órganos de la Administración, adicionando la alta complejidad y diversificación de actividades por controlar. Los mecanismos clásicos no responden decisivamente a las características del sistema, debiendo ser remplazados, aunque algunos conservan su esencia.

Es preciso coordinar y articular las potestades de los sujetos de derecho público y las entidades territoriales. Se percibe una gran difusión de potestades donde la Administración utiliza instrumentos o técnicas que no se ajustan perfectamente al ordenamiento jurídico. Aquí he de referirme a la atribución de competencias territoriales fraccionadas que no presenta suficiente claridad en la designación

²¹⁴ LAURENT FRIER, Paul, citando a CHEVALLIER. “La regulación como función”, En MARCOU, Gerard y MODERNE, Franck, *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 95-97.

de las facultades que se ejercen, al desplegar tales competencias se detecta una tendencia a compartir o fragmentar el ejercicio de las funciones de las autoridades que conforman la Administración Central, las entidades descentralizadas y los entes autónomos.

Este aspecto concuerda con la definición que apunta a explicar la regulación como el conjunto de normas generales y concretas que se imponen a través de distintos medios por los organismos de regulación o autoridades del Estado, con el fin de garantizar, impulsar, dirigir y mantener el equilibrio del mercado, limitando los derechos y las libertades individuales.

Siento, en efecto, necesario decir que la regulación administrativa persigue fines sociales que para lograrlos hace uso de los medios que tiene a su disposición que no son otros que la coacción usualmente expresada a través de la imposición de sanciones económicas. Pero sin ir más allá, aquí se combinan elementos básicos de la policía administrativa, como lo son el mantenimiento del orden y la seguridad, esta última, presente en la distribución de alimentos y medicamentos, la conservación del medio ambiente, todas ellas, relacionadas con la salud pública y su contravención genera naturalmente sanciones de tipo pecuniario. Se produce una relación cercana entre el derecho administrativo de la regulación económica y como se ha señalado la regulación social al punto de convergencia en cuanto a sus metas.

... la distinción de una regulación <<económica>> y una regulación <<social>> resulta un tanto artificiosa, sobre todo si tenemos en cuenta la incidencia de las normas jurídicas sobre derechos de los trabajadores y seguridad de los productos en la determinación final de los costes, incluso en la cantidad de mercancías ofrecidas en el mercado. Algunas regulaciones, como la imposición de adquirir energía eléctrica producida con tecnología solar o eólica, tienen tanto un componente social como otro económico, en la medida que imponen precios de

adquisición fuera del libre mercado, y condicionan por ello variables esenciales de las empresas²¹⁵.

En lo relativo a la generación y obtención de energía a más bajo costo sin contaminar el medio ambiente, encontramos como sustituto de la electricidad, el gas de uso doméstico y el gas vehicular que en la última década ha permitido la entrada de nuevas empresas, y entre otras, el aprovechamiento de la energía eólica de baja explotación es un recurso de gran utilidad con variados beneficios sin agotar los recursos naturales no renovables.

Nada más expresivo que la tendencia de la regulación a mantener, por un lado, el desarrollo sostenible de la economía encaminada a producir servicios esenciales para la vida humana sin contaminar el ambiente optimizando los escasos recursos, sin descuidar el aspecto social dirigido a mantener la cobertura, la calidad, la eficiencia y su permanencia. Es innegable que la regulación conlleva implícitamente el contenido social desde donde se observe conduce al equilibrio, propiciando relaciones de isomería en todos los procesos de ajuste que se pretendan.

Además de lo dicho, la regulación incorpora múltiples aspectos, normalmente el gobierno fija un porcentaje de las utilidades que perciben las empresas como contribución periódica que deben pagar los actores económicos por la explotación de un bien público controlado por el Estado, de no supeditarse a sus reglas deriva su efecto en sanciones graduables de acuerdo al incumplimiento o a la gravedad de la infracción al reglamento.

Así como la regulación es instrumento de la intervención, la regla, la sanción y la autorización, son herramientas de la regulación que forman parte de la posibilidad de intervención del Estado en la economía, otras formas de intervención se basan en relaciones bilaterales, plurilaterales o consensuadas.

²¹⁵ RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Introducción al Derecho...*, cit., p. 27

“Toda regulación es un contrato, [...] [en el que intervienen varias voluntades, debe responder] a un modelo de acuerdo razonable de ordenación por incentivos, [el cual no debe ser capturada ni dominada por distintas fuerzas a las impuestas por todos los que participan en la actividad regulada, y cuyo objetivo es fomentar la competencia y hacerla eficiente], con una oferta diversificada”²¹⁶.

La función de policía que ostenta la Administración está acompañada de la función normativa, facultades ejercidas para comprobar el cumplimiento de los deberes y restricciones, es guía o pauta del comportamiento al que están sometidos los ciudadanos, tales atribuciones se realizan de conformidad a lo dispuesto en el artículo 189-22 de la CP., donde nace la función de inspección, control y vigilancia del Presidente de la República, la cual se distribuye en los órganos de la Administración de nivel inferior.

Siendo la actividad de policía de la Administración una actividad constante “Tal control exige la utilización de poderes de diverso signo: algunos tienen carácter normativo y se traducen en reglamentaciones; otros, sin embargo, consisten en la supervisión del ejercicio de la actividad; otros la ordenación del funcionamiento del mercado; en fin, puede concurrir un poder de resolución de controversias y también el poder sancionador”²¹⁷. En lo relativo a la ordenación del mercado y la función de vigilancia no siempre resulta fácil llegar a concluir determinadamente cual es la autoridad competente para ejercer control sobre una actividad particular.

La regulación combina factores económicos y sociales adquiriendo mayor relevancia en el ámbito económico dado que la regulación está encaminada a mantener un balance y a controlar las conductas que no se acomoden al orden social, se manifiesta a través del poder sancionatorio que reside en la

²¹⁶ ORTIZ ARIÑO, Gaspar. “Políticas Regulatorias en Iberoamérica”, *En: La regulación económica: Tendencias y Desafíos*, Liliana Lizarazo y Marcela Anzola, editoras, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004, p. 120-124.

²¹⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* /..., cit., p. 1194

Administración y reprende los comportamientos desajustados mediante las multas como uno de los mecanismos más efectivos para controlar y asegurar el buen funcionamiento dentro de la organización social antes de llegar a medidas más fuertes de las cuales dispone la Administración.

4. Elementos de la regulación

Entre los elementos de la regulación se han identificado los siguientes:

4.1. El contrato como instrumento de regulación

El control de los servicios públicos, considerados como mercancía en algunos contextos, se realiza a través de la regulación empleada como mecanismo tradicional, para lo cual se sirve del contrato utilizado como instrumento eficiente de control en la prestación del servicio, la cual se elabora considerando las condiciones para la ejecución de las tareas conjugando factores como costo-beneficio o calidad y precio consignados en las normas de contratación pública.

Este instrumento es frecuentemente utilizado para asegurar el cumplimiento de la regulación; seguido además de diversos mecanismos de control, se emplea la autorización o licencia de funcionamiento otorgada para explotar los sectores de la economía o, en otros casos, basta realizar una simple comunicación de entrada a un mercado, conformando así los medios más usados en la explotación de los servicios públicos y los recursos naturales.

La regulación se manifiesta en diversas formas, uno de los instrumentos más usados desde tiempos pasados es el contrato, o los acuerdos celebrados entre las personas jurídicas de derecho público y privado, es a su vez empleado como mecanismo de control. En este sentido veamos como Sonales hace referencia a la regulación: “Se expresa en cláusulas contractuales alusivas a la suscripción de garantías, la facultad administrativa de interpretación, la modificación por

razones de interés público, la resolución la determinación de efectos y la aclaración de dudas, y por lo general el control público que se traduce en gran medida en regulaciones sobre calidad del servicio, su extensión y cobertura, su frecuencia, su precio y su impacto social”²¹⁸. Convirtiéndose en un instrumento que permite direccionar, planear y a su vez ejercer el control en la ejecución de la política regulatoria.

La utilización de instrumentos contractuales ha tomado fuerza en los últimos tiempos para la concertación en la prestación de servicios públicos en unión con empresas interesadas en obtener beneficios en contraprestación, permitiendo actuar en mercados determinados, concertando las condiciones para su ejecución, ciñéndose a las reglas predispuestas para lograr objetivos comunes entre las partes, por ello se dice que la regulación es también un acuerdo en el que intervienen varias voluntades.

4.2. Supervisión

La supervisión se constituye en un medio indispensable para la elaboración de la regulación, sin ella no sería posible conocer el funcionamiento del mercado para ejercer el control, veamos las funciones que comprende.

La supervisión en la economía se define como: “... la actuación de la Administración que tiene por objeto asegurar que los agentes económicos y financieros cumplan las condiciones y requisitos determinados por las normas legales para el ejercicio de sus actividades en debida forma, de manera que se protejan los derechos e intereses de las personas que se relacionan con los sujetos supervisados. La supervisión comprende el ejercicio de técnicas de

²¹⁸ MATÍAS CAMARGO, Sergio R., *Los servicios públicos...*, cit., p. 80 y 81.

control que suponen la aplicación permanente de potestades de autorización, imposición o sanción, según el caso”²¹⁹.

La Corte Constitucional, hace referencia al artículo 24 de la Ley 964 de 2005, en el ámbito de la autorregulación del mercado de valores y de su disciplina se refiere al literal b) que describe la función de supervisión señalando que: “consiste en la verificación del cumplimiento de las normas del mercado de valores y de los reglamentos de autorregulación”, refiriéndose a la materia indica:

La inspección y vigilancia es en realidad control, lo cual es diferente de la **intervención**, en donde se modifica el estatus jurídico previo del sujeto intervenido. La diferencia entre intervención e inspección, vigilancia y control consiste en que la primera sólo se hace por mandato de la Constitución y la ley. Las normas de intervención son competencia del Legislador y no del Gobierno, por tanto, el sujeto legitimado es el Legislador, no el Gobierno. [...] se interviene lo ajeno y no lo propio, por cuanto respecto de lo propio se ejerce control y disposición. Por el contrario, la inspección y vigilancia no implica, de un lado, modificación del sujeto controlado, ya que lo que se busca es que éste se acomode a la ley, y si no lo hace, se obliga mediante sanciones o medidas correctivas a que lo haga [...] el control estatal, [...] se ejerce en ámbitos que por su propia naturaleza se encuentran bajo la regulación estricta de la Ley, como en el caso de los servicios públicos. En síntesis, inspección y vigilancia no significa más que verificar que el sujeto, entidad u órgano controlado en relación con determinadas materias u ámbitos jurídicos se ajuste a la ley, y es el legislador quien dicta las normas que sirven de fundamento jurídico para el ejercicio de dicho control. Por consiguiente, la facultad de inspección y vigilancia tiene un origen constitucional y un fundamento legal [...] Finalmente, la facultad de vigilancia e inspección constituye sólo una facultad de control, entendida ésta como el poder de determinar la conformidad con la ley, esto es, encaminada a verificar si las normas respecto de un determinado ámbito jurídico se han cumplido o no para tomar las medidas sancionatorias o correctivas que sean del caso.

[...]

²¹⁹ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la Administración pública*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Medellín, 2004, p. 261.

... cabe mencionar el ejercicio de diferentes modalidades de supervisión, como: (i) concesión de autorización de funcionamiento para las entidades vigiladas; (ii) expedición de autorizaciones para llevar a cabo determinadas actividades (vgr. fusiones, transformaciones, apertura de filiales, horarios de servicio, adquisición de activos fijos); [...] elaboración de doctrina por medio de la expedición de conceptos; (viii) sancionatorias derivadas de su calidad de ente de alta policía administrativa encaminadas a mantener y salvaguardar el orden público económico; y [...] medidas correctivas y de saneamiento cuando la superintendencia considere que una entidad vigilada está violando sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura. Tales funciones se ejercen mediante la expedición de actos administrativos...²²⁰.

En este contexto, es preciso resaltar que esta sentencia al hacer referencia a la Ley 964 de 2005, por la cual se dictan normas generales se señalan criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores, tiene como finalidad la regulación, sujetándose a los parámetros señalados por el legislador; asimismo, señala el artículo 4 de la misma ley (declarado exequible) “artículo 4... el Gobierno Nacional intervendrá en las actividades del mercado de valores, así como en las demás actividades a que se refiere la presente ley, por medio de normas de carácter general...”²²¹.

Como consecuencia de lo anterior, el Gobierno Nacional por mandato legal regula expresamente el mercado del sector a través de normas de carácter general (decretos, resoluciones, comunicaciones, circulares, etc.), desde luego, ajustándose a las previsiones dictadas por el legislador, teniendo así que la regulación administrativa se expresa a través de reglamentos técnicos, órdenes e instrucciones como se refleja en líneas posteriores. Cabe preguntarse, según lo expresado, si las normas de intervención son competencia del legislador y no

²²⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-692 del 5 de Septiembre de 2007, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

²²¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 964 de 2005, artículo 4

del gobierno, entonces como se denomina la injerencia que realiza el gobierno a través del poder de regulación.

Las funciones que comprende la supervisión se han expuesto conforme a lo establecido en el Código de Comercio. Según el ámbito vigilado las funciones son asignadas a cada superintendencia dependiendo del sector sobre el cual recaiga el control.

4.2.1. Instrumentos de supervisión

Según la definición legal el concepto de supervisión comprende la inspección, vigilancia y control, elementos necesarios para ejercer la regulación, son manifestaciones del poder de policía que reside en la Administración el cual se encuentra diseminado en los distintos órganos de la rama ejecutiva del poder público y se describen en la Ley 222 de 1995 que los atribuye de manera general a la Superintendencia de Sociedades así:

a) Inspección

La inspección consiste en la atribución para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa o sobre operaciones específicas de la misma, podrán practicar de oficio investigaciones administrativas.

b) Vigilancia

La vigilancia consiste en la atribución para velar en la formación funcionamiento y el desarrollo del objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos, la vigilancia se ejercerá en forma permanente y aquel sujeto que incurra en irregularidades como abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias, por suministro al público de información que no se ajuste a la realidad, no llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios

contables generalmente aceptados, realización de operaciones no comprendidas en su objeto social y otras funciones que se determinan por el ámbito específico de competencia el cual vigilan.

c) Control

El control consiste en la atribución para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable económico o administrativo, mediante acto administrativo de carácter particular; en el ejercicio de control se encuentran facultades como: Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos, y funciones de autorización y aprobación en las materias que determine la ley y el reglamento²²².

De acuerdo a la definición legal, la inspección, vigilancia y control de la actividad económica y de la prestación de los servicios públicos puede ser realizada por la Administración directamente o a través de delegación expresa. Las entidades encargadas ejercen funciones de reglamentación técnica y operativa, además de vigilar el cumplimiento de las normas, reglamentos o regulaciones existentes, cuentan con mecanismos preventivos y represivos.

Por su parte, la vigilancia se realiza para asistir, velar o custodiar desde la creación, el funcionamiento de las personas jurídicas del sector sobre las cuales recae este elemento de la supervisión, su guardia se efectúa con plena observación de los requisitos y exigencias que la ley prevé para su ejercicio.

En la etapa de inspección la entidad encargada, ejerce la función en la medida que se requiera adquiriendo mayor intensidad en esta fase de la supervisión, para lo cual desarrolla facultades como: solicitar la exhibición de documentos, requerir información de las operaciones y movimientos internos de la organización, exigir la presentación de los manuales y procesos que se

²²² Colombia. Congreso de la República. Ley 222 de 1995, artículos 83 - 85

encuentren ajustados a la ley, al reglamento y al estatuto interno del ente vigilado.

Al control se arriba cuando determinada situación así lo reclama y es preciso tomar correctivos o impartir órdenes para ajustar o enmendar una situación que representa una amenaza o un manejo irregular existente, se evalúa la gestión y los riesgos que vislumbra la actividad desarrollada por el sujeto de control, aquí la supervisión adquiere un carácter más férreo y consistente.

Con todo y lo anterior, en el mismo sentido la Corte Constitucional ha señalado: "... las funciones de inspección vigilancia y control son ejercidas [...] por entes que no necesariamente integran el Gobierno Nacional, [...] la actividad administrativa del Estado en tales materias no se agota con la definición de políticas ni en la expedición de decretos reglamentarios, sino que necesita desarrollarse en concreto, bien mediante normas generales que en virtud de una competencia residual expidan dichos entes administrativos en lo no establecido por la normatividad jerárquicamente superior, ya por las actividades de control, inspección y vigilancia a cargo de tales organismos especializados"²²³.

Se admite que los órganos a los cuales se les han confiado las funciones de inspección, vigilancia y control son las superintendencias pero no de manera exclusiva, estas actúan bajo la dirección y orientación del Presidente de la República, como ha quedado consignado, existen otros entes administrativos que desempeñan similares funciones con facultades de regulación que pueden ser conferidas directamente por el legislador para una materia determinada. El Decreto 1050 de 1968, artículo 4, dispone que las superintendencias son organismos adscritos a un ministerio que en el marco de la autonomía administrativa y financiera que les señalara la ley, cumplen algunas de las

²²³ RESTREPO MEDINA, Manuel A., citando las sentencias C-496 de 1998 y la C-397 de 1995 de la Corte Constitucional. "Reflexiones sobre el ejercicio de las funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control", En: Jaime Vidal Perdomo, et al. *Temas de derecho administrativo contemporáneo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, p. 59 y 60.

funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y las que la ley le asignara.

Entre otras acepciones el control consiste “en someter a la autorización y/o aprobación de las autoridades administrativas”²²⁴ las concesiones, contratos delegaciones, licencias o comunicaciones, o el reglamento en ejercicio del poder de policía. Tal función se ejerce “sobre las formas y medios de llevar a cabo la prestación y aun sobre la organización misma que la realiza”²²⁵. El control realizado por las entidades públicas implica subordinación “porque el Estado lo creo por ley y posee un fin general [...] puede disponer los actos del ente siempre y cuando lo haga invocando razones de técnica y de legalidad puras [...] constituye un derecho propio del poder central”²²⁶.

Lo anterior significa que, el Estado tiene a su disposición distintos instrumentos con los que cuenta para ejercer el control sobre sus propias empresas y sobre las empresas privadas prestadoras de servicios o productoras de bienes.

El control en la práctica también se refiere a los actos que ejerce la Administración para adoptar correctivos cuando sea necesario luego de verificar mediante inspección cualquier falla o irregularidad. En la concepción de Fiorini se ha definido como:

Este término se utiliza para distintas clases de manifestaciones de la administración pública, pero se identifica en el dato de comprobar el efectivo cumplimiento de la administración por medio de la prevención, el ajuste y la rectificación. [...] garantiza su validez y eficacia, su legitimidad, merito o conveniencia [...] No es un privilegio

²²⁴ DROMÍ, Roberto, *Derecho Administrativo*, 6ªed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p.734.

²²⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho público económico...*, cit., 2003, p. 557.

²²⁶ DROMÍ, José R., citando a ORTIZ Eduardo y VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo Económico*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 258.

de la Administración pública sino una carga, una obligación que fluye de la juridicidad que contiene toda la actividad del Estado y que se asienta en ella²²⁷.

Tenemos entonces que, el control como elemento de la supervisión, puede ser interno cuando se realiza por un ente de la Administración, o externo, cuando se realiza por un órgano judicial o por la comunidad en general a través de los medios de control que establece el ordenamiento jurídico.

Respecto al ejercicio de las funciones de policía, la jurisprudencia constitucional informa que las competencias en materia de supervisión entre el Gobierno Nacional y el Congreso de la República, se ejercen acompañadamente, precisando que el legislador determina las características, los medios y efectos del ejercicio que corresponde al Presidente de la República para lo cual señala:

Cabe destacar, de la misma manera, que la propia Constitución en el Artículo 150 numeral 8, atribuye al legislador la expedición de “las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la constitución”, previsión ésta que puede llevar a la afirmación de que la inspección, la vigilancia y el control constitucionalmente atribuidos al Presidente de la República son funciones compartidas entre el Congreso de la República y el Presidente de la República. No obstante, al reparar con mayor precisión en el alcance de esa disposición constitucional, es claro que al legislador lo que corresponde es el señalamiento o adopción de las formulaciones para determinar características, medios y efectos de tales actividades más no el ejercicio mismo de ellas, el cual es asignado, con exclusividad, al Presidente de la República²²⁸.

Ahora se pretende dar cuenta en el próximo acápite, según la interpretación del máximo tribunal constitucional que el legislador fija directamente facultades para regular un ámbito jurídico específico y funciones de inspección, vigilancia y control, que en principio corresponden al Presidente de la República, a un organismo del cual se predica algún grado de autonomía, con competencia para

²²⁷ FIORINI, Bartolomé., citando a VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, tomo I, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 153 y ss.

²²⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-805 del 27 de Septiembre de 2006, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis

investigar y sancionar, a la cual se atribuyen competencias normativas que desplazan la potestad reglamentaria del Presidente de la República, observemos su contenido:

Las facultades regulatorias de la CNTV no tienen un carácter residual frente a la potestad reglamentaria general del Presidente de la República, sino que, más bien, desplazan tal potestad. Se trata por tanto, de una potestad normativa exclusiva y excluyente.

[...]

Así, de conformidad con lo prescrito por los literales b), d) y n) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, [...] señala que a la CNTV le han sido otorgadas competencias legales que le permiten, entre otras cosas, adelantar actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión...²²⁹.

Conforme a la doctrina jurisprudencial, podemos concluir que existen órganos administrativos a los cuales el legislador ha reconocido competencias legales para regular el sector sobre el cual ejercita el control; esto es, expidiendo actos administrativos de carácter general, que como bien se ha señalado, son actos que reglamentan una materia de manera exclusiva, llegando incluso a desplazar la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Para los fines de nuestro argumento, la pregunta que surge ahora sería ¿los actos reglamentarios podrían entrar en colisión con otra norma competencial? En principio, se creería que la respuesta al interrogante es negativa puesto que, como lo consagra el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”²³⁰, a excepción de los decretos con fuerza de ley que expide el Presidente de la

²²⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-726 del 14 de Octubre de 2009, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

²³⁰ Colombia. Constitución Política de 1991, artículo 150, numeral 23.

República en ejercicio de facultades extraordinarias que le confiere el Congreso de la República los cuales si configuran conflictos competenciales.

En el mismo texto, se establecía en el inciso segundo del artículo 77 lo siguiente: “La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio”. No obstante, ese régimen legal propio, y la dirección de la política en materia de televisión está sujeto a lo que determine el legislador. Por esta razón, concluimos que la regulación que expida dicho organismo que sea relativa al ejercicio de las competencias legalmente asignadas, difícilmente tropezaría con las reconocidas por el legislador. Es preciso señalar que el artículo 13 de la Ley 1507 de 2012, traslada la función de control de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia a la SIC.

En el análisis realizado, no se observa con frecuencia que una competencia legalmente atribuida se enfrente a un decreto reglamentario expedido por un órgano de la Administración con prerrogativas regulatorias; lo que se evidencia es que los conflictos de competencias se originan por divergencias en la interpretación legal o reglamentaria; o bien, porque normas de carácter legal o reglamentario estos últimos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades extraordinarias se enfrenten, aunque en una confrontación de este tipo debería optarse por lo dispuesto en la ley por jerarquía normativa, aunque no siempre se apunta a preferir esta dirección.

Resulta complejo distinguir la línea divisoria entre supervisión y regulación que desarrollan las superintendencias y comisiones de regulación en virtud de la atribución prevista en el artículo 365 de la Carta y los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, “falta acuerdo y claridad en el tema de la regulación de los SPD en la Asamblea Nacional Constituyente respecto de la competencia y, por ello, ha existido confusión en el espectro de las distintas fuentes normativas que han

generado múltiples criterios de interpretación y problemas prácticos, e incluso contradictorios pronunciamientos judiciales”²³¹.

Es necesario conocer la forma en que el Estado distribuye la función de policía administrativa en las personas jurídicas de derecho público que se organizan empleando el principio de descentralización administrativa territorial y descentralización por servicios²³², en la segunda forma de organización encontramos entidades públicas que prestan funciones exclusivas de supervisión algunas con mayor autonomía tales como las entidades descentralizadas con personería jurídica y las que no cuentan con personería jurídica que actúan en el sector central bajo delegación expresa.

5. Medidas regulatorias

Sin los medios de control las autoridades administrativas no podrían llevar a cabo los fines propuestos por el Estado del cual forman parte. Para conseguir el cumplimiento de sus finalidades la Administración dispone de mecanismos de control; la autorización, los permisos cuando la ley los exija, las licencias, la comunicación previa al ejercicio de una actividad y la sanción. Adicionalmente, cuenta con mecanismos de solución de conflictos; la conciliación, la mediación, la transacción, el contrato, etc.

²³¹ ARAUJO, Roció M., *Antecedentes y marco constitucional...*, cit., p.194.

²³² La Corte Constitucional en sentencia C-496 del 15 de septiembre de 1998, con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, define que: “la descentralización es un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la Administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas. La delegación y la desconcentración, por su parte, atienden más a la transferencia de funciones radicadas en cabeza de los órganos administrativos superiores a instituciones u organismos dependientes de ellos, sin que el titular original de esas atribuciones pierda el control y la dirección política y administrativa sobre el desarrollo de esas funciones. Por eso, se señala que estas dos fórmulas organizacionales constituyen, en principio, variantes del ejercicio centralizado de la función administrativa”.

Desde la perspectiva social, constantemente se percibe inconformidad en la ciudadanía por la excesiva reglamentación y en otras se reclama por la ausencia de normas que regulen una materia. El control que ejerce la Administración se manifiesta a través del derecho sancionatorio como medio para hacer efectiva la regulación, siendo el modo de corregir un comportamiento, lo cual puede dar lugar a una confluencia competencial.

Los preceptos normativos que regulan la actividad social conllevan consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia, para ello se basan en los valores y principios rectores que rigen el comportamiento en una sociedad. “El derecho administrativo sancionador usa de tales principios en términos que rozan con lo abusivo y [...] se constata una profunda confusión entre normas y principios. [...] Los tribunales ya no deciden con frecuencia por normas sino por principios, cuya generalidad y flexibilidad hacen comodísima la redacción de las sentencias [...] no parecen existir normas ni reglas concretas [...] En el derecho administrativo sancionador sucede que, por ejemplo la prohibición de la duplicidad de sanciones por un mismo hecho no había sido formulada con carácter general sino que se especificaba en varias leyes sectoriales, pues cuando la doctrina y la jurisprudencia extendieron tal regla a todas las infracciones, en lugar de hablar de una prohibición o norma general prefirieron hablar de un principio...”²³³.

Si bien es cierto, se acude a distintas alternativas para motivar una decisión administrativa o judicial, es innegable que al fijar una sanción económica, debe estar previamente establecida en el reglamento de lo contrario carecería de fundamento legal; no obstante, con frecuencia se acude a los principios que rigen una actividad cuando no es posible ajustar una conducta indebida a un precepto preciso que describa concretamente una infracción administrativa o cuando se detecte un procedimiento irregular.

²³³ NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, tecnos (Grupo Anaya S.A.), 3ª ed., Madrid, 2002, p. 39 – 42

Es bien conocido en nuestro sistema normativo que una conducta puede generar varios tipos de responsabilidad, lo que no es óbice para que cada entidad de control pueda imponer la sanción que corresponda; sin que por ello, se pueda invocar doble sanción por la misma conducta; sin embargo, la ausencia de claridad en la definición de una competencia entre dos órganos administrativos puede inducir a doble sanción, primeramente se debe definir a quien corresponde taxativamente la competencia, situación que en nuestro medio se resuelve a través de un acto de tramite dentro de un proceso administrativo, antes de que se produzca una decisión definitiva, observemos este contexto en el caso español:

La conexión entre la competencia sustantiva genérica y la específica sancionadora se manifiesta ordinariamente en dos planos: en el normativo y en el ejecutivo. [...] Lo cual significa que cuando la competencia es concurrente, habrán de superponerse correlativamente las potestades normativas sancionadoras del Estado y de la Comunidad Autónoma [...] Cuando el ejercicio de la facultad de imponer sanciones no se conecta únicamente con la materia, sino que se añade el criterio diferenciador de la cuantía, puede resultar una superposición de órganos sancionadores en el supuesto de que la línea partidora de competencias no esté bien trazada o, si se quiere, *cuando los abanicos competenciales se interseccionen*. En cuanto a la sanción, es clara la aplicación de la regla de *non bis in ídem*, una vez impuesta la primera sanción, ya no es lícito imponer la segunda con independencia de la jerarquía o importancia de los órganos tramitantes²³⁴.

La cuestión del problema competencial en todos los sistemas modernos radica en la pluralidad de ordenamientos jurídicos y de organismos administrativos que se yuxtaponen en el ejercicio de la función controladora, resultando que una decisión proveniente de un ente de menor categoría desplace la decisión del superior jerárquico, fenómeno que no resulta extraño en consideración a la prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho.

²³⁴ *Ibíd.*, p.108 y 119

En nuestro medio, no es posible que dos entes administrativos concomitantemente adelanten un proceso administrativo resultando que quien primeramente profiera una decisión sea el único acto expedido válidamente. Es indispensable, tal como se establece en el ordenamiento jurídico interno, que al presentarse una situación de esta naturaleza se resuelva lo relativo a la competencia antes de proferir una decisión que ponga fin a un proceso, para determinar exactamente en quien recae la potestad para sancionar y así evitar nulidades posteriores por falta de competencia, circunstancia que podría derivar en la caducidad para imponer sanciones por parte de la Administración.

“Tal como estamos viendo, el fraccionamiento subjetivo de la potestad sancionatoria es una simple y necesaria consecuencia de la correlativa pluralidad de las Administraciones. Lo que sucede, sin embargo, es que el contenido de tal potestad se va debilitando conforme se descende en la escala de la territorialidad [...] la potestad sancionadora de la Administración, se ramifica también según las materias o sectores sobre los que recae. Esta es, al menos, la situación española, en la que se carece de un bloque normativo único o, como mínimo, homogenizador de las distintas regulaciones”²³⁵.

Hemos discurrido hasta aquí, sobre los efectos de la elevada intensidad normativa, detectada como una de las causas que produce la colisión de los sujetos de derecho público, por lo cual, se deben considerar los procesos de la autorregulación privada, como alternativa a la problemática de la intervención del Estado sin dejar de lado, el mecanismo correctivo de la función administrativa, <<la sanción>>. No es posible diseñar una fórmula normativa lo suficientemente uniforme que rija de igual manera en todo un territorio como se propone en ocasiones debido a las variaciones y características particulares de cada región.

No se discute que sea imprescindible para un Estado mantener lineamientos comunes que propicien la unidad jurídica, pero la aplicación y desarrollo de la

²³⁵ Ibíd., p. 129 y 137

regulación puede variar de acuerdo a la posición geográfica, la condición económica, social, cultural y la densidad poblacional, etc., a título de ejemplo, la legislación publicitaria y medio ambiental es disímil de una región a otra, o en el tema tributario no pueden ser iguales los impuestos que se recauden en una zona de alto comercio, a los recolectados en zonas de baja actividad mercantil; pues es claro que para incentivar la comercialización de bienes y servicios en zonas de bajo flujo de mercado, los impuestos deben ser inferiores, o deben por lo menos establecer exenciones con el fin de incentivar la economía.

Por esta razón, los contenidos de los enunciados normativos al guardar el máximo de coherencia y razonabilidad deben apuntar a un mismo objetivo con las variaciones que sean del caso porque “antes que una división rígida y absoluta [...] ahora se trata de un principio de integración y de colaboración, porque todas las instancias del Estado deben moverse en una misma dirección, para poder alcanzar los fines propuestos, so pena de una confrontación o choque de sus órganos que conduzca a una parálisis que haga estéril cualquier esfuerzo para atender los diarios requerimientos de la población”²³⁶.

Para finalizar, se evidencia que los sistemas normativos de las distintas naciones, no escapan a los constantes conflictos normativos que se suscitan en la asunción de las competencias de los órganos de la Administración. Sería utópico elaborar un ordenamiento jurídico perfecto, en el cual no se presenten fricciones entre las autoridades del Estado, más aun, con el fraccionamiento de actividades y tareas que surgen cada día, se hace necesario crear nuevas agencias que asuman el control, por lo cual, es importante conocer detalladamente las funciones encargadas a cada órgano por parte de los redactores de las normas que distribuyen las competencias y de quienes asumen su ejercicio, con el fin de disminuir los continuos enfrentamientos entre

²³⁶ BRITO RUIZ, Fernando, *Estructura del Estado Colombiano y de la Administración pública nacional*, Ibáñez, Bogotá, 2010, p.114.

las entidades gubernamentales o independientes, por lo cual, resulta conveniente darle paso a las técnicas de la autorregulación.

6. Características de la regulación:

Hemos identificado algunas características de la regulación principalmente las siguientes:

6.1. Independencia del regulador

La creación de las agencias de regulación fue concebida inicialmente con la idea de que actuaran suficientemente distanciadas del gobierno de turno para evitar su influencia en las decisiones que se adoptaran en el sector controlado, eludiendo la captura del regulador por los grupos de interés en un entorno que propendiera por el respeto de los consumidores. “Se independiza el poder de regulación de los órganos del Estado encargados de la dirección política y de la gestión administrativa. En ese orden de ideas se expresa que en el actual desarrollo de la organización estatal el esquema tradicional de la división de poderes se ve integrado y complementado con el principio conforme al cual quien concede el ejercicio de una actividad no debe ser el que la controle”²³⁷. Sin embargo en la realidad la independencia que se predica no se verifica, puesto que las agencias del Estado cuentan con una autonomía relativa y su ejercicio está orientado por las instrucciones que imparta el gobierno.

La regulación “es inherente a la institución, particularmente en el contexto de la liberalización de la economía y de la privatización de las empresas públicas monopólicas”²³⁸. Es preciso dejar en claro que la actuación de las agencias de

²³⁷ Colombia, Corte Constitucional, citando a Gordillo, A., Sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa

²³⁸ MODERNE, Franck “Los usos de la noción de “regulación” en el derecho positivo y en la doctrina jurídica de los Estados de la Unión Europea”, *En*: Gerard, Marcou et al., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p.112

regulación se inspira considerando principios de neutralidad e imparcialidad que garanticen la independencia a la hora de organizar un mercado dentro de criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

6.2. Actividad continúa

La doctrina coincide en afirmar que la regulación supone un seguimiento prolongado del sector regulado que exige la concurrencia de dos ramas del poder público el Congreso y el Gobierno “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”²³⁹.

6.3. Mantenimiento del orden económico

La regulación se ejerce con el objeto de mantener el orden económico y social mediante los instrumentos que tiene a su disposición usualmente empleando el reglamento, la autorización la dirección de la economía en los procesos de liberalización y desmonopolización de los servicios públicos, “forma parte de los procesos de flujo de información, transmisión de conocimiento, descubrimiento, y coordinación de los mercados...”²⁴⁰. Para el logro de sus objetivos debe poner en funcionamiento sus herramientas al detectar prácticas que obstruyan la fluidez del mercado, el orden y el buen funcionamiento de la economía, en última instancia, emplea medios coercitivos o represivos para corregir una conducta cuando no ha logrado persuadir a través de mecanismos preventivos o disuasivos.

²³⁹ Sentencia C-150/2003..., cit., p.2

²⁴⁰ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso - MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos P., *Intervención pública...*, cit., p. 114

6.4. Ejercicio del poder discrecional

Las facultades de las autoridades de regulación se ejercen mediante múltiples instrumentos a fin de mantener el control de una actividad para ello acuden a métodos flexibles que intentan adecuar una conducta, sin utilizar siempre métodos enérgicos y restrictivos que gradúa y aplica con mayor o menor intensidad según considere necesarios.

7. Conclusiones

Los sistemas jurídicos modernos distribuyen fragmentadamente la función regulatoria, entendiendo la regulación como la capacidad para producir reglas que regulan la actividad económica en todas sus esferas, esta emana de los poderes públicos de la Administración, por tanto, su producción ostenta fuerza vinculante, su ejercicio es compartido por las autoridades nacionales con funciones de reglamentación en múltiples sectores.

Se detecta que en las distintas regulaciones existe la tendencia a centralizar su direccionamiento según la política adoptada, a la cual se sujetan las agencias, la autonomía que se predica de tales autoridades de regulación está influenciada por la rama ejecutiva del poder público, y del poder legislativo que controla su ejercicio. Se verifica que las agencias independientes no actúan sin injerencia del poder central, lo cual impide que se garantice su autonomía e independencia en la corrección de los desequilibrios del mercado y de la vida social, menos cuando se controla y a la vez forma parte de la competencia.

La regulación se concibió como resultado de la privatización de los servicios públicos, el suministro de información suficiente en el mercado que pudiera proporcionar la confianza y protección a los usuarios, la innovación de la ciencia y la tecnología lo cual produjo la especialización técnica; se observa que se ejerce en diversos entornos, como coincide la posición dominante de la doctrina

y se revela en la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y también comprende la no discriminación sexual y racial, la protección al consumidor y las normas que procuran el respeto por los derechos fundamentales.

Se observa que el establecimiento de la regulación en el sistema jurídico colombiano refleja redundancia normativa, constituyendo una de las principales razones que propician la confluencia orgánica en el ejercicio de las funciones de supervisión. Un ejemplo de ello, es el desarrollo de la regulación en la distribución de tarifas y precios, la cual inicialmente estaba delegada en distintos entes administrativos como ministerios y otras instituciones estatales.

La adecuación de la normatividad, no es objetivo fácil de lograr sin que se originen inconsistencias debido a la elevada complejidad que trae la modernidad, la globalización, la tecnología y la diversificación de la sociedad, lo cual, conduce a la Administración a crear tantos órganos como funciones concurren en el control de la actividad privada, con el objetivo de garantizar el orden económico, el equilibrio y la convivencia entre los ciudadanos.

En este despliegue de organismos y explosión de normas que confluyen y se entroncan en el sistema, trae como corolario el debilitamiento de la función administrativa y la tensión entre sus entidades dificultando la eficiencia en su aplicación por ello, es preciso acudir a diferentes instrumentos que flexibilicen las relaciones y disminuyan la rigidez de los ordenamientos jurídicos.

La función de supervisión de la actividad económica se encuentra dispersa en casi todos los organismos de la Administración competentes para controlar la actividad del mercado, dependiendo del sector y la competencia del órgano con la cual se hace efectiva la regulación. Han surgido diferentes estrategias por parte de las administraciones a fin de maximizar los beneficios de la reglamentación y obtener los mejores resultados de la dinámica del mercado;

para ello, se ha optado por seguir el modelo norteamericano y así lograr los cometidos que ordena la Constitución Política, es decir, la consecución de los fines económicos, optimizando los recursos al menor costo permitiendo que los beneficios de la política adoptada brillen en el rendimiento de los ingresos a los usuarios de los servicios públicos sin descuidar la eficiencia y la calidad por parte de los operadores que suministran el servicio universal.

La regulación se justifica en la medida en que se deba controlar la prestación del servicio para impedir los abusos de la posición dominante frente a los competidores y cobra mayor importancia al garantizar la satisfacción de las necesidades básicas al conglomerado social, conforme a los parámetros establecidos por la regulación en condiciones de seguridad, eficiencia, continuidad, calidad, permanencia y con tarifas acordes con la economía de mercado que determina el precio, el cual, se establece atendiendo a los enormes capitales que se requieren para la construcción de las obras de infraestructura que demandan altos costos de inversión en la instalación de redes de acueducto, energía, gas y comunicaciones las cuales, exigen cuantiosos recursos, esta una de las razones por la cual se detecta el surgimiento de los monopolios naturales.

La regulación debe ser un balance de estos aspectos sin desconocer la baja capacidad económica de la población, las necesidades insatisfechas y los derechos de los usuarios consagrados en la Carta Política. Inevitablemente el componente que impulsa a cualquier negocio gira en torno al factor económico que es el fin que motiva a los operadores a participar en el mercado de los servicios públicos.

CAPITULO TERCERO

III

COMPETENCIA EN MATERIA DE REGULACION ECONOMICA

I. Competencia en la regulación económica

Teniendo en cuenta lo expuesto en el capítulo precedente, podemos expresar que la regulación económica integra el ejercicio del poder discrecional y la facultad reglamentaria radicada en la Administración. A través de ella, el Estado garantiza la preservación del orden económico y se lleva a cabo mediante los poderes de policía administrativa, esta se justifica en la medida en que el mercado no fluya correctamente, o en presencia de la concentración de capital en un sector determinado.

Principalmente, la función de regulación está relacionada con el seguimiento permanente a la actividad económica y se establece atendiendo a diversas características, pautas, métodos, reglas y procedimientos específicos que se adoptan para su adecuado funcionamiento. Esta función debe conducir el mercado a un punto de equilibrio y razonabilidad donde no se produzcan marcadas alteraciones, corrigiendo sus deficiencias e imperfecciones y a su vez, promoviendo la competencia.

En este sentido, la Corte Constitucional ha precisado que: “el ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia [...]. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades”²⁴¹.

La regulación se torna necesaria para el adecuado cumplimiento del suministro de cada bien o servicio en condiciones de cobertura, calidad, continuidad, protección de la competencia, protección de los usuarios, régimen tarifario y

²⁴¹ Sentencia C-150/2003..., cit., p. 2

eficiencia, bajo un régimen de libertad regulada o vigilada con limitaciones y estándares previamente definidos por la Administración. Para realizar sus objetivos es preciso que la regulación se distribuya en diversas entidades y agencias, propendiendo por el bienestar de los habitantes dentro del Estado social de derecho.

Bajo estas premisas y como elemento común en distintos regímenes “... se constata que [la regulación] siempre incluye la apertura a la competencia y la resolución de antinomias que resultan de mantener objetivos no económicos que están en conflicto potencial con la lógica de mercado, [...] es más bien una función del Estado que se implementa mediante un conjunto de instituciones y de actos jurídicos...”²⁴². Sin ser un objetivo exclusivo pero de significativa importancia, la regulación económica-social busca prohibir los abusos de la posición de dominio y conciliar la eficiencia del mercado con los derechos y libertades de los usuarios.

Reforzando esta posición, se ha expresado: “... el Estado mantendrá la regulación, control y vigilancia en su desarrollo, circunstancia por la cual, puede intervenir con la finalidad de promover la productividad, la eficiencia y la competitividad, o para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes, o para evitar las prácticas monopolísticas en el mercado”²⁴³.

En suma, para materializar todas estas finalidades, se distribuyen diversas competencias para regular con fundamento en la autorización legal o reglamentaria que prevea el ordenamiento jurídico y es desarrollada por múltiples órganos de la Administración Nacional, para lo cual, se citan aquellos

²⁴² MARCOU, Gerard, “La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas de derecho comparado”, En: MARCOU, Gerard, et al., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Comparaciones y comentarios, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p.15.

²⁴³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-815 de 2 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

con mayor relevancia en la economía, tales como ministerios, superintendencias y agencias de regulación²⁴⁴.

Debemos indicar que las funciones de los ministerios se encuentran establecidas en los artículos 59 al 61 de la Ley 489 de 1998, correspondiendo al

²⁴⁴ Las competencias pueden ser transferidas de distintos modos y reciben diversas denominaciones, para lo cual se describen las siguientes formas competenciales:

- "Competencia interfuncional no es sino la aplicación del principio de separación de poderes y de funciones normativas, ejecutivas y judiciales. [...] Se trata, por tanto, de límites negativos más que de una determinación positiva de competencias.

- Competencia orgánica funcional. a) Orgánico. Por Gobierno se entiende el órgano supremo del Poder ejecutivo, constituido por el Consejo de Ministros y Jefe del Gobierno, y, naturalmente, por el Jefe de Estado. b) Funcional. Indica los actos políticos o fundamentales referentes a la organización. Ambos criterios no siempre coinciden" GARCIA TREVIJANO, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Vol. I, 2ª ed., Revista de derecho privado, Madrid, 1971, p. 395 -396.

La competencia orgánica funcional. Es un tipo de estructura que define la jerarquía en una organización con funciones detalladas para cada órgano. La competencia funcional "es su aptitud legal de obrar y por ello se ha podido decir que incluso formaría parte esencial e integrante del propio concepto de órgano [...] La competencia puede ser tanto de origen legal como reglamentario. Por lo tanto las normas generales emanadas del Poder Ejecutivo, como primer órgano de reglamentación de la ley, pueden a su vez servir de base para competencia delegada o desconcentrada, o de competencia para delegar [dicho de otro modo es el] conjunto de actividades que el órgano puede legítimamente realizar". Fundación de derecho administrativo de Buenos Aires. 12 de julio de 2014, http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf, p.168 -169

El acto producido entre los órganos de la Administración se le denomina interorgánico, este tipo de competencia "vincula a dos o más órganos de la Administración integrantes de una misma persona pública estatal. Lo esencial del acto interorgánico es que no produce efectos jurídicos directos con relación a los administrados, operando solo en el plano interno del ente". CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 9ª ed., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2009, p. 122.

El acto orgánico funcional genera relaciones entre personas de derecho público en ejercicio del principio de colaboración entre las entidades de la Administración. "Además de los órganos ubicados en la línea de función jerárquica, se encuentran otros, los que realizan funciones de colaboración para estos, como ocurre con los órganos ministerios y el órgano Presidente. Ministros y Presidente, al mismo tiempo, tienen atribuciones como jefes de la administración de sus departamentos etc". FIORINI A., Bartolomé, *Derecho administrativo*, Tomo I, 2da ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p.147.

- "Competencia necesaria y eventual. – La primera se tiene en virtud de hechos generales y normales de la propia organización, y la segunda a través de determinadas circunstancias especiales...

- Competencia Interna y externa. - La primera es una esfera de mansiones sin relevancia normalmente frente al administrado, y la segunda es la competencia técnicamente jurídica". GARCIA TREVIJANO, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Vol. I, 2ª ed., Revista de derecho privado, Madrid, 1971, p. 397 y 404.

- Competencia Derivada, "... Cuando no ha nacido de una directa atribución legal de funciones al órgano, sino, por ejemplo, de una delegación hecha al inferior por el órgano superior titular originario de la misma: En este caso el superior puede en cualquier momento volver a tomar para sí la competencia que había delegado en el inferior". Fundación de derecho administrativo de Buenos Aires. 12 de julio de 2014, http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf, p.169

Gobierno Nacional la dirección, la coordinación y control de la actividad en cada ramo junto a las autoridades establecidas en cada sector, para lo cual se han distinguido los siguientes:

1. Sector de la salud y la protección social

En el sector administrativo de la salud y la protección social, se encuentra el Ministerio de Salud y la Protección Social, creado mediante el artículo 9 de la Ley 1444 de 2011, norma que lo separa del Ministerio del Trabajo, y el literal b) del artículo 18, le confiere facultades extraordinarias al Presidente de la República para determinar los objetivos y la estructura orgánica, además de las funciones descritas en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998.

1.1. Ministerio de la Salud y la Protección Social

El Decreto 4107 de 2011, en el artículo segundo señala las funciones del Ministerio²⁴⁵, para su ejercicio se encarga de formular y dirigir la política en el sector, adoptando los proyectos planes y programas en la materia para mantener la calidad de vida, controlar las enfermedades y evaluar la política farmacéutica y de medicamentos.

Entre sus facultades establece los mecanismos para adelantar negociaciones de precios de medicamentos, insumos y dispositivos médicos, según se indica en el

²⁴⁵ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48.241 de 2 de noviembre de 2011. Decreto 4107 de 2011, artículo 2. El Ministerio de Salud y Protección Social, además de las funciones determinadas en la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 cumplirá las siguientes: ...10. Establecer los mecanismos para adelantar negociaciones de precios de medicamentos, insumos y dispositivos médicos. [...] 12. Dirigir, organizar, coordinar y evaluar el servicio social obligatorio de los profesionales y ocupaciones del área de la salud. 13. Definir los requisitos que deben cumplir las entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud para obtener la habilitación y acreditación. 14. Regular la oferta pública y privada de servicios de salud, la organización de redes de prestación de servicios y establecer las normas para la prestación de servicios y de la garantía de la calidad de los mismos, de conformidad con la ley... 16. Participar en la formulación y evaluación de la política para la definición de los sistemas de afiliación, protección al usuario, aseguramiento y sistemas de información en pensiones... 18. Formular y evaluar la política para la definición de los sistemas de afiliación, garantía de la prestación de los servicios de salud y sistemas de información en Riesgos Profesionales [...] 30. Preparar las normas, regulaciones y reglamentos de salud y promoción social en salud, aseguramiento en salud y riesgos profesionales, en el marco de sus competencias...”

numeral 10 del artículo segundo del Decreto 4107/2011. Se trata de una competencia de regulación por cuanto se encarga de fijar los mecanismos o fórmulas que se utilizan para negociar los precios relacionados con medicamentos, insumos y dispositivos, pagos que finalmente recaen en los usuarios.

Al formular la política y la evaluación de los profesionales en el servicio de la salud, ejerce una función de control determinando las condiciones en la prestación del servicio, por lo cual es una función relacionada con la calidad del mismo como elemento de la regulación. Al definir los requisitos que deben cumplir las IPS., está cumpliendo una función de regulación al determinar los parámetros que deben cumplir las entidades promotoras del servicio, para que puedan entrar en funcionamiento debiendo acoger unos patrones mínimos que les permitan ser competitivas.

En cuanto a la regulación de la oferta en el servicio de salud, se alude a las condiciones y requisitos para ofrecer el servicio. La conservación y el mantenimiento equilibrado del mercado a través del reglamento garantizan la prestación en condiciones de calidad. Del mismo modo, el numeral 30 del artículo segundo del Decreto 4107/2011, asigna a dicho órgano la preparación de normas, regulaciones y reglamentos de salud y promoción social en salud.

En lo atinente a la regulación en los sistemas de afiliación procura la protección de los usuarios, asegurando los sistemas de información, por cuanto su manejo en el sector de pensiones y riesgos laborales, es un elemento que impulsa a los usuarios de los fondos de pensiones y administradoras de riesgos laborales a elegir el más conveniente, según las condiciones ofrecidas, de ello depende el aumento o reducción del número de afiliados que generan rentabilidad a las empresas que se dedican a este negocio, incidiendo directamente en el crecimiento.

El Ministerio de Salud ejercía funciones de manera complementaria con la Comisión de Regulación en Salud, antes de la liquidación ordenada a través del Decreto 2560/2012, esta entidad definía los planes obligatorios de salud y medicamentos esenciales, las tarifas de los servicios, recomendaba los proyectos de ley y colaboraba en la proyección de reglamentos cuando se requerían, determinaba el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacerlo efectivo.

En la actualidad las funciones de la extinta comisión fueron trasladadas al Ministerio de Salud y la Protección Social, el cual fue modificado en su estructura para el efecto. Las competencias que ejerce el Ministerio de Salud, se catalogan como competencias exclusivas de regulación económica al fijar tarifas y elaborar listados de medicamentos, al modificar el plan obligatorio de salud cuando lo considere conveniente y al establecer el valor de los subsidios por beneficiario. Todas ellas, se enmarcan dentro de las funciones de regulación que propenden por el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios, encargándose de la protección de sus intereses al establecer los límites en los pagos que se efectúan por el servicio prestado.

Funciones que se identifican con lo aquí expresado: “La intervención del Estado no se limita a la acción social directa (promoción de la comunidad, sistemas de seguridad social, subvenciones y subsidios, jubilaciones y pensiones, sistema de medicina social, etc.), sino que va también a la acción social por la vía económica: Regulación de precios y salarios, participación obrera en la conducción y en las ganancias de la empresa, etcétera. En otras palabras, la acción del Estado tiende a dirigirse no sólo al aspecto de la redistribución de la riqueza, sino también a la producción y a la preservación”²⁴⁶.

En la actividad regulatoria que ejerce el Ministerio de la Salud y la Protección Social, se evidencia la expedición de la resolución 0122 de 21 de enero de 2015,

²⁴⁶ Fundación de derecho administrativo de Buenos Aires.12 de julio de 2014, http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf, p. 46-47

por la cual, se modifica la resolución 2635 de 2014, que define las condiciones para la operación de la movilidad entre regímenes²⁴⁷. Esta es una función regulatoria destinada a promover el derecho a la información concerniente a la libre escogencia de los afiliados para trasladarse de regímenes y de EPS, cuando lo consideren necesario y se establece el procedimiento para ser comunicado, respecto a su trámite. Esta resolución garantiza el derecho a la información y la protección de los demás derechos que les asiste a los usuarios del servicio de salud.

1.2. Entidades adscritas al Ministerio de Salud y la Protección Social

El numeral 1 del artículo 4 del Decreto 4107 de 2011, establece la integración del sector administrativo de la salud y la protección social, para lo cual determina las entidades adscritas de la siguiente manera:

Establecimientos Públicos: - Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, - Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, - Instituto Nacional de Salud – INS., - Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - Invima.

Empresas Sociales del Estado: - Centro Dermatológico "Federico Lleras Acosta".
- Instituto Nacional de Cancerología - INC., - Sanatorio de Agua de Dios, - Sanatorio de Contratación.

- Superintendencia con personería jurídica: - Superintendencia Nacional de Salud

²⁴⁷ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 49.402 del jueves 22 de enero del 2015. Ministerio de la Salud y la Protección Social. Resolución 0122 de 21 de enero de 2015. . Que se hace necesario dentro de las responsabilidades de las Entidades Promotoras en salud en la operación de la movilidad, una obligación de información hacia los afiliados, como un instrumento para promover el ejercicio de su derecho a la libre escogencia.

Que conforme a lo establecido en el artículo 14 del Decreto 971 de 2011, corresponde a las entidades territoriales ejercer el seguimiento y control del cumplimiento de las obligaciones de las EPS del Régimen Subsidiado frente a sus afiliados, para lo cual, resulta imperativo que estas entidades atiendan los requerimientos de información que con este propósito les formulen las entidades territoriales”.

- Unidad Administrativa Especial con personería jurídica: - Comisión de Regulación en Salud - CRES. (Liquidada)

1.2.1. Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – Invima

Entre los establecimientos públicos con funciones de control y vigilancia se encuentra el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – Invima, creado mediante el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1290 de 1994, establecimiento público de orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Sus funciones se encuentran reglamentadas en el Decreto 2078 de 2012.

A partir del ejercicio de la función de supervisión de los establecimientos que comercializan productos biológicos y medicamentos se establece la regulación técnica que permite fijar estándares de calidad, impartir directrices y procedimientos que deben ejecutar las entidades territoriales. El cumplimiento de la reglamentación técnica conduce al reconocimiento y certificación por parte del establecimiento público encargado de vigilar la calidad y las buenas prácticas para continuar en el mercado de productos que pueden poner en riesgo la salud humana²⁴⁸.

²⁴⁸ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48.577 de 8 de octubre de 2012. Decreto 2078 de 2012, artículo 4. En cumplimiento de sus objetivos el INVIMA realizará las siguientes funciones: ... 2. Certificar en buenas prácticas y condiciones sanitarias a los establecimientos productores de los productos mencionados en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y expedir los registros sanitarios, así como la renovación, ampliación, modificación y cancelación de los mismos, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional... 5. Establecer las directrices técnicas y los procedimientos de operación a ejecutarse por parte de los entes territoriales, en los asuntos competencia del INVIMA. 6. Liderar, en coordinación con entidades especializadas en la materia, la elaboración de normas técnicas de calidad en los temas de competencia de la entidad... 9. Generar y suministrar la información requerida para alimentar los diferentes Sistemas Administrativos a los cuales pertenece el INVIMA en el marco de su competencia...11. Proponer medidas de carácter general para la aplicación de las buenas prácticas o mejores estándares técnicos para la producción, transporte, almacenamiento y las demás actividades dirigidas al consumo de los productos objeto de vigilancia de la entidad. 12. Realizar el control sanitario sobre la publicidad de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y las normas que lo modifiquen o adicione de conformidad con lo dispuesto en la Ley 9 de 1979 y sus decretos reglamentarios y en las demás normas que se

El manejo de la información y las bases de datos permiten realizar el control del número de participantes que actúan en este mercado, comparar costos y mantener el registro de sanciones o multas para conocer el comportamiento de los agentes, de esta manera se adecua la conducta y se aplican los correctivos necesarios. La información se relaciona estrechamente con los costos en que se comercializa un producto en determinado mercado en el cual confluye la competencia, "... la regulación también hace intervenir un poder jurídico de control. Inicialmente mediante la técnica de los permisos o autorizaciones previas y luego, mediante el control posterior que puede llevar a sanciones administrativas por parte de la autoridad de regulación..."²⁴⁹.

De este modo, se facilita la organización del mercado viabilizando la adopción de buenas prácticas en la comercialización de los productos, el manejo correcto de la información ajustando la responsabilidad y logrando la eficiencia a través de la regulación que expide el Invima para el sector de alimentos y medicamentos. El control de calidad en el suministro de bienes, la vigilancia en la veracidad de la publicidad que se transmita, la claridad de la información sobre los precios y el uso de los productos de consumo humano, son aspectos que se constituyen en los fines que justifican su existencia.

Ejemplo de la regulación que expide el INVIMA., se observa con el establecimiento del mecanismo de notificación sanitaria obligatoria proveniente de la Decisión 706 de 2008, para los países de la CAN que agiliza el intercambio comercial de productos de higiene doméstica y se adopta el trámite interno para asignar un código reconocido por el primer país de la comunidad en que se notifica el producto²⁵⁰.

expidan para el efecto... 14. Realizar actividades de información y coordinación con los productores y comercializadores, sobre el cuidado en el manejo y uso de los productos cuya vigilancia le otorga la ley al Instituto".

²⁴⁹ LAURENT FRIER, Paul, *La regulación como función...*, cit., t. I, p. 97.

²⁵⁰ "Colombia. INVIMA. Circular Externa DG-100-0167-09. Para establecimientos que importen fabriquen o comercialicen productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal".

Aquí solamente nos referimos a las funciones de regulación de algunas superintendencias por ser las entidades que se relacionan directamente con el tema de interés.

1.2.2. Superintendencia Nacional de Salud

La normatividad que rige la Superintendencia Nacional de Salud se encuentra establecida en la Ley 15 de 1989, y se organiza con la expedición del Decreto Ley 1472 de 1990, la Ley 100 de 1993, la Ley 1122 de 2007, que le otorga funciones jurisdiccionales y el decreto 1018 de 2007 que modifica su estructura.

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales del Presidente de la República, en especial las conferidas por el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, se expide el Decreto 2462 de 7 noviembre de 2013²⁵¹ que modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y en su artículo 6, enuncia las funciones de la Superintendencia para lo cual aprueba los planes de salud, tarifas y el tema de calidad en la salud²⁵².

²⁵¹ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48.967 de 7 de noviembre de 2013.

²⁵² “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2462 de 2013, artículo 6. Funciones. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las siguientes funciones: ... 4. Emitir instrucciones a los sujetos vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones normativas que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación...11. Ejercer la facultad jurisdiccional y de conciliación en los términos establecidos en la ley... 16. Calcular, liquidar, recaudar y administrar la tasa que corresponda sufragar a las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control, de conformidad con la normativa vigente... 29. Fijar los mecanismos y procedimientos contables que deben adoptar los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando éstos no estén sujetos a la inspección, vigilancia y control de otra autoridad, de conformidad con la normativa vigente, con sujeción a los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia ya las instrucciones de la Contaduría General de la Nación... 40. Implementar y apoyar la gestión del Defensor del Usuario en Salud, en el ámbito de su competencia, en coordinación con la Defensoría del Pueblo.” [...] 46. Conocer y fallar en derecho en primera o única instancia, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los conflictos y asuntos previstos en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan. 47. Conciliar de oficio o a petición de parte, los conflictos que surjan entre los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos previstos en el artículo 38 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 135 de la Ley 1438 de 2011 y las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan...”

Se observa que esta autoridad administrativa ejerce funciones compartidas con otras entidades de supervisión como es el caso de lo señalado en el numeral 10 del artículo sexto del Decreto 2462 de 2013, al señalar que le corresponde controlar la prestación del servicio de salud en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico etc., sin perjuicio de las competencias asignadas a la Superintendencia del Subsidio Familiar, la Superintendencia de la Economía Solidaria y la Superintendencia Financiera; ejerce en su mayoría funciones de policía administrativa, en determinada ocasión puede involucrar la función de otra autoridad al expresar “sin perjuicio” significando con ello, que si otra autoridad administrativa la ejerce, esta no debe obstruir su competencia.

Entre las funciones de supervisión de esta entidad se observa que realiza el control de la prestación de servicio en salud a quienes deben sujetarse a los estándares de calidad impartidos en los planes de beneficios. Supervisa la administración del monopolio de los licores y su importación, sin perjuicio de las competencias asignadas a otras entidades administrativas; para el caso, podría referirse a las competencias asignadas a la SIC., como ente encargado del control de los monopolios y la defensa de los derechos de los usuarios. Por lo cual, concluimos que al ser el ente encargado de controlar el ámbito de la salud, sus funciones son ejercidas de manera explícita²⁵³.

²⁵³ - La atribución explícita para actuar emana de la Constitución, la ley o el reglamento, “Todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas preestablecidas. Los actos administrativos carecen de vida jurídica cuando les falta la fuente primaria permisiva: la ley [...] la predeterminación de la conducta administrativa a seguir proviene de la Constitución, un tratado, una norma comunitaria, una ley o reglamento que se refiere directamente a la Administración Pública [...] El orden jurídico regula directamente él quien, el órgano que es competente para actuar; el que, clase de decisión a adoptar, y el para qué, el fin que se persigue con el acto, que va inserto en las competencias atribuidas”. [En este tipo de facultad el funcionario público no tiene elección posible, más que actuar conforme lo prescribe la norma] La regulación indirecta o inversa tiene lugar cuando la norma jurídica, sin referirse directamente a la Administración Pública, establece principios concretos que la Administración debe seguir y respetar. Por ejemplo las garantías y derechos del individuo...”. Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 482-483.

- La competencia implícita: Este tipo de facultades generalmente se refiere a los principios que se encuentran inherentes en el ordenamiento jurídico los cuales, rigen la actividad administrativa.

Actúa como conciliador con facultades jurisdiccionales propias de un juez, aquí incluyo esta función, en razón a que la regulación equilibra intereses particulares en caso de que existan diferencias, elimina tensiones y suaviza las alteraciones entre los agentes del mercado y los usuarios del sistema, “a raíz del proceso de transformación del Estado, a partir del cual se perfilan nuevas funciones [...] en este contexto aparecen [...] los marcos regulatorios de cada una de las actividades junto a los entes creados por el Estado para aplicar esas regulaciones y entender, en una especie de instancia administrativa de naturaleza jurisdiccional en los conflictos que se susciten entre las empresas concesionarias o licenciatarias de los servicios y los usuarios”²⁵⁴.

Ejemplo de las funciones regulatorias de la Superintendencia de Salud, podemos citar, la regulación en aspectos relativos a la información del número de oficinas de atención al usuario en cada entidad territorial, con el fin de conocer su totalidad y la relación de las entidades prestadoras del servicio de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo²⁵⁵.

1.3. Entidades vinculadas al Ministerio de Salud y la Protección Social

Empresas Industriales y Comerciales del Estado: - Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom, - Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal EICE en Liquidación, – Empresa Territorial para la Salud - Etesa en Liquidación, – Instituto de Seguros Sociales suprimido a través del Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012 el cual ordena su liquidación.

Podemos distinguir la eficacia, la confianza legítima y la seguridad jurídica que deben transmitir los actos que provengan de la Administración.

²⁵⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 9ª ed., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Abeledo Perrot, Bogotá, 2009, p. 347.

²⁵⁵ Colombia. Superintendencia de Salud. Circular 0001 de 26 de febrero de 2014. Diario Oficial. Bogotá, no. 49.076 de 26 de febrero de 2014

Podemos observar que el sector administrativo de la Salud, estaba conformado en gran parte por empresas industriales y comerciales del Estado que han sido liquidadas.

2. Sector de comercio industria y turismo

En el presente sector administrativo se direcciona la política y la regulación de bienes y servicios a cargo del Ministerio de Comercio Industria y Turismo que se conforma como resultado de la fusión del Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico, la cual se realizó a través del artículo 4º de la Ley 790 de 2002.

2.1. Ministerio de Comercio Industria y Turismo

Las competencias del Ministerio de Comercio Industria y Turismo se describen en el artículo 2 del Decreto 210 de 2003²⁵⁶ que establece como funciones la

²⁵⁶ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 45.086 de 3 de febrero de 2003. Decreto 210 de 2003, artículo 2. FUNCIONES GENERALES. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tendrá las siguientes funciones generales: ...2. Formular la política en materia de desarrollo económico y social del país, relacionada con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de bienes, servicios entre ellos el turismo y tecnología para la micro, pequeña y mediana empresa, el comercio interno y el comercio exterior. 3. Formular la política y liderar el movimiento por el aumento de la productividad y mejora de la competitividad de las empresas colombianas. 4. Formular las políticas para la regulación del mercado, la normalización, evaluación de la conformidad, calidad, promoción de la competencia, protección del consumidor y propiedad industrial. 5. Formular la política turística encaminada a fortalecer la competitividad y sustentabilidad de los productos turísticos colombianos... 7. Definir la política en materia de promoción de la competencia, propiedad industrial, protección al consumidor, estímulo al desarrollo empresarial, la iniciativa privada y la libre actividad exportadora... 11. Formular dentro del marco de su competencia las políticas relacionadas con la existencia y funcionamiento de zonas francas; las unidades de desarrollo fronterizo; los sistemas especiales de importación y exportación, las comercializadoras internacionales, zonas especiales económicas de exportación y demás instrumentos que promuevan el comercio exterior y velar por la adecuada aplicación de las disposiciones que se expidan.... 14. Determinar el alcance de los acuerdos comerciales internacionales suscritos por Colombia, sin perjuicio de las funciones asignadas al Ministerio de Relaciones Exteriores... 18. Evaluar, formular y ejecutar la política del Gobierno Nacional en materia de prevención y corrección de las prácticas desleales, restrictivas y lesivas del comercio exterior, que directa o indirectamente afecten la producción nacional.19. Formular con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales las políticas arancelaria, aduanera, de valoración, los nuevos regímenes aduaneros y los procedimientos de importaciones y exportaciones y definir conjuntamente con dicha entidad los convenios aduaneros internacionales de los que Colombia deba hacer parte. 20. Establecer los trámites, requisitos y registros ordinarios aplicables a las importaciones y exportaciones de bienes, servicios y tecnología, y aquellos que con carácter excepcional y temporal... 25. Llevar el

participación en la formulación de la política, los planes y programas de desarrollo económico y social relacionados con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de bienes y servicios, entre ellos, el turismo y la tecnología para las empresas nacionales, el comercio interno y externo.

Al determinar el alcance de los acuerdos comerciales internacionales (numeral 14 del artículo 2 del Decreto 210 de 2003), comparte funciones con el Ministerio de Relaciones Exteriores, sin embargo, en caso de discrepancia entre estas autoridades sobre sus facultades, podría resolverlo el superior jerárquico común mediante la delegación²⁵⁷ de la competencia en uno de sus inferiores, para el caso particular el Presidente de la República.

registro de comercio exterior de importadores y exportadores, de producción nacional, de comercializadoras internacionales, usuarios de zonas francas, gremios exportadores y de la producción nacional, contratos de tecnología y demás usuarios de comercio exterior, y expedir las certificaciones pertinentes. 26. Certificar la calidad de maquinaria pesada no producida en el país con destino a la industria básica, para obtener la exclusión del Impuesto al Valor Agregado IVA”.

²⁵⁷ “- Competencia por delegación. Todo órgano puede transferir el ejercicio de sus competencias propias a sus inferiores jerárquicos, salvo norma legal o reglamentaria en contrario. La delegación debe ser expresa y contener, en el mismo acto, una clara y concreta enunciación de las tareas, facultades y deberes que comprende la transferencia de competencia. [...]. El delegado es responsable por el ejercicio de la competencia transferida frente al ente público y a los administrados. Sus actos son impugnables ante el mismo órgano y ante el delegante. El delegante puede, en cualquier tiempo, revocar total o parcialmente la delegación, debiendo disponer expresamente en el mismo acto si reasume el ejercicio de las atribuciones delegadas o las transfiere a otro órgano, sin perjuicio de la facultad de avocarse al conocimiento y decisión de un asunto concreto...

- Competencia por avocación. El órgano superior puede asumir el ejercicio de las competencias propias de sus órganos inferiores jerárquicos, avocándose al conocimiento y decisión de cualquier cuestión concreta, salvo norma legal o reglamentaria en contrario.

El delegante puede también avocarse al conocimiento y decisión de cualquier asunto concreto que corresponda al delegado en virtud de la delegación general. La avocación produce efectos desde su notificación.

- Competencia por subrogación. En caso de excusación o recusación, la competencia se transfiere del órgano excusado o recusado al subrogante previsto por el ordenamiento jurídico. A falta de previsión, deberá ser designado por el superior jerárquico del órgano subrogado.

- Competencia por suplencia. Las ausencias temporales o definitivas de agentes públicos deben ser cubiertas por el suplente previsto por el ordenamiento jurídico. A falta de previsión normativa asume la competencia el superior jerárquico inmediato o agente público que este designe. El suplente sustituye al titular para todo efecto legal, y ejerce las competencias del órgano con la plenitud de facultades y deberes que ellas contienen”. Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo...*, cit., p.230-231.

El ejemplo citado a continuación, es una muestra de la regulación en un sector del mercado la cual es desplegada por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo como se observa con la fijación del reglamento técnico aplicable al alambre de acero liso, grafilado y mallas electrosoldadas para refuerzo de concreto que se fabriquen importen o comercialicen en Colombia²⁵⁸.

Mediante la expedición de esta resolución pretendo dar cuenta de la función de regulación que desarrolla este órgano de la Administración a través de un acto imperativo se establece el reglamento técnico y las características a las cuales deben sujetarse quienes realicen o comercialicen este producto, sin intentar indagar en los procedimientos para la elaboración del acto administrativo.

2.2. Entidades adscritas al Ministerio de Comercio Industria y Turismo

Según lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 210 de 2003, los organismos adscritos al Ministerio de Comercio Industria y Turismo son los siguientes:

- Superintendencia de Sociedades, - Superintendencia de Industria y Comercio, - Unidad Administrativa Especial Junta Central de Contadores, - Consejo Técnico de la Contaduría Pública.
- Instituto Nacional de Metrología, INM., con carácter de Unidad Administrativa Especial (Decreto 4175 de 3 de noviembre de 2011.)

2.2.1. Superintendencia de Sociedades

En el sector societario se encuentra como órgano de supervisión la Superintendencia de Sociedades adscrita al Ministerio de Comercio Industria y Turismo, vigila el cumplimiento de las normas que rigen el comportamiento de las sociedades comerciales y asesora al Gobierno Nacional en la formulación de la política de supervisión en la materia; sus funciones se encuentran

²⁵⁸ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 49423 de febrero 12 de 2015. Ministerio de Comercio Industria y Turismo. Resolución 0277 de 2 de febrero de 2015.

establecidas en normas de tipo legal y reglamentario, entre las cuales figuran el Decreto 410 de 1971 - Código de Comercio, la Ley 222 de 1995, artículos 82 al 85, y entre las más recientes; la Ley 1258 de 2008, el Decreto 4334 de 2008, la Ley 1314 de 2009, Ley 1429 de 2010, la Ley 1445 de 2011, la Ley 1450 de 2011, el Decreto 19 de 2012 y el Decreto 1023 del 18 de mayo de 2012, que en su artículo séptimo atribuye las funciones administrativas generales y de regulación²⁵⁹.

La Superintendencia de Sociedades ejerce funciones de manera detallada en el reglamento, por lo cual son competencias explícitas dentro de nuestra clasificación, no obsta, que sus competencias se interrelacionen con las funciones realizadas por el Banco de la República, en lo concerniente a la vigilancia por el cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera y operaciones de endeudamiento externo contempladas en el numeral 11 del artículo 7 del Decreto 1023 de 2012, lo cual sugiere que es una competencia compartida. Aunque la Superintendencia de Sociedades ejerce sus funciones de manera explícita, han surgido conflictos competenciales con otros organismos de supervisión.

La Superintendencia de Sociedades ejerce la vigilancia de las sociedades comerciales, sociedades extranjeras y empresas unipersonales, controla el manejo de los dividendos y el destino otorgado a la prima en colocación de acciones, que se consideraba como dividendo, susceptible de ser repartida a título de utilidad, a partir de la nueva regulación impartida a través de la presente

²⁵⁹ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48.434 de 18 de mayo de 2012. Decreto 1023 de 2012, artículo 7. Funciones Generales de la Superintendencia de Sociedades... 18. Resolver las controversias que se susciten en relación con el derecho de inspección... 23. Fijar y recaudar el monto de las contribuciones que las sociedades sometidas a su vigilancia o control deben pagar... 28. Autorizar el mecanismo de normalización del pasivo pensional, previo concepto favorable del Ministerio del Trabajo... 34. Expedir normas técnicas especiales, interpretaciones y guías en materia de contabilidad y de información financiera y de aseguramiento de información dentro de los límites fijados en la ley... 38. Expedir normas técnicas especiales, interpretaciones y guías en materia de contabilidad y de información financiera y seguimiento de información aplicables a las sociedades comerciales del sector real de la economía, dentro de los límites fijados por la regulación que sobre la materia expidan los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo, y de Hacienda y Crédito Público, según lo previsto en la Ley 1314 de 2009”

Circular Externa hace parte del aporte entregado por el socio a la compañía, cuyo reembolso debe seguir las reglas del capital social²⁶⁰.

2.2.2. Superintendencia de Industria y Comercio

Las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentran dispersas en distintas normas iniciando por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y la Ley 1480 de 2011, finalizando con las descritas en el artículo primero del Decreto 4886 de 2011 mediante el cual realiza funciones propias de supervisión y de regulación²⁶¹.

²⁶⁰ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 49.188 de 1 de agosto de 2014. Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 220-000008 01/08/2014. Ref.: Prima en colocación de acciones.

²⁶¹ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48.294 de 26 de diciembre de 2011. Decreto 4886 de 2011, artículo 1... La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: ... 8. Autorizar, en los términos de la ley, los acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general...11. Pronunciarse en los términos de la ley, sobre los proyectos de integración o concentración cualquiera que sea el sector económico en el que se desarrollen, sean estos por intermedio de fusión, consolidación, adquisición del control de empresas o cualquier otra forma jurídica de la operación proyectada. 12. Analizar el efecto de los procesos de integración o reorganización empresarial en la libre competencia, en los casos en que participen exclusivamente entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y, de ser el caso, sugerir condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado. 13. Expedir las guías en las que se establezca cuáles son los documentos e información necesarios para comunicar, notificar o tramitar ante la Superintendencia las operaciones de integración empresarial en todos los sectores de la economía nacional, salvo lo contemplado en el inciso segundo del numeral 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, y demás normas que lo modifiquen o adicionen. 14. Ordenar, cuando sea procedente conforme a la ley, la reversión de una operación de integración empresarial... 18. Determinar los libros necesarios para que las Cámaras de Comercio lleven el registro mercantil, la forma de hacer las inscripciones e instruir para que dicho registro y el de las personas jurídicas sin ánimo de lucro se lleve de acuerdo con la ley. 24. Fijar el término de la garantía mínima presunta para bienes o servicios, según lo dispuesto por el Decreto 3466 de 1982 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. 25. Prohibir o someter al cumplimiento de requisitos especiales la propaganda comercial de todos o algunos de los bienes o servicios que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud. 26. Ejercer las funciones establecidas en la Ley 1335 de 2009 y las que la modifiquen, adicionen, o reglamenten, en materia de publicidad, empaquetado y prohibición de promoción y patrocinio de tabaco y sus derivados... 32. Velar en los términos establecidos por la ley y la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y dar trámite a las quejas o reclamaciones que se presenten. ... 36. Imponer, previa investigación, de acuerdo con el procedimiento aplicable, sanciones por violación de las normas sobre protección al consumidor y del régimen de protección a usuarios de los servicios de telecomunicaciones... 43. Establecer, según la naturaleza de los bienes o servicios, si la fijación de precios máximos al público debe hacerse por el sistema de listas o en los bienes mismos y disponer respecto de cuales bienes será obligatorio indicar en los

Al restringir o conceder acuerdos que limitan la competencia, se limita la participación en el mercado, sin embargo, por ser la autoridad concedora de su funcionamiento tiene el registro del manejo de los porcentajes de participación que pueden amenazar con la concentración de capital o autorizarlo con el propósito de garantizar el suministro de bienes. “También puede afirmarse que en determinados mercados resulta indispensable un nivel aceptable de concentración que permita una asignación eficiente de los recursos destinados a la producción del bien o servicio transado. El problema radica en que debe entenderse por nivel aceptable, y en cuáles son los mercados que requieren una estructura más o menos concentrada según sus propias características y naturaleza”²⁶².

Contrariamente, puede ocurrir que exista una elevada concurrencia tal que inunde el mercado de empresas que oferten el mismo bien o servicio, frente a este respecto se expresa: “en supuestos en que compiten muchas compañías en un mercado determinado, cuando es seguro que las circunstancias económicas en dicho mercado no permiten el sostenimiento sino de un número limitado [...] la intervención debe consistir en una regulación adecuada del mercado que permita la sobrevivencia del número de empresas idóneo”²⁶³.

empaques, envases o etiquetas, además del precio máximo al público el precio correspondiente a la unidad de peso, volumen o medida aplicable. 44. Definir el contenido, características y sitio o sitios de colocación de las listas de los precios máximos al público. 45. Fijar las condiciones bajo las cuales se garantice que los bienes se expendan hasta su agotamiento al precio máximo al público establecido antes de entrar en vigencia la correspondiente fijación oficial de precios... 53. Autorizar las entidades de certificación para prestar sus servicios en el país, de acuerdo con lo previsto en la Ley 527 de 1999 y ejercer respecto de éstas, las funciones establecidas en dicha ley o en las demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan. 54. Fijar las tolerancias permisibles para efectos del control metrológico. 55. Expedir la reglamentación para la operación de la metrología legal... 58. Expedir las regulaciones que conforme a las normas supranacionales corresponden a la oficina nacional competente de propiedad industrial... 61. Impartir instrucciones en materia de protección al consumidor, protección de la competencia, propiedad industrial, administración de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones, fijar criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”.

²⁶² DEPOLO, RASMILIC, Radoslav, “Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia”, En: VELILLA, Marco, *Derecho de la competencia*, El navegante editores, Bogotá, 1998, p. 219.

²⁶³ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* /..., cit., p. 1197.

Es por ello que, para que exista un equilibrio del mercado y no se concentre o se desborde la competencia la SIC, emite pronunciamiento previo para autorizar cualquier agrupación empresarial, esta función ha sido objeto de constantes controversias con las autoridades que controlan los mercados en los distintos sectores. Si bien la SIC, es la autoridad única de la competencia, no en todos los casos sucede así, conforme a las excepciones que establece la ley, como es el caso de las integraciones que corresponde autorizar a la Súperfinanciera y a la Aeronáutica Civil.

Adicionalmente, el artículo 7 de la L-1340 de 2009 señala que a la Superintendencia de Industria y Comercio le corresponde rendir conceptos previos no vinculantes sobre proyectos de regulación a otras autoridades cuando incidan en la libre competencia, estableciendo el deber de informar a la SIC sobre los actos que se pretendan expedir, para este efecto pueden apartarse de sus conceptos explicando sus motivos.

Seguidamente el artículo 8 de la misma norma, tratándose de una preevaluación para una operación de integración empresarial proyectada o una investigación, señala el deber a la SIC de comunicar o dar aviso a las autoridades involucradas, pudiendo estas intervenir en cualquier momento de la actuación, sin que sus conceptos sean vinculantes para la autoridad de la competencia, teniendo la posibilidad de apartarse de ellos, con explicación justificada en su decisión. Aquí es oportuno expresar que la SIC, podrá ordenar la reversión de una integración, previa investigación, o, al encontrar que se ha incumplido un condicionamiento o requerimiento.

Esta posibilidad de intervenir mediante conceptos entre las autoridades que pretendan asumir conocimiento en una investigación, dependiendo del sector involucrado, puede dar lugar a una confrontación entre las entidades que consideren ser las competentes. Si bien esta ley aclara y determina que la SIC es la autoridad nacional de la competencia para emitir conceptos previos en todos los sectores de la economía respecto de cualquier integración empresarial,

deja abierta la posibilidad de que en el desarrollo de las investigaciones se ocasione una disputa competencial.

Distinto sucede en la solicitud de preevaluación para una operación de integración empresarial proyectada, donde los artículos 9 y 10 de la Ley 1340 de 2009, no dejan dudas sobre el pronunciamiento previo otorgado taxativamente a la SIC en cualquier actividad económica o cadena de valor, inclusive cuando se trate de entidades vigiladas por la Súperfinanciera, previo a su decisión, esta tendrá la obligación de contar con el análisis de la SIC sobre el efecto de la operación en la libre competencia, deduciendo que esta competencia se realiza de manera complementaria.

Analizando las características propias del mercado en un espacio territorial es posible fijar sus reglas y determinar si existe posición dominante o alianzas con efectos anticompetitivos. De acuerdo a las funciones de la entidad de supervisión, debe ejercer de manera coordinada y compartida con las demás autoridades implicadas en la protección de la competencia con el propósito de procurar la eficiencia económica en la nación.

Además de las funciones asignadas a esta autoridad administrativa, ejerce las competencias jurisdiccionales descritas en los artículos 54 y 58 de la Ley 1480 de 2011, referentes a la violación de los derechos del consumidor a través de cualquier medio de comercio electrónico o publicitario.

No podemos continuar sin expresar que la Superintendencia de Industria y Comercio acumula un gran número de funciones de policía administrativa, las cuales, se extienden a diversos mercados; ejerce la vigilancia del cumplimiento de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal (artículo 6 de la L-1340 de 2009) en cualquier ámbito de la economía, inclusive son tan amplias que se aproximan a las encargadas a otras entidades de la Administración, como las atribuidas al Invima en el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2078 de 2012, referentes al control sanitario sobre la publicidad y

ejecución de la política en materia sanitaria control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, etc., y otros que puedan tener impacto en la salud, y las competencias atribuidas a la SIC en el numeral 25 del artículo 1 del Decreto 4886/2011 relativo a la propaganda comercial de bienes o servicios que por su naturaleza sean nocivos para la salud, con lo cual, se constata el ejercicio de competencias concurrentes entre estas dos autoridades administrativas.

La SIC, no solamente ejerce funciones de policía administrativa puede inclusive - establecer si la fijación de precios máximos al público debe hacerse por el sistema de listas o en los bienes mismos, determinando cuales deben incluir en sus etiquetas las unidades de peso, volumen o medida aplicables, tal como se señala en el numeral 43 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011; - expide la reglamentación para la operación de la metrología legal (numeral 55); - expide las regulaciones que conforme a las normas supranacionales corresponden a la oficina nacional competente de propiedad industrial (numeral 58); - imparte instrucciones en materia de protección al consumidor, protección de la competencia, propiedad industrial, administración de datos personales (numeral 61), concluyendo que de acuerdo a nuestro estudio, esta superintendencia realiza funciones de regulación.

Esta entidad administrativa ostenta competencias normativas para ello, expide circulares y reglamentos con efectos de carácter general sobre el sector que son de obligatorio cumplimiento, al igual que otras superintendencias, regula a través de distintos actos o comunicaciones donde se imparten instrucciones que son imperativas.

La Superintendencia ejerce la protección de la competencia a nivel nacional, según lo establece la norma de manera exclusiva, artículo 28 de la Ley 1340 de 2009. No obstante, se evidencia que no todas las autorizaciones de integración empresarial se encuentran en la órbita de su competencia, como se constata de acuerdo a lo señalado en el párrafo del artículo 8 de la misma norma que

excepciona de tal autorización a las empresas del sector aeronáutico, conservando esta competencia en la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil, de conformidad con lo establecido en el artículo 1866 del Código de Comercio. La cuestión para cada asunto, radica en determinar quién tiene la competencia según la especialidad en el sector del órgano administrativo y la regulación prevista para cada actividad.

Por otro lado, se observa que las quejas y reclamaciones interpuestas por los usuarios del servicio de telecomunicaciones, es competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, según lo dispuesto en los numerales 32 y 36 del artículo primero del Decreto 4886 de 2011; así mismo, el numeral 2 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, otorgaba competencia a la Superintendencia de Servicios Públicos para vigilar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, sancionando a los infractores, con lo cual se produce una derogación tácita de acuerdo a lo dispuesto en la norma posterior.

En la práctica, se aplica la norma posterior general, es decir, el Decreto 4886/2011, que otorga competencia a la SIC., para conocer sobre las reclamaciones en el servicio de telefonía fija, sobre la norma especial anterior de rango legal, la Ley 142/1994, que otorgaba competencia a la SSP. En este caso se opta por darle aplicación a la asignación normativa más reciente para determinar el órgano indicado para resolver una reclamación.

Una apreciación más sobre las competencias que ejercen las autoridades de regulación nos permite identificar que el numeral 16 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, asigna a las comisiones, la función especial de impedir que las empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia, y según el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad nacional encargada de la protección de la competencia, función que ejerce de manera privativa, agregando los numerales 2 al 9 del

artículo 1 del Decreto 4886/2011, que adjudican a la SIC., facultades para conocer y adelantar procedimientos relacionados con la protección a la competencia en los mercados nacionales.

De lo anterior, podemos concluir que existe una abundante regulación administrativa para controlar las prácticas restrictivas de la competencia y se asignan funciones concurrentes a distintos organismos de protección de la competencia. Por un lado, esto favorece a los usuarios en cuanto a la elección de entidades posibles para presentar una queja o reclamación por cualquier motivo que se origine en la materia. La situación que se puede suscitar, es que los órganos que se consideren competentes para conocer estos asuntos, se disputen la competencia, o quienes la rehúsen o desconozcan se lo remitan recíprocamente con base en lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011, (artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015) que se refiere al procedimiento a seguir por el funcionario incompetente, con lo cual el afectado sería el usuario, al no recibir atención oportuna.

Por último, entre las normas de protección al consumidor en el servicio de comunicaciones la CRC., establece la regulación y el reconocimiento de los derechos de los usuarios a obtener información veraz, la protección de las conductas restrictivas, abusivas o discriminatorias, funciones descritas en los numerales 2, 10 y 11 del artículo 53 de la Ley 1341/2009. Son funciones de la CRC., regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, previene conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas mediante actos de carácter general o medidas particulares, numeral 2 del artículo 22 de la misma norma. Significando con ello que, si bien no existe dualidad de funciones entre la SIC y la CRC, esta última interviene en el ámbito que le es propio, previniendo violaciones al régimen de la competencia.

Entre las atribuciones que ejerce la SIC., se identifica que desarrolla funciones compartidas con otras autoridades administrativas, como es el caso de la

vigilancia en la administración de los datos personales del sistema financiero, se traslapa con la función de vigilancia radicada en la Súperfinanciera, artículo 17 de la Ley 1266 de 2008, lo cual sugiere que es una función alternativa, según lo establecido en el numeral 60 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011. Se concluye de lo anterior que la compartición de competencias exige un alto grado de coordinación y cooperación entre los organismos de regulación a fin de evitar choques administrativos competenciales.

La Superintendencia de Industria y Comercio establece los ingresos y los activos que se tienen en cuenta para informar sobre las operaciones a efectos de integrarse, fusionarse o consolidarse entre empresas que se dediquen a la misma actividad económica o la misma cadena de valor²⁶⁴. Es decir, a través de esta resolución se establecen condiciones que deben observar los agentes del mercado cuando pretendan una integración empresarial.

Para finalizar, en el evento de que la proyección de una integración supere los límites establecidos en la Ley 1340 de 2009, respecto al 20% del mercado relevante, el párrafo del artículo 3.3 de la Resolución 10930 de 11 de marzo de 2015, expedida por la SIC menciona que: “podrá iniciar el procedimiento sancionatorio por incumplimiento del deber de someter a preevaluación una concentración empresarial, cuando tenga indicios de que las intervinientes contaban con el 20% o más del mercado relevante”²⁶⁵. Y en el caso de los servicios públicos, cuando se detecte que una empresa usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia, la comisión respectiva ordenara su escisión (artículo 73.13 de la L-142/1994).

²⁶⁴ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 49376 de diciembre 26 de 2014. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 82040 de 26 de diciembre de 2014.

²⁶⁵ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 49.451 de marzo 12 de 2015. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 10930 de 11 de marzo de 2015

2.3. Entidades vinculadas al Ministerio de Comercio Industria y Turismo

Según lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 210 de 2003, las entidades vinculadas al Ministerio de Comercio Industria y Turismo son las siguientes:

- Artesanías de Colombia S. A., - Fondo de Garantías S.A. FNG., - Instituto de Fomento Industrial IFI, en liquidación, - Banco de Comercio Exterior S.A. Bancoldex.

3. Sector de las tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Abordando el complejo espacio de las comunicaciones, en la cima del sector administrativo se encuentra el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, según las facultades conferidas al Presidente de la República en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, establece su estructura y funciones.

3.1. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Con fundamento en la normatividad descrita, se expide el Decreto 2618 del 17 de Diciembre de 2012 que establece la estructura y funciones del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones²⁶⁶ y compila algunas de las facultades enunciadas en el artículo 18 de la Ley 1341 de 2009.

²⁶⁶ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48.647 de 17 de diciembre de 2012. Decreto 2618 de 2012, artículo 2. Funciones del Ministerio... 1. Definir, formular, adoptar y promover las políticas, planes, programas y proyectos del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que faciliten el acceso y uso de todos los habitantes del territorio nacional a las tecnologías de la información y las comunicaciones y coordinar su implementación. ...8. Asignar, gestionar y controlar el espectro radioeléctrico de acuerdo con lo establecido en la ley, con el fin de fomentar la competencia, el pluralismo informativo y el acceso no discriminatorio y evitar prácticas monopolísticas, sin perjuicio de las funciones que sobre los servicios de televisión estén asignados a otras entidades. ...12. Regir en correspondencia con la ley las funciones de vigilancia y control en el Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. ...18. Formular y ejecutar políticas de divulgación y promoción permanente de los servicios y programas del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, promoviendo el uso y beneficio social de las comunicaciones y el acceso al conocimiento, para todos los habitantes del territorio nacional... 20. Establecer condiciones generales de operación y explotación comercial de redes y servicios que soportan las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y que no se encuentren asignados por la ley a otros entes. 21. Expedir de

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ejerce funciones de regulación que fomentan la competencia en el sector, aunque si bien, se establece la salvedad de señalar el ejercicio de sus funciones sin perjuicio de las asignadas a otras entidades, vigila las actividades que envuelven todos los medios de comunicaciones, lo cual significa que en determinado caso puede aproximar sus funciones a las de otras entidades administrativas.

El Ministerio de las TIC., realiza funciones que promueven el uso de las tecnologías siendo de vital importancia para el manejo de la información como medio para fomentar y hacer efectiva la competencia en cualquier mercado. Promueve la regulación del trabajo virtual a través de los medios electrónicos, alcanzando mayor penetración en el mercado laboral, contribuyendo a la generación de empleo y reactivación de la producción, esto en conjunto con las demás entidades que involucren su ejercicio.

Ejemplo de la regulación técnica que expide el Ministerio de las TIC., se observa con la adopción de medidas en materia de ordenación técnica del espectro radioeléctrico atribuido al servicio de radiodifusión sonora y se actualiza el plan técnico de radiodifusión sonora en amplitud modulada y en frecuencia modulada²⁶⁷.

3.2. Entidades adscritas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Según lo descrito en los artículos 19 y 25 de la Ley 1341 de 2009 son:

- Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) Unidad Administrativa Especial. - Agencia Nacional del Espectro – ANE– con carácter de Unidad

acuerdo con la ley, los reglamentos, condiciones y requisitos para el otorgamiento de licencias, permisos y registros para el uso o explotación de los derechos sobre el espectro radioeléctrico y los servicios del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. ...23. Fijar las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo del nombre de dominio de Internet bajo el código del país correspondiente a Colombia – co”.

²⁶⁷ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 49.526 de mayo 29 de 2015. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Resolución número 0000254de 27 de febrero de 2015.

Administrativa Especial, - Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (artículo 34 de la Ley 1341/2009).

3.2.1. Comisión de Regulación de Comunicaciones

La Comisión de Regulación de Comunicaciones fue reformada mediante el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, anteriormente denominada Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) creada mediante la Ley 142 de 1994, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Entre las funciones que determinan la creación de la CRC., se le atribuye expedir la regulación sobre la libre competencia en el sector y fijar la regulación de protección a los consumidores en el servicio de comunicaciones con el fin de maximizar el bienestar de los usuarios²⁶⁸.

²⁶⁸ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 47.426 de 30 de julio de 2009. Ley 1341 de 2009, artículo 22. Funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes: ... 2. Promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado. 3. Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión; así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo; el régimen de acceso y uso de redes; los parámetros de calidad de los servicios; los criterios de eficiencia del sector y la medición de indicadores sectoriales para avanzar en la sociedad de la información; y en materia de solución de controversias entre los proveedores de redes y servicios de comunicaciones. 4. Regular el acceso y uso de todas las redes y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones, con excepción de las redes destinadas principalmente para servicios de televisión radiodifundida y radiodifusión sonora, hacia una regulación por mercados. 5. Definir las condiciones en las cuales podrán ser utilizadas infraestructuras y redes de otros servicios en la prestación de servicios de telecomunicaciones, bajo un esquema de costos eficientes. 6. Definir las instalaciones esenciales. [...] 8. Determinar estándares y certificados de homologación internacional y nacional de equipos, terminales, bienes y otros elementos técnicos indispensables para el establecimiento de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones aceptables en el país, así como señalar las entidades o laboratorios nacionales autorizados para homologar bienes de esta naturaleza. 9. Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de

De acuerdo al artículo 22 de la Ley 1341/2009 y las normas relacionadas con los servicios de telecomunicaciones, se constata que su regulación está asignada en las distintas autoridades que regulan el sector distribuyendo las competencias con marcado fraccionamiento.

Debemos puntualizar que el numeral 5 del artículo 22 de la L-1341/2009 clarificado por el artículo 57 de la L-1450/2011, hace mención a la definición de las condiciones en las cuales podrá ser utilizada y/o remunerada la infraestructura y redes eléctricas, en la prestación de servicios de telecomunicaciones, bajo un esquema de costos eficientes, la cual debe coordinarse entre la CRC y la CREG., situación que demanda una comunicación fluida entre las entidades involucradas en la prestación del servicio. De la misma manera, para el acceso a las TIC, se deberá contar con la colaboración de las autoridades territoriales en el despliegue de la infraestructura en comunicaciones, conforme lo indica el artículo 193 de la Ley 1753 de 2015.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones se encarga de promover la competencia, evitar el abuso de la posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones con el fin de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente y refleje altos niveles de calidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009. Asimismo, regula la libre competencia para la provisión de redes y servicios de

controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia. ...11. Señalar las condiciones de oferta mayorista y la provisión de elementos de red desagregados, teniendo en cuenta los lineamientos de política del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, garantizando la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura y los incentivos adecuados a la inversión, así como el desarrollo de un régimen eficiente de comercialización de redes y servicios de telecomunicación. 12. Regular y administrar los recursos de identificación utilizados en la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones y cualquier otro recurso que actualmente o en el futuro identifique redes y usuarios...14. Definir por vía general la información que los proveedores deben proporcionar sin costo a sus usuarios o al público y, cuando no haya acuerdo entre el solicitante y el respectivo proveedor, señalar en concreto los valores que deban pagarse por concepto de información especial, todo ello sin perjuicio de la información calificada como reservada por la ley como privilegiada o estratégica. ... Artículo 53. Régimen jurídico. El régimen jurídico de protección al usuario, en lo que se refiere a servicios de comunicaciones, será el dispuesto en la regulación que en materia de protección al usuario expida la CRC y en el régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias en lo no previsto en aquella”.

telecomunicaciones, previene conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, según se enuncia en el numeral 2 del artículo 22 de la misma ley.

En la regulación que emite la CRC., se expide la reglamentación asociada a los cargos de acceso a redes TMC, PCS, y TRUNKING, valor de cargo de acceso máximo por uso de redes móviles²⁶⁹.

3.2.2. Agencia Nacional del Espectro

La Agencia Nacional del Espectro se encuentra adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cuyo objeto es el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, sus funciones se encuentran descritas en el artículo 26 de la Ley 1341 de 2009 y el Decreto 4169 de 2011, que modifica su naturaleza otorgándole personería jurídica como Unidad Administrativa Especial y le asigna las funciones descritas en el artículo tercero²⁷⁰.

A la Agencia Nacional de Espectro le corresponde ejercer un número reducido de competencias entre sus facultades le corresponde “2. Diseñar y formular políticas, planes y programas relacionados con la vigilancia y control del Espectro, en concordancia con las políticas nacionales, sectoriales y las propuestas por los organismos internacionales competentes, cuando sea del caso”²⁷¹.

²⁶⁹ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 47.618 de 9 de febrero de 2010. Comisión de Regulación de Comunicaciones. Resolución número 2354 de 2010.

²⁷⁰ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No 48.242 del 3 de noviembre de 2011. Decreto 4169 de 2011, artículo 3... la Agencia Nacional del Espectro cumplirá además de las señaladas en el artículo 26 de la Ley 1341 de 2009, las siguientes funciones 1. Planear y atribuir el espectro radioeléctrico con sujeción a las políticas y lineamientos que determine el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para lo cual establecerá y mantendrá actualizado el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CNABF), con base en las necesidades del país, en el interés público, así como en los planes técnicos de radiodifusión sonora que establezca el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

²⁷¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 1341 de 2009, artículo 26

Esta agencia de orden nacional, elabora los planes, programas, esquemas de vigilancia y control del espectro radioeléctrico y de gestión técnica, función que anteriormente efectuaba la CNTV en el servicio de televisión, según lo indicaba el artículo 76 de la Constitución Política, el cual fue derogado por el artículo 1 del Acto Legislativo 002 de 2011. Actualmente, con la distribución de funciones que realiza el artículo 15 de la Ley 1507 de 2012, la intervención estatal en el espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión, estará a cargo de la Agencia Nacional del Espectro (ANE), la cual ejerce las funciones previstas en los artículos 24, 26 y 27 de la Ley 182 de 1995.

Se concluye que la ANE, es la única autoridad creada especialmente para diseñar modelos de control sobre el espectro radioeléctrico, configurando una competencia exclusiva²⁷². Adecua las reglas para su uso, conforme a las investigaciones que adelanta con organismos internacionales, encargándose de la gestión técnica, es decir, establece los reglamentos técnicos, planifica, controla, evalúa, aporta diseños, estrategias, experiencia, conocimiento e infraestructura que posibilita la explotación y promueve la dinámica en el sector.

Por ser la autoridad encargada de promover esta franja de la economía y ser la agencia que tiene el conocimiento del funcionamiento en este ámbito, le corresponde fijar reglas técnicas que deben seguir los sujetos para su control.

²⁷² En el ejercicio de la competencia exclusiva designada a través de la regulación proveniente del legislador o del gobierno a cada órgano “debe mantenerse en el espacio material que le ha sido acotado y que delimita el ámbito concreto en el que está habilitado”. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general II...*, cit., p. 247.

Esta proposición no es óbice para que la ley establezca excepciones futuras en el ejercicio de las competencias encomendadas a una autoridad administrativa. La atribución que entrega la Constitución al legislador para hacer las leyes no es del todo exclusiva, esta se complementa a través del poder reglamentario, “la competencia legislativa [...] nunca es exclusiva, correspondiendo al poder reglamentario la determinación de las medidas de aplicación, siendo la extensión de la intervención reglamentaria mayor o menor según que el legislador fije las <<reglas>> o solo los <<principios>>”. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Organización y Poder de Organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*, Iustel, Madrid, 2009, p. 181.

También se ha dicho que “el órgano competente normalmente tendrá la [competencia] exclusiva de su acción, pero estará sometido a la alzada- salvo que se –excluya expresamente- [...]. La competencia exclusiva es la usual y corriente”. GARCIA TREVIJANO, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., p. 404.

La Agencia Nacional del Espectro atribuye el espectro radioeléctrico, numeral 1 del artículo 3 del Decreto 4169 de 2011. Se observa que esta competencia se ejerce de manera complementaria, puesto que la asignación de frecuencias para la utilización del espectro radioeléctrico corresponde al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, según lo dispuesto en el párrafo del artículo 3 del Decreto 4169/2011²⁷³.

Este es el resultado de la regulación actual, donde se encarga a las nuevas agencias del Estado para regular en detalle cada asunto, atomizando las funciones de la Administración según su especificidad.

En cuanto a la regulación que expide la Agencia Nacional del Espectro, se encuentra aquella en la cual determina lo siguiente: “Al vencimiento de los plazos establecidos en la presente Resolución se atribuye y reserva dentro del territorio nacional, a título primario, la banda de frecuencias de 698 a 806 MHz, al servicio móvil terrestre para proveer redes y servicios de telecomunicaciones que utilicen o lleguen a utilizar las Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT)”²⁷⁴.

3.2.3. Autoridad Nacional de Televisión

Entre las autoridades creadas en el vasto sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, se encuentra la Autoridad Nacional de Televisión, creada mediante la Ley 1507 de 2012, que reemplazó la Comisión Nacional de Televisión, esta norma distribuye las funciones entre esta autoridad administrativa y la Agencia Nacional del Espectro.

La Autoridad Nacional de Televisión es una autoridad de naturaleza especial, con personería jurídica y autonomía patrimonial, presupuestal, técnica y

²⁷³ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48242 del 3 de noviembre de 2011. Decreto 4169 de 2011, artículo 3... Párrafo. La asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico es función del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

²⁷⁴ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48.648 de 18 de diciembre de 2012. Agencia Nacional del Espectro. Resolución 668 del 12 de diciembre de 2012.

administrativa, la cual forma parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones. Según el inciso segundo del artículo 2 de la L-1507/2012, en su objeto se incorpora evitar las prácticas monopolistas en su operación, lo que sugiere que es una función paralela a la función descrita en el artículo 13 de la misma ley que encarga expresamente a la SIC de investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia, el pluralismo informativo y el régimen para evitar las prácticas monopolísticas restrictivas de la competencia en el uso del espectro electromagnético y en la prestación del servicio, es decir, la función descrita en el literal d) del artículo 5 de la L-182/1995 quedo radicada en la SIC.

No obstante lo anterior, con la redacción vigente parece como si esta función la ejercieran las dos autoridades de manera compartida, surge la pregunta ¿cómo se coordina el objeto de la ANTV de evitar las prácticas monopolísticas con la función investigativa y sancionatoria por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia otorgada a la SIC? quizás en un ejercicio de colaboración informativa de la ANTV a la SIC.

La ANTV²⁷⁵ adjudica las concesiones y licencias de espacios de televisión, esta función la realiza complementariamente con la atribución previa conferida a la ANE para coordinar la gestión, administración y control del espectro.

El artículo 12 de la L-1507/2012, atribuye funciones a la CRC para clasificar el servicio de televisión según criterios de gestión y calidad del servicio, a razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales, obligaciones con los usuarios, ejerce facultades sancionatorias de acuerdo al régimen de inhabilidades las cuales se encontraban radicadas en la CNTV. La CRC podrá establecer otros criterios de clasificación o clases

²⁷⁵ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48.308 de 10 de enero de 2012. Ley 1507 de 2012, artículo 3°. Funciones de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV). De conformidad con los fines y principios establecidos en el artículo 2° de la Ley 182 de 1995, la ANTV ejercerá las siguientes funciones... b) Adjudicar las concesiones y licencias de servicio, espacios de televisión, de conformidad con la ley”.

diferentes, para mantener el sector actualizado con el desarrollo de los servicios y los avances tecnológicos, clasificación de televisión abierta y programas destinados a determinados usuarios, según los criterios de calidad que considere. La ANTV deja de ser el órgano con competencia exclusiva para clasificar la televisión según la calidad del servicio.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1507 de 2012, se asigna la fijación del régimen de uso del espectro radioeléctrico a cargo de la Agencia Nacional del Espectro (ANE), función que anteriormente ejercía la CNTV. En todo caso, la asignación de frecuencias de la televisión estará a cargo de la ANTV., según lo establecido en el párrafo primero del mismo artículo. Y, el artículo 15 de la misma norma, señala que la intervención estatal en el espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión, estará a cargo de la Agencia Nacional del Espectro (ANE), el inciso segundo del artículo 15 reitera que la ANTV será la encargada de asignar las frecuencias que previamente haya atribuido la Agencia Nacional del Espectro (ANE) para la operación del servicio de televisión. Lo cual sugiere que esta función la ejercen de manera complementaria estas dos agencias de la Administración.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que la asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico es una potestad del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, según lo establecido en el párrafo 1 del artículo 26 de la Ley 1341 de 2009, reiterada en el párrafo del artículo 3 del Decreto 4169 de 2011, su régimen lo establece la ANE. La asignación de frecuencias de televisión es competencia de la ANTV., con atribución previa de la ANE para la operación del servicio de televisión, inciso segundo del artículo 15 de la Ley 1507 de 2012. Se concluye que las competencias asignadas a las autoridades del sector son compartidas y se ejercen de manera complementaria, como se observa con la asignación de frecuencias para la operación del servicio de televisión y la asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico.

Las funciones de las agencias reguladoras demandan una “... fuerte especialización que el ejercicio de las tareas reguladoras exige en sectores muy dependientes de la innovación tecnológica, o vinculados estrechamente a la situación económica o a las transformaciones de la sociedad. [...] la función de regulación [...] supone un continuo análisis de las situaciones y creación de orientaciones, manteniendo una gran proximidad a la actividad regulada”²⁷⁶. Se concluye que, en el sector de las comunicaciones intervienen múltiples autoridades administrativas que ejercen sus funciones de manera conjunta²⁷⁷.

Ejemplo de la regulación que expide la ANTV., se observa con la expedición de los procedimientos de asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida²⁷⁸.

Por último, es importante expresar que el artículo 11 de la L-1507/2012 mantiene las funciones de supervisión anteriormente desarrolladas por la CNTV, ahora radicadas en la ANTV, previstas en el literal b) del artículo 5 de la L-182/1995, las cuales se refieren a la inspección, vigilancia y control para la adecuada prestación del servicio de televisión y, a la vigilancia y control del espectro radioeléctrico. Así mismo, esta autoridad permanece a cargo de la reglamentación contractual de cubrimientos, encadenamientos y expansión progresiva del área asignada, continua regulando las franjas y contenido de la programación, publicidad y comercialización. Por último, dicta las prohibiciones que atenten contra el pluralismo informativo en los términos del artículo 12 de la L-1507/2012 que se refieren a las funciones de regulación en el servicio de televisión.

Adicionalmente, continua reglamentando el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de

²⁷⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I...*, cit., p.1195.

²⁷⁷ “- Competencia conjunta o cumulativa.- [...] Supone que dos o más órganos deben de actuar conjuntamente por tratarse de materias que interesan a los mismos...”. GARCIA TREVIJANO, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. II, p. 397 y 404.

²⁷⁸ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48.877 del 9 de agosto de 2013. ANTV. Resolución ANTV 759 de 5 de agosto de 2013.

espacios de televisión y cesión de derechos, etc., conforme a lo señalado en el artículo 14 de la misma ley. Esto significa, que dicha autoridad administrativa ha realizado, desde su creación hasta la actualidad, funciones de supervisión y regulación concomitantemente.

3.3. Entidades vinculadas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

- RTVC., - 4-72, - Metrotel, Telebucaramanga, - FONTIC.

4. Sector del ambiente y desarrollo sostenible

En la cumbre del sector administrativo ambiental se encuentra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que fue creado por la Ley 99 de 1993, bajo el nombre de Ministerio del Medio Ambiente, la cual había sido fusionado con el Ministerio de Vivienda en el año 2002, para ser escindido nuevamente a través del artículo 11 de la Ley 1444/2011.

4.1. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

Las funciones de regulación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible se describen en el artículo 5 de la Ley 99 de 1993, entre las cuales, formula la política nacional del medio ambiente y los recursos naturales renovables, el uso del territorio y los mares adyacentes, para asegurar el aprovechamiento sostenible²⁷⁹.

²⁷⁹ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 41146 de Diciembre 22 de 1993. Ley 99 de 1993, artículo 5. Funciones del Ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente... 2. Regular las condiciones generales para el saneamiento del medio ambiente, y el uso, manejo, aprovechamiento, conservación, restauración y recuperación de los recursos naturales, [...] 11. Dictar regulaciones de carácter general tendientes a controlar y reducir las contaminaciones geosférica, hídrica, del paisaje, sonora y atmosférica, en todo el territorio nacional; [...] 14. Definir y regular los instrumentos administrativos y mecanismos necesarios para la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental y determinar los criterios de evaluación, seguimiento y manejo ambientales de las actividades económicas. [...] 21. Regular, conforme a la ley, la obtención, uso, manejo, investigación, importación, exportación, así como la distribución y el comercio de especies y estirpes genéticas de fauna y flora silvestres; regular la importación, exportación y comercio de dicho material genético, establecer los mecanismos y procedimientos

De las competencias asignadas al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible se evidencia que ejerce un amplio número de funciones de regulación que básicamente propenden por la preservación del ambiente y la protección de las externalidades que conlleva la actividad industrial y la explotación de los recursos naturales en todas sus formas.

El Ministerio dicta la regulación ambiental pertinente de acuerdo al seguimiento y evaluación realizada a la actividad económica que engloba el uso de los recursos naturales renovables; establece criterios, controla el comercio de especies biológicas que ingresen al país, controla el uso de los materiales, elementos y sustancias empleados en la actividad agropecuaria y fija los montos en las tasas que se deben pagar como resultado del uso o explotación de los recursos naturales, contribuyendo a su explotación o restringiéndola conforme a los resultados percibidos. A través de estas funciones limita la actividad económica inescrupulosa, el uso de sustancias nocivas para los ecosistemas, procurando principalmente, la preservación de la calidad del ambiente, la conservación de la salud en los seres vivos, evitando el deterioro ambiental,

de control y vigilancia y disponer lo necesario para reclamar el pago o reconocimiento de los derechos o regalías que se causen a favor de la nación por el uso de material genético [...] 24. Regular la conservación, preservación, uso y manejo del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, en las zonas marinas y costeras, y coordina las actividades de las entidades encargadas de la investigación, protección y manejo del medio marino, de sus recursos vivos, y de las costas y playas; así mismo, le corresponde regular las condiciones de conservación y manejo de ciénagas, pantanos, lagos, lagunas y demás ecosistemas hídricos continentales. [...] 26. Expedir regulaciones ambientales para la distribución y el uso de sustancias químicas o biológicas utilizadas en actividades agropecuarias; [...] 29. Fijar el monto tarifario mínimo de las tasas por el uso y el aprovechamiento de los recursos naturales renovables a las que se refieren el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto Ley 2811 de 1974, la presente Ley y las normas que los modifiquen o adicionen; [...] 31. Dirimir las discrepancias entre entidades integrantes del Sistema Nacional Ambiental, que se susciten con motivo del ejercicio de sus funciones y establecer criterios o adoptar decisiones cuando surjan conflictos entre ellas en relación con la aplicación de las normas o con las políticas relacionadas con el uso, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables o del medio ambiente; [...] 34. Definir, conjuntamente con las autoridades de turismo, las regulaciones y los programas turísticos que puedan desarrollarse en áreas de reserva o de manejo especial; determinar las áreas o bienes naturales protegidos que puedan tener utilización turística, las reglas a que se sujetarán los convenios y concesiones del caso, y los usos compatibles con esos mismos bienes; [...] [ejerce la inspección y vigilancia sobre las Corporaciones Autónomas Regionales]; [...] Dictar regulaciones para impedir la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos o subproductos de los mismos...”.

buscando el desarrollo sostenible, el crecimiento económico y el uso eficiente de los recursos.

Considerando los permanentes atropellos al ambiente por parte de empresas explotadoras de los recursos naturales, no es posible establecer una suave regulación ambiental, esta debe ser elaborada con gran meticulosidad y exige un seguimiento cercano, por tratarse de un sector expuesto a constantes abusos. El órgano encargado del sector coordina la regulación establecida de manera conjunta con diversas autoridades administrativas, puesto que el medio ambiente involucra variadas materias, cuya regulación debe estar acorde con las disposiciones supraestatales, por lo cual, dentro de nuestra clasificación podemos catalogarla como una entidad que ejerce competencias conjuntas, elaborando la regulación ambiental de manera coordinada con los demás organismos del gobierno.

Al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible le corresponde realizar el control a través de la regulación que involucra lo relacionado con la preservación del ambiente por lo cual en el tema de la eliminación de aguas contaminantes establece “los parámetros y los valores límites máximos permisibles en los vertimientos puntuales a cuerpos de aguas superficiales y a los sistemas de alcantarillado público...”²⁸⁰.

4.2. Entidades adscritas y vinculadas al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

El artículo 16 de la Ley 99 de 1993, establece las entidades científicas adscritas y vinculadas al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sin distinción alguna.

²⁸⁰ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 49.486 de 18 de abril de 2015. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución No. 0631 de 17 marzo de 2015.

Entidades adscritas:

- El Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, IDEAM., según el artículo 1 del Decreto 1277 de 1994.
- Parques Nacionales de Colombia, de acuerdo al artículo 1 del Decreto 3572 de 2011.

4.3. Entidades vinculadas:

El Decreto 1603 de 1994 establece como entidades vinculadas las siguientes:

- El Instituto de Investigación de Recursos Biológicos "Alexander Von Humboldt";
- El Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas "Sinchi", - El Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico "John Von Neuma".
- El Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras "José Benito Vives de Andreis", INVEMAR; figura como entidad vinculada, según el artículo primero del Decreto 1276 de 1994.

Es preciso señalar que la conformación de las entidades adscritas y vinculadas al sector administrativo ambiental se organiza en varias normas, entre ellas, la Ley 99/1993, y los Decretos 1603, 1276 y 1277 de 1994. Además, debemos expresar que las Corporaciones Autónomas Regionales (artículo 23 de la Ley 99/1993) aun cuando forman parte del sector ambiental, no se encuentran adscritas o vinculadas a ningún ministerio, pero son vigiladas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (Sentencia C-276/11 de la Corte Constitucional).

La mayor parte de las entidades vinculadas al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible son institutos de investigación, manejo científico de información y datos ambientales, encierran funciones de coordinación y colaboración con las demás autoridades ambientales.

Por su parte, la Unidad Administrativa Especial Parques Nacionales de Colombia, entre sus funciones de regulación otorga permisos, concesiones y autorizaciones ambientales para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables en las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, numeral 7 del artículo 2 del Decreto 3572 de 2011. Son funciones explícitas por cuanto las otorga el reglamento en desarrollo de las atribuciones conferidas al Presidente de la República en el literal d) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011.

4.4. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

A partir de la expedición del literal d) artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, se confieren facultades extraordinarias al Presidente de la República para crear y distribuir funciones a los órganos del Estado y se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, con carácter de Unidad Administrativa Especial, con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, la cual forma parte del sector de ambiente y desarrollo sostenible, establecida a través del artículo 1 del Decreto 3573 de 2011, cuyo objeto principal es la expedición de licencias ambientales para mejorar la eficiencia de la gestión ambiental y el desarrollo sostenible.

El artículo tercero del Decreto 3573 de 2011, describe las funciones de la ANLA²⁸¹, entre ellas, se transfiere la atribución para expedir licencias y la administración del Sistema de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales - SILA., antes radicada en el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible,

²⁸¹ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48.205 de 27 de septiembre de 2011. Decreto 3573 de 2011, artículo 3. FUNCIONES. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– cumplirá, las siguientes funciones: 1. Otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la ley y los reglamentos. 3. Administrar el Sistema de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales –SILA– y Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea –Vital... 10. Aprobar los actos administrativos de licencias ambientales para explotaciones mineras y de construcción de infraestructura vial y los permisos y concesiones de aprovechamiento forestal de que tratan los artículos 34, 35 y 39 de la Ley 99 de 1993. 11. Dirimir los conflictos de competencia cuando el proyecto, obra o actividad sujeto a licencia o permiso ambiental se desarrolle en jurisdicción de dos o más autoridades ambientales. 12. Desarrollar la política de gestión de información requerida para el cumplimiento de su objeto”.

encargando a la nueva autoridad del desarrollo de la política de gestión de la información en la materia.

Realiza la aprobación de los actos administrativos expedidos por las CAR de las tres regiones a las cuales se refieren los artículos 34, 35 y 39 de la Ley 99/1993; respecto a las licencias ambientales para explotaciones mineras y de construcción de infraestructura vial y los permisos y concesiones de aprovechamiento forestal. Se trata de una competencia especial²⁸² de control, que efectúa excepcionalmente, la ANLA sobre las CAR del nororiente, sur del Amazonas y el Choco, debido a que se considera área especial de reserva ecológica de interés mundial y recipiente de la biodiversidad del trópico húmedo.

Debemos precisar que, las CAR gozan de cierta autonomía para autorizar licencias; no obstante, el numeral 10 del artículo 3 del Decreto Ley 3573/2011, sujeta las decisiones de las mencionadas corporaciones autónomas regionales de que tratan los artículos 34, 35 y 39 de la L-99/93, para que estas envíen a la ANLA, de manera previa al otorgamiento de la licencia, el proyecto de acto administrativo que decida sobre su viabilidad y ésta emita el concepto de aprobación, observando el procedimiento previsto en el artículo 27 del Decreto 2041 de 2014.

Adicionalmente, la ANLA dirime los conflictos de competencia en jurisdicción de dos o más autoridades ambientales señalada en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 3573 de 2011, función que también se encuentra asignada al Ministerio de Ambiente en el numeral 31 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993. Se identifica que esta competencia se asigna doblemente en dos entidades de la Administración, lo cual podría ocasionar un conflicto real de competencias.

²⁸² “- Competencia general y especial.- Esta distinción hace referencia a la naturaleza de la materia. [...] La separación solo puede hacerse partiendo de la situación estática de un ordenamiento en un momento determinado. Al cabo del tiempo, lo que nació como especialidad puede convertirse en algo general”. GARCIA TREVIJANO, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t.II, p. 397 y 404.

Ahora bien, con la expedición del Decreto 2041 del 15 de octubre de 2014, se reglamenta nuevamente el Título VIII de la Ley 99 de 1993, en su artículo octavo establece la competencia privativa de la ANLA en la expedición de licencias ambientales en el sector minero en actividades de explotación de carbón, piedras y materiales de construcción, la cual realiza de manera compartida con las CAR, cuando se proyecte la explotación de más de 800 mil toneladas al año, es competencia de la ANLA (artículo 8 numeral 2, literal a), y por cantidades inferiores, corresponde autorizar a las CAR., artículo 9, numeral 1, literal a), derivando en un ejercicio de competencias segmentadas dependiendo la cantidad de carbón que se pretenda extraer. En lo referente a la expedición de licencias que otorga la ANLA para los proyectos que afecten el sistema de parques nacionales, el parágrafo 2 del numeral 16 del artículo 8, señala que previamente a la decisión sobre la licencia ambiental, el Ministerio de Ambiente contara con el concepto de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, por lo cual, se concluye que esta atribución la ejerce de manera complementaria para determinados casos.

Se deduce de lo anterior que, el Decreto 2041/2014 distribuye competencias de regulación económica que controlan la confluencia de agentes en el mercado a través de las autorizaciones de explotación entre las CAR, la ANLA y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, obteniendo que estas autoridades ambientales ejercen compartidamente las competencias para autorizar la explotación de los recursos naturales, dependiendo de la cantidad, la capacidad de extracción proyectada y la posible afectación a los parques nacionales, atomizando las funciones de las entidades encargadas de conceder permisos en los diferentes sectores, tratándose de funciones con gran injerencia en el crecimiento y equilibrio económico, en todo caso, cuando se considere que la construcción de una obra afecte el ambiente y el desarrollo sostenible, la ANLA deberá pronunciarse previamente.

En el caso de la autorización para el mejoramiento de infraestructura que expide el Ministerio de Transporte, según lo establecido en el parágrafo del artículo 2

del Decreto 769 del 22 de abril de 2014, si bien, desregula la necesidad de obtener licencia en la construcción de vías en los diversos modos de transporte férreo, fluvial y aéreo, también establece que si con la obra causa impacto al ambiente, la ANLA determinara si corresponde a un mejoramiento que implique licenciamiento, conformando una más de las competencias compartidas.

La especialización en el control y la regulación de las distintas actividades en algunos casos genera un panorama difuso, derivado de la abundante reglamentación, si bien concreta detalladamente en cada actividad a quien corresponde el control, también multiplica las funciones de cada órgano al entrar en cuantificaciones y especificaciones mínimas para distribuir la competencia, lo cual podría conducir a roces o fricciones en el ejercicio de la función administrativa.

5. Sector de transporte

En el sector del transporte nacional, la máxima autoridad del ramo, el Ministerio de Transporte, denominado anteriormente Ministerio de Obras Públicas y Transporte, hasta la expedición del Decreto 2171 de 1992, derogado parcialmente por la Ley 105 de 1993, la cual dicta disposiciones básicas sobre el sistema de transporte y posteriormente, la Ley 336 de 1996 adopta el estatuto nacional de transporte.

5.1. Ministerio de Transporte

Recientemente se expidió el Decreto 087 de 2011, que modificó nuevamente la estructura del Ministerio y en su artículo segundo determina sus funciones como la participación en la formulación de la política, planes y programas de desarrollo económico y social del país en materia de transporte, tránsito y la infraestructura, ejerciendo las funciones de regulación en el sector²⁸³.

²⁸³ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 47.955 de 17 de enero de 2011. Decreto 087 de 2011, artículo 2. Funciones. Corresponde al Ministerio de Transporte cumplir, además de las

A través de la Oficina de Regulación Económica, le corresponde realizar las funciones señaladas en el artículo 9 del Decreto 087 de 2011, establece criterios de eficiencia, diseña la formulación de propuestas para la renovación del parque automotor, define criterios en materia tarifaria, peajes y elementos de registro e información.

Los instrumentos que hacen efectiva la regulación giran en torno a “la fijación de estándares [...] el establecimiento de normas de calidad y seguridad, la intervención sobre tarifas y adjudicaciones de licencias en los mercados que admitan un número limitado de operadores, la regulación y control de la competencia etc”²⁸⁴.

Las funciones de la oficina de regulación económica se relacionan exclusivamente con el fomento de la competencia entre empresas operadoras, procurando lograr la eficiencia y seguridad en la operación del transporte público estableciendo parámetros para la fijación de tarifas y la definición de los términos económicos y financieros para la concesión en la prestación del servicio, administrando el manejo de información en el sistema.

El Ministerio de Transporte ejerce de manera exclusiva sus facultades, no obstante, en ciertas materias relacionadas con el transporte marítimo, comparte su competencia con la Dirección General Marítima, (artículo 2.11 del Decreto 087/2011) por lo cual, sus funciones en materia de transporte las ejerce de manera cumulativa o conjunta con otras entidades involucradas en este ámbito.

funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes 2.3. Establecer la política del Gobierno Nacional para la directa, controlada y libre fijación de tarifas de transporte nacional e internacional en relación con los modos de su competencia [...] 2.4. Formular la regulación técnica en materia de tránsito y transporte de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo. 2.5. Formular la regulación económica en materia de tránsito, transporte e infraestructura para todos los modos de transporte. [...] 2.8. Establecer las políticas para el desarrollo de la infraestructura mediante sistemas como concesiones u otras modalidades de participación de capital privado o mixto. [...] 2.11. Elaborar los planes modales de transporte y su infraestructura con el apoyo de las entidades ejecutoras, las entidades territoriales y la Dirección General Marítima, Dimar. [...] 2.15. Orientar y coordinar conforme a lo establecido en el presente decreto y en las disposiciones vigentes, a las entidades adscritas y ejercer el control de tutela sobre las mismas”.

²⁸⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* /..., cit., p.1197.

En cuanto a la regulación que expide el Ministerio de Transporte se encuentra la adopción de medidas para el registro, tránsito y transporte de la maquinaria agrícola industrial y de construcción autopropulsada²⁸⁵.

5.2. Entidades adscritas al Ministerio de Transporte

El artículo 4 del Decreto 087 de 2011, indica las entidades que integran el sector de la siguiente manera:

- Instituto Nacional de Vías, Invías, - Instituto Nacional de Concesiones, INCO remplazado por la Agencia Nacional de Infraestructura, - Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, - Superintendencia de Puertos y Transporte, Supertransporte, - Órganos de Asesoría y Coordinación Sectorial, - Comité de Coordinación Permanente entre el Ministerio de Transporte y la Dirección General Marítima - Dimar, - Consejo Consultivo de Transporte, y la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte creada mediante el Decreto 347 de 21 de mayo de 2014.

Es preciso recordar que, con la expedición del literal e) artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración pública, se reformaron algunas instituciones cambiando su naturaleza jurídica y se crean nuevas agencias, como ocurrió con el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), que mediante el Decreto 4165 de 2011, pasa de ser un establecimiento público a denominarse Agencia Nacional de la Infraestructura ANI., agencia estatal con naturaleza especial del sector descentralizado de orden nacional perteneciente a la rama ejecutiva, adscrita al Ministerio de Transporte.

5.2.1. Agencia Nacional de la Infraestructura

La Agencia Nacional de la Infraestructura es una Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial, forma parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva

²⁸⁵ Colombia. Ministerio de Transporte. Circular 20144200356451 de 1 de octubre de 2014.

del orden nacional, con personería jurídica, autonomía patrimonial, administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, tiene por objeto planear, coordinar y contratar los proyectos de concesiones y las formas de asociación público privada.

Para cumplir con ello, realiza las funciones descritas en el artículo 4 del Decreto 4165 de 2011²⁸⁶ entre ellas, elabora los proyectos de concesión para la explotación de la infraestructura pública de los servicios previamente definidos por el Ministerio de Transporte, lo cual nos indica que es una competencia complementaria; administra y opera de manera temporal la infraestructura férrea de acuerdo con la función señalada en el numeral 19 del artículo 4 del Decreto 4165/2011, el cual señala: “Administrar y operar de forma temporal la infraestructura ferroviaria nacional cuando por razones de optimización del servicio esta haya sido desafectada de un contrato de concesión y hasta tanto

²⁸⁶ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48242 del 3 de noviembre de 2011. Decreto 4165 de 2011, artículo 1°. Cambio de naturaleza jurídica y denominación del Instituto Nacional de Concesiones. Cambiase la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte [...] Artículo 4... son funciones generales de la Agencia Nacional de Infraestructura: 1. Identificar, evaluar la viabilidad y proponer iniciativas de concesión u otras formas de Asociación Público Privada para el desarrollo de la infraestructura de transporte y de los servicios conexos o relacionados. 2. Planear y elaborar la estructuración, contratación y ejecución de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública y de los servicios conexos o relacionados, que hayan sido previamente identificados por el Ministerio de Transporte o asignados por el Gobierno Nacional. [...] 4. Definir metodologías y procedimientos en las etapas de planeación, pre adjudicación, adjudicación, post adjudicación y evaluación de proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo. 5. Elaborar los estudios para definir los peajes, tasas, tarifas, contribución de valorización y otras modalidades de retribución por el diseño, construcción, operación, explotación, mantenimiento o rehabilitación de la infraestructura relacionada con los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo. [...] 7. Identificar y proponer, como resultado del análisis de viabilidad técnica, económica, financiera y legal, las modificaciones requeridas a los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo, con la finalidad de asegurar condiciones apropiadas para el desarrollo de los mismos. 8. Realizar directa o indirectamente la estructuración técnica, legal y financiera de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo, con base en los lineamientos y políticas fijadas por las entidades encargadas de la planeación del sector transporte y por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, (Conpes) [...] 17. Realizar la medición y/o seguimiento de las variables requeridas en cada proyecto para verificar el cumplimiento de los niveles de servicio y demás obligaciones establecidas en los contratos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.

se entregue a un nuevo concesionario o se disponga su entrega definitiva al Instituto Nacional de Vías (Invías)”.

El ejercicio de esta función, sugiere que la Agencia Nacional de la Infraestructura se encarga temporalmente, cuando las circunstancias lo exigen, como es el caso de la culminación de un contrato de concesión de infraestructura ferroviaria o hasta cuando la ejerza Invías, lo cual significa, que realiza esta función dependiendo de una condición, deduciendo que realiza esta competencia por sustitución y desarrolla funciones coordinadas con otros organismos administrativos.

Mediante la fijación de procedimientos para hacerse acreedor a una concesión se establecen los requerimientos necesarios para la explotación de una actividad y posteriormente se suscriben y ejecutan los contratos que permiten realizar el respectivo seguimiento, a su vez, es instrumento de regulación y control. “Los operadores deben obtener licencias de explotación y autorizaciones otorgadas por la agencia. Este control le permite a la instancia reguladora vigilar la estructura del mercado para asegurar las condiciones para el suministro de un servicio fiable”²⁸⁷.

La ANI se encarga de elaborar los estudios para definir los peajes, tasas, tarifas y contribuciones de valorización²⁸⁸, retribución por el diseño, construcción, operación, explotación, mantenimiento o rehabilitación de la infraestructura relacionada con los proyectos de concesión u otras formas de asociación público privada (numeral 5, artículo 4 del Decreto 4165/2011), y el Ministerio fija las tarifas para el transporte nacional e internacional, significando que las dos

²⁸⁷ CUSTOS, Dominique, “La noción estadounidense de regulación”, En: MARCOU, Gerard y MODERNE, Franck, *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 205.

²⁸⁸ “La contribución de valorización, según se deduce del inciso 1 del art. 317 de la Constitución, es un gravamen especial que recae sobre la propiedad inmueble y que puede ser exigido no sólo por los municipios, sino por la Nación o cualquier otro organismo público que realice una obra de beneficio social y que redunde en un incremento de la propiedad inmueble”. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-903 de 30 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

entidades intervienen en la fijación de tarifas en los temas relativos al transporte, lo cual indica que ejercen competencias compartidas una para los proyectos de concesión y la otra para el transporte.

Ejemplo de la regulación que establece la ANI, se refleja con el establecimiento del “procedimiento para el otorgamiento de los permisos para el uso, la ocupación y la intervención temporal de la infraestructura vial carretera concesionada y férrea que se encuentra a cargo de la entidad”²⁸⁹.

5.2.2. Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil

La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL., adscrita al Ministerio de Transporte, se encuentra regulada por el Decreto 260 de 28 de enero de 2004, y en los numerales 5 y 17 del artículo 5 establece sus funciones de regulación para lo cual dirige, coordina y regula técnicamente el transporte aéreo, fija y cobra las tasas, tarifas y derechos por la prestación de los servicios aeronáuticos y aeroportuarios o los que se generen por las concesiones, autorizaciones, licencias o cualquier otro tipo de ingreso o bien patrimonial²⁹⁰.

En cuanto a la autorización tantas veces referida como mecanismo de regulación se ha expresado: “esta es sin duda la técnica más utilizada [...] pero el ejercicio se sujeta a una prohibición solo excepcionalmente por acto permisivo de la Administración [...] no todas las regulaciones que se hacen de esta técnica clásica de intervención responden al modelo ideal de la misma; antes al contrario, es apreciable una gran variedad de soluciones en directa dependencia del grado de intensidad de la intervención administrativa en la materia. [Ejemplo de ellas son:] [...] 1. Las aprobaciones, homologaciones, verificaciones, [...] 2.

²⁸⁹ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 49537 de 8 de junio de 2015. Agencia Nacional de la Infraestructura. Resolución No.716 del 28 de abril de 2015.

²⁹⁰ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 45.446, de 30 de enero de 2004. Decreto 260 de 2004, artículo 5°. Funciones de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL. [...] 5. Dirigir, organizar, coordinar, regular técnicamente el transporte aéreo. [...] 17. Fijar, recaudar y cobrar las tasas, tarifas y derechos por la prestación de los servicios aeronáuticos y aeroportuarios o los que se generen por las concesiones, autorizaciones, licencias o cualquier otro tipo de ingreso o bien patrimonial”.

Las autorizaciones clásicas o típicas, que presentan un acto reglado [...] 3. Las autorizaciones que por su régimen se acercan mucho a verdaderas concesiones...”²⁹¹.

La Aerocivil desarrolla las competencias propias de regulación del sector aeroportuario y además de ellas, ejerce la función descrita en el artículo 1866 del Decreto 410 de 1971 - Código de Comercio, que otorga la competencia para aprobar previamente los acuerdos de colaboración, integraciones empresariales o explotación conjunta entre empresas aeronáuticas que tiendan a limitar la competencia.

Son indudablemente, funciones exclusivas para regular la confluencia en el tráfico aéreo, radicadas en la Aeronáutica, sin embargo, han encontrado coincidencia con las facultades que la ley otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio, en lo referente a la autorización de las integraciones empresariales; no obstante, por especialidad en el sector aéreo corresponde a la Aeronáutica Civil, por tratarse de una competencia exclusiva y excluyente²⁹².

En ejercicio de las funciones de regulación, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, establece los procedimientos de homologación y “convalidación de licencias otorgadas en el extranjero por países miembros de la organización de Aviación Civil OACI”²⁹³.

²⁹¹ PAREJO ALFONSO Luciano, JIMENEZ BLANCO, Antonio, ORTEGA ALVAREZ, Luis, *Manual de derecho...*, cit., p.627-628.

²⁹² La competencia excluyente evita que aprehenda el conocimiento de un asunto otro organismo administrativo, una vez se haya iniciado por la entidad que inicie la actuación administrativa. “Ha adquirido importancia, ante la vigencia procesalizada de los recursos administrativos y la apertura de la vía judicial por recursos o acciones judiciales, la llamada competencia excluyente, la cual impide que los actos provenientes de ciertos órganos puedan ser motivo de conocimiento y resolución del otro órgano de grado superior. La competencia de grado excluyente en la organización administrativa desconcentrada, es decir, la que se encuentra dentro de los cuadros de la organización central, es de imposible existencia, salvo una norma expresa del legislador que en forma indubitable exprese que está excluido para ante los grados superiores cualquier recurso administrativo. [...] la existencia de esta exclusión se justifica en la competencia atribuida a los entes descentralizados autárquicamente, y aun en las decisiones de órganos con específica competencia técnica”. FIORINI A., Bartolomé, *Derecho administrativo*, Tomo I..., cit., p. 137-138.

²⁹³ Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 48001 del 04 de Marzo de 2011. Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Circular CR 5202- 082- 002.

5.2.3. Superintendencia de Puertos y Transporte

La Superintendencia de Puertos y Transporte es una entidad adscrita al Ministerio de Transporte regulada por el Decreto 101 de 7 de febrero de 2000, que modificó el nombre de Superintendencia General de Puertos, por el de Superintendencia de Puertos y Transporte, y el Decreto 1016 de 2000, artículo 4o., modificado por el artículo 6 del Decreto 2741 de 2001, determina las atribuciones de la Superintendencia de Puertos y Transporte²⁹⁴, para lo cual desarrolla principalmente las funciones de policía administrativa de supervisión en materia de tránsito terrestre automotor en la nación. En el tránsito aéreo corresponde a la Aeronáutica Civil, y en el transporte marítimo a la Dirección Marítima – Dimar. La vigilancia del transporte está distribuida entre las autoridades que controlan las distintas modalidades de los medios de transporte.

La Superintendencia de Puertos y Transporte inspecciona y vigila los contratos de concesión para el mantenimiento de la infraestructura de transporte nacional de conformidad con las especificaciones mínimas, normas y marcos técnicos, (numeral 5, artículo 6 del Decreto 2741 de 2001), en concomitancia con la ANI, que supervisa el cumplimiento de la normatividad técnica en los proyectos de concesión u otras formas de asociación público privada a su cargo, de acuerdo con las condiciones contractuales, significa que es una función compartida entre estas autoridades (numeral 16 del artículo 4 del Decreto 4165 de 2011).

²⁹⁴ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 44659 de diciembre 27 de 2001. Decreto 2741 de 2001, artículo 6. La Superintendencia de Puertos y Transporte... ejercerá las siguientes funciones: 16. Asumir directamente, o por medio de personas especialmente designadas o contratadas para ello y en forma temporal, la prestación de los servicios propios de una Sociedad Portuaria, cuando esta no pueda o no quiera prestarlos por razones legales o de otro orden y la prestación continua de tales servicios sea necesaria para preservar el orden público o el orden económico, o para preservar el normal desarrollo del Comercio Exterior Colombiano, o para evitar perjuicios indebidos a terceros, en los casos en que tal función no esté atribuida a otra autoridad ...18. Establecer los parámetros de administración y control del sistema de cobro de las tasas de vigilancia que le competan a esta Superintendencia. 19. Establecer mediante actos de carácter general las metodologías, criterios y demás elementos o instrumentos técnicos específicos necesarios para el cumplimiento de sus funciones dentro del marco que éstas establecen. 20. Fijar los derechos que deban sufragar los sujetos vigilados con ocasión de los servicios administrativos que se desarrollen en ejercicio de la actividad de inspección, vigilancia y control que corresponde a la Supertransporte”.

Se observa que la función descrita en el numeral 16 del artículo 6 del Decreto 2741 de 2001, de realizar directamente la prestación de los servicios propios de una Sociedad Portuaria, cuando esta no pueda o no quiera prestarlos por razones legales o de otro orden y la prestación continua de tales servicios sea necesaria para preservar el orden público o el orden económico, es una función que ejerce la Superintendencia de Puertos y Transporte de manera sustitutiva²⁹⁵.

Otro aspecto a tener en cuenta, es que de acuerdo con la Ley 01 de 1991, las tasas por concepto de vigilancia las fijaba la Contraloría General de la República, en la actualidad las determina la Superintendencia directamente, desde la expedición del Decreto 1016 de 2000, esta determinación se efectuó quizás con el propósito de evitar dispersión de funciones.

En este ámbito la entidad de vigilancia expide autorizaciones de funcionamiento a los operadores portuarios (numeral 12 del artículo 6 del Decreto 2741/2001), cuyo objeto es controlar el número de participantes en el mercado, previo cumplimiento de los requisitos fijados. La regulación se realiza como resultado de la supervisión especializada del Estado, a través de ella es posible determinar los parámetros para establecer las tasas por la vigilancia o los derechos por el servicio administrativo prestado.

Por último, un aspecto no menos importante, en lo relativo a las funciones de inspección, vigilancia y control que ejerce la Superintendencia de Puertos y Transporte, es que estas se realizan de manera integral, lo que significa que su actividad supervisora recae sobre todas las empresas que presten el servicio de transporte público, sin considerar la naturaleza jurídica de su conformación, lo que se traduce en que el factor objetivo o naturaleza del servicio se superpone al factor subjetivo. (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso

²⁹⁵ “- Competencia por sustitución. El superior común a dos órganos puede disponer la transferencia de la competencia de uno a otro en procedimientos concretos, cuando las necesidades del servicio lo hagan conveniente, salvo que norma legal o reglamentaria lo prohíba. El acto de sustitución produce efectos desde su notificación. La sustitución solo procede cuando se permite la transferencia de competencias por avocación y delegación. Se aplican, supletoriamente a la sustitución, las reglas de la avocación y delegación particular”. Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo...*, cit., p.230.

Administrativo, Radicación número C-746 de 25 de septiembre de 2001, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla).

La Superintendencia de Puertos y Transporte establece medidas para el respeto y cumplimiento de la ley para combatir las formas de piratería, informalidad e ilegalidad en el servicio público de transporte²⁹⁶.

5.2.4. Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte

La Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte – CRIT., es una entidad con carácter de Unidad Administrativa Especial, forma parte del sector descentralizado, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, la cual fue creada mediante el Decreto 947 de 21 de mayo de 2014, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República mediante el numeral 2 del artículo 66 de la Ley 1682 de 2013.

La creación de la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte tiene como propósito principal definir la regulación económica del servicio de transporte y de la infraestructura, interceder en las fallas del mercado, determinar el grado de competencia, evitar los monopolios, garantizar la continuidad, realizar la evaluación de los niveles del servicio a fin de proporcionar la eficiencia en condiciones de accesibilidad y calidad, fijando las tarifas y estableciendo límites a las actividades no reguladas. El artículo 6 del Decreto 947 de 2014, establece las funciones de regulación económica de la CRIT²⁹⁷.

²⁹⁶ Colombia. Superintendencia de Puertos y Transporte. Circular No. 0022 de 24 de marzo de 2015.

²⁹⁷ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No. 49.158 de 21 de mayo de 2014. Decreto 947 de 2014, artículo 6. Funciones. La Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte CRIT, ejercerá las siguientes funciones: 1. Definir los mercados de infraestructura y servicios de transporte objeto de regulación, con las excepciones previstas en el numeral 2° del artículo 66 de la Ley 1682 de 2013. 2. Analizar y evaluar la estructura de los mercados objeto de regulación para determinar fallas de los mismos, el grado de competencia y la necesidad de regularlos. 3. Definir y adoptar el marco de regulación económica de los mercados de infraestructura y

Analizando el objeto y las funciones de la CRIT, observamos que - define el marco de regulación económica de los servicios de los mercados de infraestructura y servicios de transporte (numeral 3 del artículo 6 del Decreto 947 de 2014); - promueve la competencia para evitar los monopolios y los abusos de la posición dominante en el acceso y uso de la infraestructura de transporte y en la prestación de los servicios de transporte (numeral 5 del artículo 6); - define las reglas y condiciones de acceso a la infraestructura, interacción entre agentes, índices de calidad del servicio para la operación eficiente de la infraestructura (numeral 8); - define los criterios de eficiencia y desarrolla indicadores y modelos para evaluar la gestión de las empresas operadoras de servicio público de transporte, de los contratistas o concesionarios en materia de servicios de transporte y de infraestructura (numeral 11).

Por su parte, el objeto de la ANI es planear y estructurar los proyectos de concesión y otras formas de asociación público privada para el diseño, administración y explotación de la infraestructura de transporte para ello,

servicios de transporte teniendo en cuenta, entre otros, condiciones de eficiencia, disponibilidad, niveles de servicio, garantía de continuidad del servicio de transporte y estándares de calidad, salvo las excepciones señaladas en la Ley. 4. Expedir los diferentes actos, reglamentaciones, metodologías, criterios técnicos, normas de calidad e instructivos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto de la Comisión. 5. Promover la competencia para evitar los monopolios y los abusos de la posición dominante en el acceso y uso de la infraestructura de transporte y en la prestación de los servicios de transporte. 6. Fijar las tarifas de las actividades reguladas y los topes máximos de las actividades no reguladas en la operación del transporte carretero, férreo, fluvial y marítimo. 7. Establecer las fórmulas y criterios para la fijación de las tarifas del servicio público de transporte y servicios conexos de competencia de las entidades territoriales, de conformidad con la Ley. 8. Expedir los reglamentos únicos de los modos de transporte, en los que se definirán las reglas y condiciones de acceso a la infraestructura, interacción entre agentes, índices de calidad del servicio y en general, todas las condiciones necesarias para la operación eficiente de la infraestructura de aquellos modos en los que se identifique la existencia de fallas de mercado. [...] 10. Fijar las reglas de acceso a terceros a las redes de infraestructura y servicios de transporte. 11. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión de las empresas operadoras de servicio público de transporte, de los contratistas o concesionarios en materia de servicios de transporte y de infraestructura. 12. Establecer los criterios mínimos para que el Ministerio de Transporte habilite las empresas prestadoras de los servicios de transporte. 13. Definir la información que deben suministrar a la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte - CRIT las entidades y organismos del sector transporte y las empresas operadoras y prestadoras de servicios en el sistema nacional del transporte, así como la información de los concesionarios de infraestructura y operación de puertos, vías y ferrocarriles. 14. Resolver a petición de cualquiera de las partes, los conflictos entre los actores del sector en materia de acceso a la infraestructura. [...] 16. Expedir los actos administrativos de carácter general y específicos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones”.

- evalúa la viabilidad y propone iniciativas de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte (numeral 1 del artículo 4 del Decreto Ley 4165 de 2011); - identifica y propone, como resultado del análisis de viabilidad técnica, económica, financiera y legal, las modificaciones requeridas a los proyectos de concesión u otras formas de asociación público privada (numeral 7); - realiza la medición y seguimiento de las variables requeridas en cada proyecto para verificar el cumplimiento de los niveles de servicio y demás obligaciones establecidas en los contratos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo (numeral 17).

Examinando las funciones de la CRIT, se identifica que le corresponde definir las reglas de acceso a la infraestructura de transporte y establecer criterios de eficiencia, desarrollando indicadores para evaluar la gestión de los concesionarios de la infraestructura de transporte. Es posible avizorar alguna convergencia con las funciones realizadas por la ANI, que planea y estructura los proyectos de concesión para la administración y explotación de la infraestructura de transporte, proponiendo y evaluando la viabilidad de las iniciativas de concesión (APP) para su desarrollo, realizando las mediciones, el seguimiento a cada proyecto de concesión y la verificación del cumplimiento del servicio, determinando de esta manera, el acceso de los participantes y ejerciendo la vigilancia a través de la verificación en el mercado de la infraestructura de transporte.

Pese a que las funciones ejercidas por la CRIT son exclusivamente de regulación económica, siendo el órgano encargado de promover la competencia, controlar los monopolios y evitar los abusos de la posición dominante, expide reglamentos en los que se definen las condiciones de acceso a la infraestructura y resuelve los conflictos entre los actores del sector en esta materia, no dejan de encontrar alguna similitud con las funciones que desarrolla la ANI, debido a la aproximación que se advierte en el desarrollo del objeto de cada agencia.

Por otro lado, debemos señalar que la CRIT establece los criterios para que el Ministerio habilite las empresas de transporte, lo cual, significa que realiza funciones complementarias con el Ministerio de Transporte, cuyo ministro la preside, con la dirección a cargo del Director del Departamento Nacional de Planeación.

6. Funciones generales de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas

El artículo 71 de la Ley 142 de 1994, define la integración de las agencias de regulación de manera general, el cual señala que estarán conformadas por un comité de expertos comisionados, una coordinación general, la coordinación ejecutiva y administrativa, sus áreas ejecutoras compuestas por la oficina de regulación y políticas de competencia, la oficina técnica y la oficina jurídica.

Para el caso de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, el artículo tercero del Decreto 3571 de 2011, la adscribe al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y el artículo primero del Decreto 2728 de 2012 define su composición, indicando que se integra por el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio, quien la preside; el Ministro de Salud y Protección Social, el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Director del Departamento Nacional de Planeación y cuatro (4) expertos de dedicación exclusiva nombrados por el Presidente de la República para períodos fijos de cuatro (4) años, no sometidos a las reglas de carrera administrativa.

Por su parte, respecto a la conformación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, el artículo tercero del Decreto 1260 de 2013, señala su conformación, la cual se integra por el Ministro de Minas quien la preside, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Director de Planeación y ocho (8) expertos para períodos de (4) cuatro años nombrados por el Presidente de la República, en ambas comisiones participa el Superintendente de Servicios

Públicos, lo cual supone que no actúan desprovistas de la influencia del gobierno.

En cuanto a la regulación de los combustibles líquidos, los numerales 5, 7 y 8 del literal b) del artículo 4 del Decreto 1260 de 2013²⁹⁸ asignan a la CREG la definición de las metodologías y establecimiento de fórmulas para fijar los precios en la distribución y transporte de combustibles líquidos y el establecimiento de fórmulas para la fijación de precios de gas para uso vehicular y transporte de combustible terrestre y por poliductos.

Adicionalmente, el numeral 5 del artículo tercero del Decreto 4130/2011 reasigna a la CREG la función de: “Regular las actividades de refinación, importación, almacenamiento, distribución y transporte de los combustibles líquidos derivados del petróleo”²⁹⁹.

Funciones que no se deslindan suficientemente de las competencias atribuidas al Ministerio de Minas en los numerales 9, 10, 20 y 32 del artículo 2 del Decreto 381 de 2012³⁰⁰, que se refieren a la expedición de reglamentos técnicos sobre

²⁹⁸ “Decreto 1260 de 2013. Artículo 4. [...] b. Funciones en relación con el sector combustibles líquidos derivados del petróleo: [...] 5. Definir la metodología y establecer las fórmulas para la fijación de los precios y las tarifas de las actividades de refinación, importación, almacenamiento, distribución y transporte de los combustibles líquidos derivados de hidrocarburos, diferentes al precio de ingreso al productor y de venta al público de la gasolina motor corriente, el ACPM y los biocombustibles. [...] 7. Definir la metodología y establecer las fórmulas para la fijación de los precios y las tarifas de gas para uso vehicular. 8. Definir la metodología y establecer las fórmulas para la fijación de los precios y las tarifas del transporte de combustibles, terrestre y por poliductos”.

²⁹⁹ “Decreto 4130 de 2011. Artículo 3. [...] Reasígnense a la Comisión de Regulación de Energía y Gas las funciones de: [...] 5. Parcialmente las funciones asignadas en el artículo 3° del Decreto 4299 de 2005 al Ministerio de Minas y Energía, que quedará así: Regular las actividades de refinación, importación, almacenamiento, distribución y transporte de los combustibles líquidos derivados del petróleo”.

³⁰⁰ “Decreto 381 de 2012. Artículo 2. [...] son funciones del Ministerio de Minas y Energía, las siguientes: [...] 9. Expedir los reglamentos técnicos sobre producción, transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica y gas combustible, sus usos y aplicaciones. 10. Expedir la regulación para el transporte de crudos por oleoductos. [...] 20. Establecer los criterios que orientarán la remuneración de los proyectos destinados a asegurar la confiabilidad, disponibilidad, continuidad y garantía del suministro de los combustibles líquidos, biocombustibles y otros. [...] 32. <Numeral adicionado por el artículo 1 del Decreto 1617 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Adelantar las gestiones necesarias para dar continuidad al

distribución y transporte de gas combustible y la elaboración de los criterios para la remuneración de los proyectos destinados a asegurar la disponibilidad, continuidad y garantía del suministro de los combustibles líquidos. Así mismo, adelanta las gestiones necesarias para dar continuidad al abastecimiento de combustibles derivados y gas natural.

Cabe preguntarse, cuál es el límite del Ministerio para establecer los criterios de remuneración para garantizar el suministro de combustibles líquidos y de gas natural y cuáles son las gestiones necesarias para asegurar su abastecimiento, así como para la expedición de los reglamentos para distribución y transporte de gas combustible, y la regulación que fija la CREG para distribución y transporte de combustibles líquidos derivados del petróleo, funciones que podrían originar un conflicto competencial.

Como habíamos señalado, estas agencias tienen como función capital regular la libre competencia, y algo curioso entre sus funciones es reducir la competencia entre empresas de servicios públicos, (artículo 73.2-b de la Ley 142/1994), cuando acrecentar la competencia determina el precio en la economía de mercado, pues al aumentar el número de participantes en determinado sector amplía la posibilidad de que los precios disminuyan, quizás limitar el número de participantes evita que proliferen acuerdos negativos para la competencia o que se repartan el mercado por zonas geográficas. Por otra parte, estas agencias se encargan de impedir la posición dominante, regulan las condiciones económicas, establecen parámetros, condiciones de calidad y eficiencia en la prestación del servicio público que corresponda, establecen la legalidad de los contratos de condiciones uniformes, deciden sobre las fusiones o escisiones empresariales y establecen formulas sobre las tarifas.

abastecimiento de hidrocarburos y combustibles, incluyendo gas natural, combustibles derivados y biocombustibles”.

Entre las funciones generales de la comisiones de regulación³⁰¹ se identifican las relativas a promover la competencia en el ámbito regulado, resolver conflictos de mercado entre operadores, reglamentar concesiones y licencias en el sector respectivo y las funciones que inciden directamente con la prestación de los servicios públicos domiciliarios, las cuales tienen como facultad relevante la

³⁰¹ “Colombia. Congreso de la República. Ley 142 de 1994, artículo 73. Funciones y facultades generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrá las siguientes funciones y facultades especiales: ... 2. Someter a su regulación, a la vigilancia del Superintendente, y a las normas que esta Ley contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas: a) Competir deslealmente con las de servicios públicos; b) Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos; c) Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen. .3. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones. 4. Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio.... 6. Establecer la cuantía y condiciones de las garantías de seriedad que deben prestar quienes deseen celebrar contratos de aporte reembolsable...11. Establece fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, [...] y señala cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre. 12. Determina para cada bien o servicio público las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo; y define, con bases estadísticas y de acuerdo con parámetros técnicos medibles y verificables, apropiados para cada servicio, quiénes pueden considerarse "grandes usuarios"...14. Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios.15. Ordenar la liquidación de empresas monopolísticas oficiales en el campo de los servicios públicos y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia a los que se refiere esta Ley. 16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas... 20. Determinar, de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas. 21. Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario. 22. Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta Ley. 23. Definir cuáles son, dentro de las tarifas existentes al entrar en vigencia esta Ley, los factores que se están aplicando para dar subsidios a los usuarios de los estratos inferiores, con el propósito de que esos mismos factores se destinen a financiar los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, y cumplir así lo dispuesto en el numeral 87.3 De esta Ley.... 25. Establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público”.

regulación de los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea de hecho posible, promueven la competencia entre quienes presten servicios públicos para que sean económicamente eficientes y que ello no implique abuso de posición de dominio, procurando que se provean servicios de calidad.

Preparan proyectos de ley para someter a consideración del gobierno, y recomiendan la adopción de los decretos reglamentarios que se requieran. Adicionalmente, ordenan la escisión de empresas de servicios públicos, cuando se encuentre el empleo de posición dominante que impida el desarrollo de la competencia, o pueden ordenar que la empresa que debe escindirse otorgue subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que si la tiene, en general, prevé y evita prácticas restrictivas de la competencia. Aquí observamos que las comisiones de regulación tienen facultades para dividir empresas cuando detectan prácticas que restringen la competencia en un sector específico.

De lo cual, se observa que las actuaciones que evitan una posición de dominio³⁰² y restringen la competencia, son ejercidas por las comisiones de regulación en cada sector, tal como lo realiza la autoridad nacional de protección de la competencia la SIC. No obstante, por tratarse de la regulación de los servicios públicos domiciliarios, compete especialmente a la agencia de regulación que corresponda en cada sector específico.

La función concerniente a la facultad selectiva de pedir información a las empresas prestadoras de servicios públicos, es una de las funciones que también corresponde adelantar a la Superintendencia de Servicios Públicos

³⁰² “las empresas se encuentran en una posición dominante cuando tienen el poder de actuar independientemente, o que las coloca en la posición de actuar sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores. (...) Se encuentran en posición de dominio cuando debido a su participación en el mercado, o a la combinación de esta con la disponibilidad de conocimientos técnicos, materias primas o capital, tienen el poder para determinar los precios o controlar la producción para una parte significativa de los productos en cuestión”. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Tomo II*, Heliasta S.R.L., Bs. As., Argentina, 2005, p.186.

establecida en el artículo 79.7 y 79.10 de la Ley 142 de 1994, con lo cual se evidencia que la solicitud de información es una función que ejercen de manera concurrente las comisiones (73.26, segundo inciso) y la Superintendencia de Servicios Públicos, pudiendo imponer sanciones por no proporcionar la información requerida oportunamente, por lo cual, se concluye que ejercen competencias alternativas o concurrentes³⁰³ en esta materia.

Las superintendencias como organismos de carácter técnico con personería jurídica, tienen funciones referentes a la verificación del cumplimiento de los contratos, la vigilancia, inspección y control; impone medidas correctivas por violaciones al régimen previsto en relación con la competencia, emiten conceptos a las comisiones y ministerios; sus funciones de policía administrativa, competen en gran medida a la vigilancia interna de las empresas de servicios públicos, el manejo financiero y contable, así como lo relativo a la gestión administrativa, aplicando las sanciones a que haya lugar por la inobservancia al reglamento y la ejecución de procesos inadecuados.

Finalmente, podemos apreciar que la ley atribuye funciones compartidas entre las agencias de regulación y las superintendencias, como sucede en el campo de los servicios públicos, al ordenar la liquidación de empresas monopolísticas oficiales por parte de las comisiones de regulación (73.15 de la Ley 142 de 1994, artículo modificado por el art. 98, Ley 1151 de 2007, ordenando la entrega del servicio a un tercero) y la toma de posesión de las empresas de servicios públicos por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos (79.9) por las causales señaladas en el artículo 59, pudiendo llegar hasta ordenar su liquidación (60.2), con lo cual se deduce que pueden llegar a ejercer funciones concurrentes por este motivo, situación que puede traer efectos adversos en la actividad administrativa ocasionando dilaciones procesales.

³⁰³ “La concurrencia, [...] supone que varias competencias coinciden y convergen sobre el mismo objeto. Aquí la razón del choque no está en una lucha por la propia competencia, sino en que, al proyectarse varias sobre el mismo objeto, han de producir inevitables roces”. GARCIA TREVIJANO, José Antonio, Tratado de Derecho Administrativo..., cit., p.405.

7. Conclusiones

Se observa a lo largo de este capítulo que la especialización en los distintos sectores obliga a crear tantos órganos como materias en cada orden de la economía, y cada uno de ellos ejerce competencias fraccionadas que se reparten en las distintas entidades de un sector como sucede en el ámbito de las comunicaciones donde se distribuyen competencias detalladas en cada agencia.

La tecnología no solamente, trae consigo la ruptura de los monopolios, sino que fragmenta el mercado obligando a la Administración nacional a diluir las competencias en las agencias del Estado, lo cual podría tener como consecuencia la fricción en el ejercicio de la función administrativa al ejecutar sus competencias. Se advierte sobre un gran cumulo de competencias de policía y de regulación económica entendiendo por tal; la autorización, la aprobación y la expedición de actos generales imperativos (79.3, 79.4, 79.13 de la L-142/1994). Facultades que también ejerce Superintendencia de Industria y Comercio que se interrelacionan con los distintos sectores administrativos las cuales tienen injerencia en el mercado de bienes y servicios, así como en el control de agrupaciones empresariales y la determinación de reglas de protección al consumidor.

Aquí se han descrito las funciones regulatorias de los órganos de regulación que inciden en la economía, en su mayoría, haciendo uso de criterios técnicos para controlar las distintas materias sirviéndose de distintas disciplinas; ingeniería, economía, ambiente, sin embargo, la regulación va más allá, al intervenir en sectores como el del trabajo, la salud y la educación etc.,³⁰⁴ que tienen incidencia económica y su regulación adquiere un amplio contenido social el cual

³⁰⁴ “La regulación tiene también una cara distinta cuando se aplica no ya a sectores predominante o exclusivamente económicos, sino que tienen alguna otra trascendencia, p. ej.; social, urbanística, educativa, cultural, de seguridad pública, etc. Los ejemplos se pueden multiplicar: Regulaciones en materia de servicios privados de salud, seguridad social, servicios privados de seguridad, institutos privados de enseñanza en cualquiera de sus grados. Parece innecesario decir que en cada caso puntual la tensión regulación/ desregulación presenta perfiles propios, siempre cambiantes, siempre inestables.” Fundación de derecho administrativo de Buenos Aires. 13 de julio de 2014, http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo7.pdf. p. 329

conlleva efectos económicos al establecer índices de calidad, seguridad y protección a los usuarios en los productos y servicios, relativizando el favorecimiento a empresarios o a consumidores, por ejemplo; en la fijación de tarifas de las cuotas copago que deben pagar los usuarios en el servicio de la salud y el consumo de medicamentos, se procura mantener el equilibrio económico en esta relación.

Por otro lado, no está demás expresar el caso de las empresas estatales que proporcionan servicios públicos, se estimulan autorregulaciones que conducen a tener una regulación heterogénea. El nuevo modelo privatista permite la libre concurrencia de oferentes en la concesión para la prestación de los distintos servicios públicos, pretende lograr mayor eficiencia, mejor calidad, continuidad y estimular la competencia, con el fin de obtener mejores beneficios para la sociedad, propiciando un entorno de competencia entre los agentes económicos.

Dicha dinámica, incitó a la desestatización y a la liberalización del monopolio de los servicios públicos, estableciendo en nuestro medio agencias reguladoras semejantes a las agencias norteamericanas con particularidades que las diferencian de aquellas, las cuales fueron creadas con el objeto de regular cada sector y mejorar la calidad del servicio, permitiendo ampliar la cobertura, estableciendo el control de las tarifas, dependiendo de las condiciones del mercado, controlando la posición dominante, evitando la concentración de capital e impidiendo los abusos, designios orientados a mantener la leal competencia y la protección de los usuarios.

Así las cosas, ante el incremento de la intensidad con que se ejerce la policía administrativa como consecuencia de la entrada en el mercado de la empresa privada, la apertura del mercado y la libre iniciativa económica, se experimenta dispersión en la multiplicidad de controles con una pluralidad de órganos encaminados a intervenir en el mismo sector, derivando en la segmentación de funciones y el carácter directo o complementario de la función propia de la

Administración para producir la regulación normativa hace patente la diversa naturaleza de la misma.

Situación que acrecienta los conflictos de competencias por lo cual, el Consejo de Estado precisa que para su resolución es necesario entender la concurrencia competencial en ciertas materias como consecuencia de la especialización, lo que implica, diferenciar entre el objeto y el sujeto de control.

Posición que no se aparta de que el ejercicio del control en ocasiones sea compartido por las entidades de policía del Estado con funciones semejantes en desarrollo de la intervención que despliega a través de sus agentes. La normatividad en ocasiones prevé el *control concurrente* debido a la cercanía que existe en la actividad de vigilancia; podemos agregar que con la reorganización de la Administración nacional, no solo se atomizaron las competencias, sino que también aumentaron exponencialmente los conflictos de competencias, a partir de la expedición de la Ley 1444 de 2011.

Una consecuencia de la regulación es el equilibrio entre los intereses públicos y privados, por cuanto procura mantener la protección de los consumidores o usuarios. De otro lado, ajusta el interés privado manteniendo los límites de actuación entre los agentes del mercado. El control se ejerce por autoridades que operan con distintos márgenes de reducida autonomía en los niveles de la Administración tornándose más complejas las formas de administrar.

Hasta aquí, hemos visto la manera como se produce el reglamento³⁰⁵ que expiden distintos órganos de la Administración en ejercicio de la función

³⁰⁵ “Cuando la Constitución alude [...] a la expresión [reglamento], se refiere no sólo a los decretos reglamentarios que corresponde expedir al Presidente como atribución constitucional propia, sino también a una serie de actos de diversas formas: resoluciones, circulares, instrucciones, órdenes, etc, provenientes de las autoridades administrativas jerárquicamente inferiores. Cuando [la Constitución] exige fijar las funciones de los empleos públicos, entre otros actos por medio de reglamentos, no se está refiriendo exclusivamente a la ley que determina la estructura orgánica de la entidad pública, ni al manual general de funciones que expide el Presidente de la República, sino también al manual específico de funciones de cada entidad.”

reguladora que reviste el poder de policía administrativa. Se pretende dejar en claro que el poder de reglamentación no es potestad exclusiva del Presidente de la República, sino que las agencias estatales que integran el poder ejecutivo y las entidades a escala territorial, también cuentan con poder para regular en ciertas materias con expresa autorización y con sujeción a la normatividad vigente.

CAPITULO CUARTO

IV

**CONFLICTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE COMPETENCIAS
ADMINISTRATIVAS**

1. Conflictos positivos de competencias administrativas

Como consecuencia de los conflictos de competencias administrativas encontramos las decisiones producidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, donde se emiten las siguientes disposiciones que son vinculantes para las partes involucradas:

1.1. Conflicto positivo de competencias administrativas – Aeronáutica Civil Vs. Superintendencia de Industria y Comercio

Las dos entidades administrativas se disputan la competencia para conocer sobre la integración empresarial de varias aerolíneas.

1.1.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

Con ocasión de la expedición de la Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas sobre protección de la competencia, se desató la controversia entre la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y la Aeronáutica Civil (Aerocivil), a raíz del contenido de los enunciados de la citada ley. Entre éstos se encuentran las siguientes disposiciones:

Artículo 4º. **NORMATIVIDAD APLICABLE.** La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico.

[...]

Artículo 6º. **Autoridad Nacional de Protección de la Competencia** La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las

investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal. PARÁGRAFO. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio³⁰⁶.

De la norma citada, se concluye que la SIC conoce de todas las investigaciones sobre protección de la competencia, sin omitir que el artículo 4º, la exceptúa de conocer sobre asuntos particulares en temas específicos.

El párrafo del artículo 8º de la Ley 1340 de 2009, mantiene la competencia para autorizar la explotación conjunta de los servicios aéreos en la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil, establecida en el artículo 1866 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971)³⁰⁷ la cual, la designa como autoridad competente:

Parágrafo. La Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves³⁰⁸.

1.1.2. Antecedentes

La discusión traída a colación se originó en una solicitud de preevaluación de alianza comercial proyectada por medio de un contrato a riesgo compartido (*joint*

³⁰⁶ Colombia. Congreso de la República. Ley 1340 de 2009, artículo 4.

³⁰⁷ "Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 410 de 1971, artículo 1866: CONVENIOS ENTRE EXPLOTADORES SUJETOS A LA APROBACIÓN PREVIA DE AUTORIDAD AERONÁUTICA. Quedan sujetos a la aprobación previa de la autoridad aeronáutica los convenios entre explotadores que impliquen acuerdos de colaboración, integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que de cualquier manera tiendan a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo".

³⁰⁸ Colombia. Congreso de la República. Ley 1340 de 2009, artículo 8, párrafo.

venture) que presentó un grupo de aerolíneas extranjeras simultáneamente, a la SIC y a la Aerocivil para su aprobación. Esta última, consideró que era la competente para realizar dicha aprobación de integración empresarial, bajo el concepto de que se trataba de *explotación conjunta*, término incluido en el artículo 1866 del Código de Comercio y reiterado en el parágrafo del artículo 8º de la Ley 1340 de 2009. La SIC, por su parte, apoyándose en la reciente ley, argumentó que había sido designada como autoridad única a nivel nacional en lo atinente a protección de la competencia, lo cual comprende integraciones económicas, prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal administrativa. Afirmó además, que la nueva norma derogaba tácitamente el régimen anterior, por lo cual plantea el conflicto.

Con anterioridad, la Corte Constitucional en la sentencia C-277 de 2011, se había pronunciado sobre la exequibilidad del artículo 8º de la Ley 1340 de 2009. A este respecto manifestó que no se violaban los principios de consecutividad e identidad flexible en la aprobación de la norma que se proponía ante su Corporación.

1.1.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado otorgó la competencia a la Aerocivil, explicando que la competencia de ésta “constituye una excepción a la regla general sobre competencia orgánica del objeto de la ley”³⁰⁹.

1.1.4. Análisis del caso

El artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 radica en la SIC de manera privativa, la función de vigilar y sancionar las infracciones sobre protección de la competencia, atendiendo esta disposición, sería válido el argumento de que esta

³⁰⁹ Radicación 11001-03-06-000-2011-00047-00(C)/2011..., cit. p.12

norma deroga tácitamente el régimen anterior o, en contraste, se debería atender a lo descrito en el artículo 4º de la misma ley, el cual señala que prevalecen las normas particulares que regulen sectores o actividades de manera específica, indicando expresamente en el párrafo del artículo 8 que corresponde a la Aerocivil expedir la autorización a las empresas aéreas que proyecten la explotación conjunta en el sector.

En virtud de lo establecido en esta norma es admisible que según estas interpretaciones, se constituya un conflicto de competencias como ocurrió de hecho, donde se deben evaluar ambas tesis para asignar la competencia. En el caso concreto, se optó por dar la razón a la Aerocivil, tras estimar el campo de regulación que se controla, luego de efectuar un análisis integral de la normatividad relativa a la materia, no solamente la ley confiere la competencia expresamente, sino que considerando el factor objetivo, la Aerocivil es la autoridad especialmente encargada de controlar el sector.

En la concurrencia de competencias al no delimitar claramente las funciones orgánicas, es posible ocasionar una lesión efectiva al ordenamiento jurídico por parte de un funcionario que usurpa una competencia. En el caso de la competencia complementaria, se tiene clara la autoridad ante la cual se inicia la actuación y esta recibe concepto de otra entidad administrativa para pronunciarse sobre una solicitud, difícilmente ocasionaría un conflicto. Pero si una disposición legal asigna en una sola entidad administrativa la competencia para regular todas las integraciones económicas sin considerar la actividad del sector que se pretenda controlar, puede dar lugar a un conflicto competencial con el argumento de una derogación tácita de una norma que otorgue competencia a otra entidad en la materia.

En el presente caso, resulta forzado el argumento de la derogación tácita, por cuanto la misma ley que autoriza el control de la competencia de manera privativa en la SIC., establece expresamente la excepción para que ejerza el

control de la competencia en el sector aeronáutico, asignándolo a la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil, por lo cual se deduce que es un conflicto de competencias aparente, dado que el artículo 1866 del Código de Comercio, también asignó la función a la AEROCIVIL, sin que exista norma que se contraponga directa y efectivamente a la competencia atribuida reiterativamente en el ordenamiento jurídico.

1.2. Conflicto positivo de competencias administrativas Comisión Nacional de Televisión Vs Superintendencia de Industria y Comercio

Es natural que la preocupación por aclarar las interpretaciones relativas a las competencias de las entidades públicas haya sido un tema de relevancia en los últimos tiempos, en razón a la abundancia normativa y la especialización en la concepción de Estado regulador, lo cual ha traído como resultado un gran despliegue de entidades y agencias estatales que fortalecen y extienden el papel del poder ejecutivo, en consecuencia, se generan múltiples controles que derivan en un acercamiento funcional. Para ilustrar sobre este punto, se constata indecisión al ejercer las funciones asignadas entre un órgano autónomo liquidado recientemente, la Comisión Nacional de Televisión CNTV (sustituida por la Autoridad Nacional de Televisión creada mediante la Ley 1507 de 2012) y un ente que integra la rama ejecutiva del poder público, la Superintendencia de Industria y Comercio SIC.

1.2.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

Las disposiciones que entraban en tensión, partían de lo dispuesto en la norma fundamental particularmente, en los artículos 75, 76 y 77 de la CP., que se referían a la intervención del Estado para garantizar la libre competencia y evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético con dirección de la política en materia de televisión a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, para lo cual, se había creado la CNTV a

través de la Ley 182 de 1995 cuyo artículo 4, contemplaba como objeto evitar prácticas monopolísticas en el ámbito de la televisión y el artículo 5, literales d) y e), que establecían las funciones de protección de la competencia y la regulación y control sobre los operadores del sector en igualdad de oportunidades³¹⁰.

Las anteriores disposiciones presentaban una inconsistencia normativa que derivaba en un problema jurídico respecto a las competencias atribuidas a la SIC., desde la expedición de la Ley 155 de 1959 que se refería a las prácticas comerciales restrictivas y la libre competencia, norma que más tarde es modificada por el artículo 118 del Decreto 266 de 2000, (declarado inexecutable por la sentencia 1316 de 2000 de la Corte Constitucional) la cual, autorizaba a la Superintendencia de Industria y Comercio para emitir pronunciamiento sobre integraciones empresariales. Asimismo, el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999 y el párrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000, facultaban a la SIC en materia de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios públicos no domiciliarios de comunicaciones.

³¹⁰ “Colombia. Congreso de la República. Ley 182 de 1995, artículo 4. Objeto. Corresponde a la Comisión Nacional de Televisión ejercer, en representación del Estado la titularidad y reserva del servicio público de televisión, dirigir la política de televisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con el servicio público de televisión de acuerdo a lo que determine la ley; regular el servicio de televisión, e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley. Artículo 5. Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión: [...] d) Investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia, el pluralismo informativo y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas previsto en la Constitución y en la presente y en otras leyes, o por incurrir en prácticas, actividades o arreglos que sean contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades entre aquéllos, o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo en los servicios de televisión, o a la formación indebida de una posición dominante en el mercado, o que constituyan una especie de práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético y en la prestación del servicio. e) Reglamentar el, otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos”.

Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 2 del Decreto Ley 2153 de 1992³¹¹ y el numeral 14 del artículo 4 del mismo decreto, conferían a la SIC facultades para ejercer el control sobre la adquisición empresarial sin importar la actividad en la cual recayera, al señalar que es función del superintendente de industria y comercio pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición de control de empresas.

1.2.2. Antecedentes

El 19 de abril de 2000, el representante de Sky Colombia S.A., denuncia ante la Superintendencia de Industria y Comercio a la Sociedad Caracol Televisión S.A., por incurrir en presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia, por tratamiento discriminatorio y abuso de posición dominante de que trata el numeral 2 del artículo 50 del Decreto Ley 2153 de 1992, que modifica la Ley 155 de 1959.

El 25 de mayo de 2000, la CNTV informó a la SIC, que había recibido denuncia proveniente de los mismos sujetos por los mismos hechos y esta había solicitado información a la denunciada sobre el asunto, aduciendo ser la entidad competente para vigilar el cumplimiento de las normas en la materia, por lo cual promueve acción de definición de competencias administrativas sosteniendo que la Ley 155 de 1959 le otorgó competencia para conocer sobre prácticas

³¹¹ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2153 de 1992, artículo 2. FUNCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: 1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, los siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional: que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios que los empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exima variedad de precios y calidades de bienes y servicios. ARTÍCULO 4o. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: [...] 14. Pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas”.

comerciales restrictivas de la competencia y la Ley 555 de 2000, le confiere la facultad a la SIC para controlar la libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios como el de televisión e incluye la frase “así como de todos los demás sectores económicos” (frase del párrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000³¹², declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1344 de 2000), indicando que ya no la ejerce de manera residual, sino general.

1.2.3. Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

La Sala, después de referirse a la inexecutable de la frase contenida en el párrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000, al cual alude la SIC, al manifestar que a ella corresponde ejercer el control de la competencia en todos los sectores económicos, es una afirmación excesiva y sin conexidad, por lo cual define el conflicto en los siguientes términos:

... la intervención del Estado en el servicio público de la televisión, y en particular en lo relacionado con la utilización del espectro electromagnético, para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, evitando las prácticas monopolísticas en su uso, debe ser adelantada por la Comisión Nacional de Televisión en ejercicio de la facultad señalada en el artículo 5° literal d) de la Ley 182 de 1995. En tal sentido se resolverá el conflicto de competencias planteado por la Superintendencia de Industria y Comercio³¹³.

³¹²“Colombia. Congreso de la República. Ley 555 de 2000, artículo 10. [...] PARAGRAFO. RÉGIMEN DE COMPETENCIA. La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones, <así como de todos los demás sectores económicos>. En tal calidad, la Superintendencia aplicará y velará por la observancia de las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996, contando para ello con sus facultades ordinarias y siguiendo para el efecto el procedimiento general aplicable, sin perjuicio de las atribuciones regulatorias de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y la Comisión Nacional de Televisión”.

³¹³ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número 11001-03-15-000-200-0678-00(C) de 27 de julio de 2004, Consejero Ponente Filemón Jiménez Ochoa

1.2.4. Análisis del caso

En el presente conflicto de competencias administrativas se realiza una interpretación sistemática de las normas que regulan la protección de la competencia para la época de los hechos, llegando a la conclusión de que es la Comisión Nacional de Televisión el órgano de creación constitucional creado para evitar las prácticas monopolísticas e investigar y sancionar legalmente las actividades contrarias a la libre competencia.

Además, observando el aspecto objetivo o la actividad a investigar y el sujeto vigilado - factor subjetivo, correspondía por especialidad, al ente más indicado para continuar con la competencia a la CNTV. Por otro lado, el literal d) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 confiere la competencia expresamente.

El caso planteado configuraba un conflicto real de competencias administrativas, al apreciar que varias normas atribuían competencia a distintas autoridades sobre el mismo objeto para garantizar la libre y leal competencia, concretamente, el literal d) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 y el numeral 1 del artículo 2 del Decreto Ley 2153 de 1992, sumado a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000.

Es oportuno referirse a la consulta que había solicitado dos años atrás, el viceministro de comunicaciones al Consejo de Estado en el año 2002, respecto a cuál de las dos entidades, la Comisión Nacional de Televisión o la Superintendencia de Industria y Comercio debía ejercer la competencia para investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión, por violación al régimen de protección de la competencia para evitar las prácticas monopolísticas y por incurrir en actos contrarios a la libre y leal competencia, en esta ocasión, la Sala de Consulta y Servicio Civil en su función consultiva expresó:

Corresponde a la Comisión Nacional de Televisión adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión. Para ello, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión, por violación del régimen de protección de la competencia, el pluralismo informativo y el régimen para evitar las prácticas monopolísticas, y por incurrir en actos contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades, o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo en los servicios de televisión, actividades todas relacionadas con la explotación del espectro electromagnético, la prestación del servicio de televisión y la industria de la televisión, conforme lo prevén la Constitución Política en sus artículos 75 a 77 y la ley 182 de 1995, artículos 5º literales b) y d), 52 y 53, y otras leyes que regulen las conductas sancionables a que se hizo referencia³¹⁴.

De lo anterior, se colige que la CNTV., era la autoridad encargada de regular y controlar la competencia en el sector de la televisión, concluyendo que la autoridad que ejercía el control en la explotación del espectro electromagnético era el órgano independiente de creación constitucional la CNTV, según se extraía de lo enunciado en los literales d) y e) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995.

Por tanto, se configuraba una dualidad de competencias radicadas en dos órganos para regular un asunto, que al tratarse de una norma posterior y especial la Ley 182 de 1995, sería el órgano encargado por autorización constitucional. En contraste, el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, adicionó el artículo 46 del Decreto Ley 2153 de 1992, referente a la prohibición de las conductas que afecten la libre competencia, las prácticas comerciales restrictivas y abusos de posición dominante sin importar la actividad o sector económico, radicando la competencia en la Superintendencia de Industria y Comercio, sumado a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1507 de 2012, que traslada a la SIC, la competencia descrita en el literal d) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, que se refiere a investigar y sancionar a los operadores de

³¹⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 1412 de 11 de abril de 2002, Consejera Ponente Susana Montes de Echeverri

televisión que incurran en prácticas contrarias a la libre y leal competencia, funciones antes radicadas en la CNTV.

Debemos recordar que el derogado artículo 76 de la Constitución Política Colombiana, establecía que “la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión estaba a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio”³¹⁵.

Dicho organismo según la ley era la CNTV, la cual intervenía en asuntos referentes al espectro electromagnético la cual ocupaba rango constitucional. En una postura de corte centralista se expresaba que: “ [...] la ausencia técnica, nos lleva a afirmar la insensatez de separar el espectro en compartimientos, uno para los servicios de telecomunicaciones en general y otro para la televisión, generándose de esta forma duplicidad de funciones y falta de coordinación entre las entidades rectoras del tema [...] el espectro radioeléctrico es un bien precioso, que debe ser administrado por el Estado en razón de su gran importancia en la vida de la comunidad, por ello, la separación del mismo en los compartimientos anotados y la duplicidad en su administración, solo puede generar traumatismos para la sociedad y para los fines últimos del Estado. Este artículo debería desaparecer y el Ministerio de Comunicaciones debe asumir la gestión única del espectro en Colombia”³¹⁶.

En la actualidad, la Agencia Nacional del Espectro es la entidad encargada de la regulación del espectro, las redes de comunicaciones por la Comisión de Regulación de las Comunicaciones y los permisos para el uso de frecuencias de televisión corresponden a la Autoridad Nacional de Televisión.

³¹⁵ Colombia. Constitución Política de 1991, artículo 76.

³¹⁶ DEVIS GRANADOS, Isaac A., *Aspectos constitucionales de los servicios públicos y las telecomunicaciones en Colombia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p.112.

En relación con la intervención que ejerce la CNTV, la Corte Constitucional en sentencia C-298 de 1999 informaba que:

Ahora bien, esa intervención tiene dos aspectos funcionales generales señalados por el ordenamiento superior, a saber: la dirección de la política en materia de televisión y la regulación de la prestación de ese servicio, funciones que en los términos de la ley, se complementan para concentrar en dicho organismo la regulación, manejo y control de tan influyente servicio de comunicación. [...] Lo cual no significa que el ejecutivo no se desentienda totalmente de su obligación constitucional de velar en general, por la prestación de los servicios públicos, puesto que como ya se precisó en el caso específico de la televisión, el Estado está representado por la CNTV para tales efectos y el Ejecutivo conserva en cierto grado las funciones de gestión y control del espectro electromagnético que en general le confiere la Carta Política³¹⁷.

Según lo expuesto por la Alta Corporación, se concluía que la función principal de la CNTV, era direccionar la política en lo atinente al tema de la televisión y concomitantemente regulaba la prestación del servicio, función que no excluye el control que puedan ejercer los demás entes del poder ejecutivo, interpretación que no resolvía el problema, lo cual conducía a que se continuara suscitando la tensión posteriormente.

Pese a los pronunciamientos del Consejo de Estado, persistía la diferencia de criterios y disposiciones normativas encontradas que dieron lugar a otra tensión entre las funciones desarrolladas por estas dos entidades administrativas, la cual se originó con la expedición de la resolución #774 del 17 de agosto de 2007 expedida por la CNTV que dispuso no objetar la integración económica propuesta por el grupo empresarial Telmex que agrupaba TV CABLE del Pacífico S.A., CABLENTRO S.A., y SATELCARIBE S.A., anterior a ello, la Superintendencia de Industria y Comercio, había iniciado investigación

³¹⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-298 de 5 de mayo de 1999, Magistrada Ponente Martha Victoria Sachica Méndez

administrativa mediante resolución #17652 del 14 de Junio de 2007, por no comunicar a ella sobre dicha integración.

Según los investigados, las funciones de inspección, vigilancia y control por violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en el servicio público de televisión son de competencia de la CNTV; en otras palabras, afirmaban que la SIC tenía una competencia residual en este ramo y no le correspondía adelantar investigaciones relacionadas con el servicio público de televisión, por cuanto en esta materia la Constitución Política y la ley, habían facultado a otra autoridad, para el caso a la CNTV.

Mediante resolución #28982 del 12 de septiembre de 2007 la Superintendencia de Industria y Comercio, defendiendo su postura en materia de integraciones empresariales, sostenía que entre las facultades que confiere el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 y el numeral 14 del artículo 4, de la misma norma, es función del superintendente de industria y comercio pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición de control de empresas, tal régimen es aplicable a todas las empresas cualquiera que sea la actividad económica que desarrollen en los mercados del país ya que tal facultad la ejerce de manera general y residual la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Ley 182 de 1995 creó la Comisión Nacional de Televisión, en su artículo 5 literal d), establecía las funciones en desarrollo de su objeto, señalando que corresponde investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia, el pluralismo informativo y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas previsto en la Constitución, facultad que en un giro inesperado, fue trasladada por el legislador a la SIC., mediante el artículo 13 de la Ley 1507 de 2012.

Frente a las funciones de la SIC debemos indicar que esta acumula un gran número de competencias que se aproximan a las funciones de otras autoridades inclusive, a las de órganos judiciales, por lo cual se ha expresado que: “en materia de protección al consumidor, existen funciones duplicadas con las Alcaldías que tienen idénticas funciones administrativas en materia de defensa de derechos al consumidor. Paralelamente, las facultades jurisdiccionales que posee la SIC en esta materia también las comparten los jueces”³¹⁸.

Configurando tan solo, otra situación donde se evidencia la confluencia de funciones que se desarrollan en nuestro sistema, circunstancia que se torna en una cuestión compleja al intervenir en una materia dos entes públicos de distinto nivel jerárquico.

La concurrencia de funciones en distintos organismos de derecho público exige una delimitación más precisa de la actuación para controlar un entorno determinado, puesto que al no acotar las competencias orgánicas en desarrollo de la función administrativa se corre el riesgo de entrecruzar el ejercicio de la actividad estatal derivando en procesos administrativos prolongados.

Concluimos que en la consulta presentada a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se aplicó un análisis gramatical en el estudio de la normatividad desarrollada para el tema de regulación en el servicio público de televisión. Constatamos a través de las normas expuestas que la regulación de la explotación y concentración de la propiedad desarrollada en leyes anteriores a la Constitución Política de 1991, se encargaba a la SIC en casi todos los sectores, inclusive en la reglamentación posterior al año 1991, se continúa reafirmando su control en manos de ella. Con la entrada en funcionamiento de la CNTV, y el ingreso de nuevos operadores del servicio en el mercado de la televisión, surgen nuevas regulaciones que dan lugar a diversas

³¹⁸ MURCIA PÁEZ, Mónica, *Memorias seminario supervisión...*, cit., p. 217.

interpretaciones. En el concepto emitido por la Sala de Consulta del Alto Tribunal en la consulta realizada por el Viceministro de Comunicaciones, se limitó a describir las funciones señaladas en las normas que asignan la competencia a los entes administrativos involucrados, sin efectuar un análisis distinto, al descrito, se concluye que la competencia radicaba en la CNTV.

Estas posturas son de relevancia, puesto que aquí se evidencia que existen normas que confieren la competencia a dos órganos de la Administración para vigilar la protección de la competencia en el mercado de la televisión. Por un lado, el artículo 2 de la Ley 1507 de 2012, asigna la función de evitar las prácticas monopolísticas a la ANTV - (CNTV), contraponiéndose a lo señalado en el artículo 2 y el numeral 14 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y al artículo 13 de la Ley 1507 de 2012 que asignan en la SIC funciones de control en la integración empresarial en todos los ámbitos de la economía incluyendo el control de la competencia en el sector de la televisión, configurando de acuerdo a nuestro estudio un conflicto real de competencias administrativas que permanece en consideración a lo descrito en el contenido del inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1507/2012³¹⁹, que se refiere al objeto de la ANTV de garantizar la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, así como evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación.

Según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1507 de 2012, la función de investigar y sancionar a los operadores de televisión fue trasladada a la SIC, la

³¹⁹ “Colombia. Congreso de la República. Ley 1507 de 2012, artículo 2°. Creación, naturaleza, objeto y domicilio de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV). Créase la Autoridad Nacional de Televisión en adelante ANTV, como una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica, la cual formará parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones...

El objeto de la ANTV es brindar las herramientas para la ejecución de los planes y programas de la prestación del servicio público de televisión, con el fin de velar por el acceso a la televisión, garantizar el pluralismo e imparcialidad informativa, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, así como evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley. La ANTV será el principal interlocutor con los usuarios del servicio de televisión y la opinión pública en relación con la difusión, protección y defensa de los intereses de los televidentes y dirigirá su actividad dentro del marco jurídico, democrático y participativo que garantiza el orden político, económico y social de la Nación”.

pregunta que surge es cómo se evitan las prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia como objeto de la ANTV descrita en el artículo 2 de la Ley 1507 de 2012, si el artículo 13 de la misma ley, asigna la función de investigar y sancionar a quienes infrinjan el régimen de protección de la competencia en el sector de la televisión a la SIC, lo cual continua reflejando una inconsistencia normativa.

Ahora bien, en un escenario en el que se compromete al órgano encargado de vigilar la leal competencia donde la participación de los agentes económicos es reducida, en ocasiones, el medio se torna favorable para que los competidores acuerden los precios por los servicios ofrecidos al público, comportamiento que puede ser difícilmente detectado, dando lugar a falsear o contrariar las reglas de la competencia, afectando el interés colectivo en detrimento de los usuarios, como ocurrió en el caso que se expone a continuación.

1.3. Conflicto positivo de competencias administrativas - Superintendencia de Industria y Comercio Vs. Superintendencia Financiera

Se ha dispuesto en el ordenamiento jurídico que la inspección, vigilancia y control de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia recae sobre los administradores de los sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyen aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito y/o débito, cuya supervisión se aproxima entre estos dos órganos administrativos SIC-SFC, lo cual origina la controversia.

1.3.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

La vigilancia de los administradores de los sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, la utilización de tarjetas crédito y/o débito, y la fijación de las tarifas de intercambio interbancario es una atribución de la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de lo

establecido en el Decreto 2999 del 30 de Agosto de 2005³²⁰, modificadorio del artículo 3 del Decreto 1400 de Mayo 4 de 2005³²¹, el cual realiza una redistribución de las competencias establecidas originariamente, y ahora introduce un nuevo criterio para darle alcance a su ejercicio, ya no solo se aplica para la asignación de la función el criterio orgánico que en principio nos conducía a pensar que era una atribución radicada en la SFC, dado que se trata de una actividad desarrollada por entidades financieras, ahora para determinar la competencia se incorpora el criterio material integrando el aspecto orgánico - funcional para radicar el control de las prácticas comerciales restrictivas, inclusive del sector financiero, en la SIC.

El Decreto 2153 de 1992 en su artículo 2, señala las funciones de la SIC así: “La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades...”³²².

El Estatuto Orgánico perfilaba los contornos de la Superintendencia Bancaria³²³ hoy Superintendencia Financiera, resultado de la unión realizada a través de la

³²⁰ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2999 del 30 de agosto de 2005, artículo 1 Parágrafo 2. Sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo, las funciones en materia de control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito y/o débito, continuarán siendo ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con las atribuciones conferidas por el Decreto 2153 de 1992, y demás normas que le sean concordantes o modificatorias”.

³²¹ Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 1400 de Mayo 4 de 2005. “Considerando ... Que de acuerdo con el artículo 325, numeral 2, parágrafo 1º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, podrán ser sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria de Colombia, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pago y compensación...”

³²² Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2153 de 1992, artículo 2

³²³ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 663 de 1993, artículo 325. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES. [...] 2o. Entidades vigiladas [...] PARAGRAFO 1o. Podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, según lo establezca el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación, a quienes se aplicarán las normas relativas a las compañías

expedición del Decreto 4327 de 2005, artículo primero que fusiona la Superintendencia de valores y la Superintendencia Bancaria, creando la Superintendencia Financiera.

1.3.2. Antecedentes

El 24 de enero de 2008, la Súperfinanciera plantea el conflicto argumentando que es la única entidad con competencia para evaluar las prácticas comerciales restrictivas de los bancos que fijan la tarifa interbancaria de intercambio y que administran sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito y/o débito.

Considera que la SIC carece de competencia para exigir el cumplimiento de los compromisos aceptados por Redeban Multicolor S.A., y por la Asociación Gremial de Instituciones Financieras Credibanco señalados en la resolución No. 34402 del 14 de diciembre de 2006 y la resolución No. 33813 del 11 de diciembre de 2006, expedidas por la SIC.

La Superintendencia de Industria y Comercio con base en la información recaudada en averiguación preliminar dada mediante la resolución No.13820 del 25 de junio de 2004, había ordenado la apertura de investigación para determinar si Redeban y Credibanco habían realizado acuerdos o convenios tendientes a limitar la libre competencia o, a la fijación directa o indirecta de precios y por ende, si habían infringido el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, investigación extensiva a

de financiamiento comercial en lo que resulte pertinente”. El artículo citado corresponde a la modificación introducida al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero por el artículo 72 de la Ley 795 de 2003. En desarrollo de este precepto, el Gobierno Nacional expidió el decreto 1400 de 2005 “Por el cual se someten a inspección, vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y se dictan otras disposiciones”, por el cual resolvió atribuir a la Superintendencia Bancaria las funciones de inspección y vigilancia sobre las entidades administradoras de los sistemas de pago...”

sus representantes legales, para establecer si habían autorizado o ejecutado tales conductas, por lo cual solicita se declare que es la entidad competente.

1.3.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció frente a la fricción que se presentó entre dos órganos con funciones exclusivas de policía administrativa, la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Industria y Comercio, para lo cual definió el conflicto positivo de competencias administrativas planteado por la Superintendencia Financiera de Colombia – SFC., confiriendo prevalencia a la especialización en la libre y leal competencia, cuya autoridad encargada de velar por la protección de los derechos del consumidor y la vigilancia sobre las prácticas anticompetitivas determinando que es una facultad que reside en la SIC.

Sobre las competencias compartidas de las Superintendencias, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con anterioridad había expresado:

En síntesis, la Sala considera que el régimen normativo vigente mantiene el criterio material u objetivo para radicar en la SIC las atribuciones de policía administrativa sobre las prácticas restrictivas de la competencia sobre los administradores de sistemas de pago, así la inspección y vigilancia general sobre dichos administradores desde el punto de vista orgánico corresponda a la SFC³²⁴.

De acuerdo a lo anterior, para determinar la competencia es preciso diferenciar el criterio material que integra el factor orgánico funcional y el criterio subjetivo. En el caso particular, aunque se trate de una actividad financiera la atención se centra en la naturaleza de una práctica restrictiva de la competencia, cuyo conocimiento corresponde a la SIC.

³²⁴ Radicación 11001-03-06-000-2008-00007-00(C)/2008..., cit., p. 24

1.3.4. Análisis del caso

Al presentarse un acontecimiento de esta naturaleza, el acuerdo horizontal de Redeban y Credibanco constituye un acuerdo anticompetitivo, empeorando la situación al ser los únicos que administran los porcentajes en las tarifas de intercambio interbancario por el uso de las tarjetas, práctica que afecta el interés público como resultado de un acuerdo colusorio.

El caso que ocupa nuestra atención presenta una ligera confusión al tratarse de una actividad de orden financiero, que a su vez, comprende aspectos que van en contravía de la leal competencia, circunstancia que al ser examinada, prevalece sobre el criterio subjetivo-objetivo, por ser de interés colectivo y por excelencia es la SIC la autoridad con experticia en el ámbito de competencia desleal y prácticas restrictivas.

Si nos detenemos y analizamos que el sujeto vigilado es una persona que se desenvuelve en el sector financiero, y le sumamos la naturaleza de la actividad desempeñada, igualmente financiera; en primer momento nos conduciría a suponer que la entidad de vigilancia que más se aproxima a su control es la Súperfinanciera; pero aquí interviene un tercer aspecto, que no es simplemente la naturaleza de la actividad desplegada para su valoración, sino que también es conveniente examinar el efecto que causa en el mercado, la practica contraria a las reglas de la competencia la cual atenta contra los derechos del consumidor por ello, se constituye en un asunto del resorte de las funciones asignadas a la SIC. Sumado a lo anterior, el parágrafo 2 del artículo 1 del Decreto 2999 de 2005, explícitamente le confiere la competencia a la SIC.

Recordemos que el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, determina que la autoridad administrativa para conocer en forma privativa de los asuntos sobre protección a la competencia en cualquier sector de la economía en el territorio nacional, es la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual pone fin a la

confusión presentada hasta entonces, respecto del ente que debía conocer de las materias que versarán sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia, la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Hasta aquí, podemos decir que la Alta Corporación a la cual es sometida la controversia, no solamente realiza un análisis de las normas que conciernen al régimen financiero, sino que considera el verdadero sentido y alcance de la ley al buscar los fines sociales contenidos en ella, los valores de la comunidad, el sentimiento político, por lo cual, el método de interpretación apropiado para su aplicación es el método exegético sin dejar de lado el sentido teleológico que involucra los fines sociales que comprenden la protección de los intereses de la colectividad.

Se ha considerado, que por tradición la autoridad con marcada experiencia en asuntos relativos a la competencia en el mercado y protección al consumidor es la SIC, resulta ser la entidad administrativa más apropiada para abordar estos asuntos, como se menciona en el estudio para resolver sobre quien recae la competencia. No solamente, se acude al criterio material que conjuga el criterio orgánico con la actividad, sino que además se analiza la injerencia en el mercado con la actividad que se realiza por ser un acuerdo anticompetitivo o contrario a la libre competencia, incide directamente en perjuicio de los usuarios. Suponemos que fue la causa que impulsó a la Sala, a decidir que era un asunto del resorte de la SIC, debido al efecto económico que ocasiona gran impacto en la sociedad.

En una breve conclusión, hasta antes de la expedición del Decreto 2999/2005, la competencia para vigilar las entidades que administraban los sistemas de tarjetas de crédito o de débito correspondía a la Superintendencia Bancaria, por lo cual para el año 2008, se tenía claro a quien se había asignado la competencia en el asunto, despejando cualquier duda por lo cual, estaríamos

frente a un conflicto de competencias aparente por desconocimiento de las normas vigentes.

1.4. Conflicto positivo de competencias administrativas – Comisión Nacional de Televisión Vs. Consejo Nacional Electoral

Las dos entidades del Estado se disputan la competencia para investigar y sancionar a los concesionarios y contratistas que transmiten publicidad electoral televisiva sin el cumplimiento de la normatividad que regula la materia.

1.4.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

El literal b) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995³²⁵, atribuye competencia a la Comisión Nacional de Televisión para adelantar funciones de supervisión, investigar y sancionar a operadores y concesionarios de televisión para la adecuada prestación del servicio.

Por su parte, el numeral 6 del artículo 265 de la Constitución Política³²⁶ atribuye la competencia al Consejo Nacional Electoral para hacer cumplir las normas sobre publicidad electoral, en concordancia con lo establecido en el artículo 26 y el literal a) del artículo 39 de la Ley 130 de 1994³²⁷ que la faculta para investigar

³²⁵ “Colombia. Congreso de la República. Ley 182 de 1995, artículo 5. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión: [...] b) Adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión. Para estos efectos, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión...”.

³²⁶ “Colombia. Constitución Política de 1991, artículo 265. [...] 6. Velar por el cumplimiento de las normas sobre Partidos y Movimientos Políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías”.

³²⁷ “Colombia. Congreso de la República. Ley 130 de 1994, artículo 26. Propaganda electoral contratada. Los concesionarios de los espacios de televisión podrán contratar propaganda electoral dentro de los treinta (30) días anteriores a la elección presidencial, con los partidos, movimientos o candidatos independientes. El Consejo Nacional de Televisión o el organismo que haga sus veces determinará el tiempo y los espacios en los cuales los concesionarios pueden emitir dicha propaganda, para la campaña presidencial exclusivamente. [...] Artículo 39. Funciones del Consejo Nacional Electoral. El Consejo Nacional Electoral tendrá las siguientes funciones, además de las que le confiere la Constitución, el código electoral y la legislación

y sancionar a los partidos, movimientos y candidatos a cargos de elección popular por la propaganda electoral contratada.

1.4.2. Antecedentes

La Oficina de Regulación de la Competencia de la Comisión Nacional de Televisión abrió investigación en contra de varios concesionarios de televisión por transmitir propaganda electoral del señor Pablo Ardilla por infringir presuntamente el artículo 26 de la Ley 130 de 1994.

Por su parte, el Consejo Nacional Electoral inicio apertura de investigación a varias personas naturales y jurídicas entre las cuales se encontraban algunos de los concesionarios investigados por la CNTV., por lo cual esta última solicito al Consejo de Estado que dirimiera el conflicto, por ambas considerarse competentes para adelantar las investigaciones correspondientes.

1.4.3. Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

En la controversia planteada, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, resuelve el asunto a favor del Consejo Nacional Electoral basándose, no solamente en el numeral 6 del artículo 265 de la Carta Política, que fija la competencia al órgano constitucional, sino que concretamente el artículo 26 de la Ley 130 de 1994, regula los plazos y conductas relacionadas con la propaganda electoral contratada.

vigente: a) Adelantar investigaciones administrativas para verificar el estricto cumplimiento de las normas contenidas en la presente ley y sancionar a los partidos, movimientos y candidatos con multas...

En ejercicio de la función de vigilancia atribuida por esta ley, el Consejo Nacional Electoral podrá constituir tribunales o comisiones de garantías o vigilancia, ordenar y practicar pruebas, revisar libros y documentos públicos y privados e inspeccionar la contabilidad de las entidades financieras”.

“En consecuencia, y por versar los presuntos hechos por los que se investiga a los concesionarios de espacios de televisión y operadores sobre la violación de normas relativas a propaganda electoral, más exactamente del artículo 26 de la Ley 130 de 1994, denominado “propaganda electoral contratada”, encuentra la Sala que por el aspecto objetivo la competencia para investigar a los citados concesionarios está radicada en cabeza del Consejo Nacional Electoral”³²⁸.

1.4.4. Análisis del caso

En la hipótesis de que existiera un conflicto real de competencias, tendría que haberse encargado constitucionalmente a la Comisión Nacional de Televisión expresamente para regular la propaganda televisiva de contenido político. No obstante, el artículo 77 de la Constitución Política únicamente señala que: “La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio.” Y el literal b) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, solamente se refiere a “Adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión”. Por lo cual se concluye que esta autoridad regula el servicio de televisión de manera general.

Realizando una interpretación aislada de la norma legal podríamos considerar que aparentemente corresponde a la CNTV (hoy ANTV- Autoridad Nacional de Televisión) adelantar las investigaciones a todos los operadores de televisión, puesto que el artículo 26 de la Ley 130/1994 menciona al Consejo Nacional de Televisión o el organismo que haga sus veces, que para el caso podría ser la CNTV., acorde con lo dispuesto en el literal b) del artículo 5 de la Ley 182/1995, configurando así un conflicto real de competencias realizando un examen de dos normas de rango legal.

³²⁸ Radicación número C-703/2000..., cit. p.6

Sin embargo, añadiendo que se trata de propaganda o publicidad política, la Carta explícitamente asigna la función al órgano electoral en el numeral sexto del artículo 265, con lo cual no deja espacio para realizar interpretaciones adicionales, basta realizar un análisis exegético de la norma superior que prevalece sobre la norma legal para determinar el órgano competente al que corresponde controlar la publicidad en la materia, circunstancia que zanja la incertidumbre por lo cual estaríamos ante un conflicto aparente de competencias administrativas entre dos órganos autónomos. Adicionalmente, podemos observar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en esta decisión hace referencia a la aplicación del criterio objetivo para resolver la controversia.

1.5. Conflicto positivo de competencias administrativas - Autoridad Nacional de Televisión Vs. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El conflicto radica en que cada entidad administrativa argumenta ser la competente para determinar el presupuesto general para la ANTV., como lo suele asignar el Ministerio de Hacienda para cualquier otro establecimiento público de la nación, sin que la ANTV pueda enviarlo al Congreso de la República directa e independientemente.

1.5.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

Es importante aclarar que, el Acto Legislativo 02 de 2011, deroga el artículo 76 de la Constitución Política y modifica el artículo 77 señalando que le corresponde al Congreso de la República expedir la ley que fije la política en materia de televisión.

En desarrollo del Acto Legislativo 02 de 2011, se expide la Ley 1507 de 2012 y en su artículo 2³²⁹, confiere autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal

³²⁹ Colombia. Congreso de la República. Ley 1507 de 2012, artículo 2. "CREACIÓN, NATURALEZA, OBJETO Y DOMICILIO DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN

y técnica a la ANTV, por lo cual es un organismo creado legalmente con naturaleza especial, pero para efectos presupuestales el parágrafo 1 del mismo artículo, lo asimila a un establecimiento público del orden nacional. Seguidamente, el artículo 6 de la citada ley señala como función de la junta directiva aprobar el proyecto de presupuesto anual de la entidad que presente el director.

Por su parte, los artículos 4, 40 y 47 del Decreto 111 de 1996³³⁰, establecen que las decisiones en materia fiscal que adopte el Gobierno Nacional, son competencia exclusiva del Ministerio de Hacienda, la cual prepara anualmente con base en los anteproyectos que le presenten los órganos que conforman este presupuesto.

1.5.2. Antecedentes

El 14 de mayo de 2012, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público envía comunicación a la Autoridad Nacional de Televisión, expresándole que debía remitir el anteproyecto de presupuesto para la vigencia fiscal 2013, de acuerdo a

(ANTV). Créase la Autoridad Nacional de Televisión en adelante ANTV, como una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica, la cual formará parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones. [...] PARÁGRAFO 1o. Para efectos de los actos, contratos, funcionarios, regímenes presupuestal y tributario, sistemas de controles y en general el régimen jurídico aplicable, la ANTV, se asimila a un establecimiento público del orden nacional, salvo lo previsto en la presente ley. [...] Artículo 6°. Funciones de la Junta Nacional de Televisión. Son funciones de la Junta Nacional de Televisión: [...] g) Aprobar el proyecto de presupuesto anual de la entidad que le sea presentado por el Director, de conformidad con la ley...”

³³⁰ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 111 de 1996, artículo 4. Para efectos presupuestales, todas las personas jurídicas públicas del orden nacional, cuyo patrimonio esté constituido por fondos públicos y no sean empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta o asimilada a éstas por la ley de la República, se les aplicarán las disposiciones que rigen los establecimientos públicos del orden nacional. Artículo 40. Las decisiones en materia fiscal que deba adoptar el Gobierno Nacional son competencia exclusiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Para efectos previstos en el artículo 115 de la Constitución Política, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en materia fiscal, tendrá que actuar como parte del Gobierno Nacional. [...] Artículo 47. Corresponde al gobierno preparar anualmente el proyecto de presupuesto general de la Nación con base en los anteproyectos que le presenten los órganos que conforman este presupuesto. El gobierno tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se pretendan incluir en el proyecto de presupuesto”.

lo señalado en los artículos 47 y 51³³¹ del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, agregando posteriormente que el régimen presupuestal de la ANTV corresponde al de los establecimientos públicos de orden nacional sujeto al mencionado estatuto.

La ANTV., responde manifestando que su presupuesto no está sujeto a la aprobación de ninguna autoridad central de la Administración pública, de conformidad a la Constitución y la ley, dictamen que en principio comparte la Secretaria General del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por lo cual, la ANTV plantea el conflicto de competencias.

1.5.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

En el conflicto planteado, el MHCP expresa que no existe conflicto competencial lo que se presenta es “una problemática de interpretación” por lo cual, solicita que “se niegue la existencia de un conflicto de competencias administrativas. Enfatiza que la ANTV no fue “creada por la Constitución”, y su “autonomía ha sido de desarrollo legal. En los alegatos interviene el MINTIC, modificando su posición y solicita se conceda la razón al MHCP.

En primer lugar, la Sala analiza si realmente se presentan los requisitos para que se configure un conflicto de competencias administrativas, llegando a la conclusión de que concurren los elementos para deducir que se está frente a un conflicto positivo de competencias.

... el acto legislativo 2 de 2011 “*desconstitucionalizó*” lo relativo a las competencias estatales en materia de televisión y eliminó el órgano de creación constitucional que originalmente ejerció la intervención del Estado en esas materias: la Comisión Nacional de Televisión.[...] Lo expuesto evidencia que fue voluntad inequívoca del

³³¹ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 111 de 1996, artículo 51. El Gobierno Nacional presentará a las comisiones económicas de Senado y Cámara cada año, durante la primera semana del mes de abril, el anteproyecto del presupuesto anual de rentas y gastos que presentará en forma definitiva a partir del 20 de julio al Congreso”.

constituyente derivado, al expedir el acto legislativo 2 de 2011, no solo suprimir el ente autónomo e independiente de la televisión creado en 1991, sino trasladar íntegramente al orden legal las competencias estatales en materia de televisión y los organismos públicos encargados de ejercerlas.[...] Como puede apreciarse, tal vez el único desarrollo que trae la ley 1507 sobre la “*autonomía presupuestal*” de la ANTV es que la Junta Nacional de Televisión, que hace parte de esa Autoridad, puede aprobar su proyecto de presupuesto, “*de conformidad con la ley*”. De esta manera, si lo que aprueba la Junta es un “proyecto de presupuesto” y no propiamente el presupuesto de la ANTV, la aprobación del presupuesto deberá seguir su trámite y culminarlo, en instancias diferentes, “*de conformidad con la ley*”.[...] En consecuencia, la “*autonomía presupuestal*” que la ley 1507 atribuye a la ANTV deberá entenderse en los términos del artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto y, por tanto, en manera alguna la ANTV puede presentar al Congreso de la República, por separado, su proyecto de presupuesto, toda vez que deberá seguir las reglas...³³²

Aparentemente se configura un conflicto real de competencias al constatar las normas de presupuesto que confieren competencia a los dos organismos administrativos para fijarlo anualmente. Sin embargo, la Sala analiza pormenorizada e integralmente la normatividad que regula la materia, para concluir que le asiste razón al MHCP., incluyendo como fundamento para su decisión lo dispuesto en el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, sobre la autonomía presupuestal de “Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación”.

1.5.4. Análisis del caso

El conflicto planteado por la ANTV, esencialmente obedece a la modificación de la naturaleza jurídica de la entidad realizada a través de la expedición del Acto Legislativo 02 del 21 de junio de 2011, que deroga el artículo 76 de la Constitución Política, el cual otorgaba rango constitucional a la CNTV, hoy, de

³³² Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación número 11001-03-06-000-2012-00095-00(C) de 14 de noviembre de 2012, Consejero Ponente Augusto Hernández Becerra

rango legal. La ANTV fue creada mediante el artículo 2 de la Ley 1507 de 2012, es decir, ahora no conserva la autonomía e independencia que se confería desde su creación con la Ley 182 de 1995.

La Autoridad Nacional de Televisión, continúa siendo una entidad autónoma administrativa, patrimonial, técnica y presupuestalmente, esta última enmarcándose dentro de los límites que confiere la ley, los cuales se señalan en los artículos 4, 11, 47 y 110 del Decreto 111 de 1996, que rige para todos los órganos del Estado incluidos en una sección del presupuesto general de la nación. Para efectos de determinar su presupuesto, se asimila a un establecimiento público de los enumerados en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, por lo tanto, está sujeto a aprobación del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda.

Para llegar a la anterior conclusión, fue necesario realizar un análisis extensivo y armónico de las normas a fin de identificar a quien correspondía determinar el presupuesto de la entidad en cuestión. Primeramente, estableciendo el carácter de la ANTV, y así poder dar salida al problema. Si observamos su naturaleza jurídica, la ley hace referencia a que es una agencia estatal de naturaleza especial con personería jurídica y autonomía que forma parte del sector de las tecnologías. La cuestión radica en determinar el alcance de la autonomía que otorga la ley para fijar su presupuesto, la cual se define en el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1507 de 2012, vigente para la época.

Por lo expuesto, se considera que este es un conflicto de competencias aparente de compleja resolución, puesto que para llegar a la conclusión de que el presupuesto de la ANTV está sujeto a aprobación del gobierno fue preciso indagar en diversas normas sin que sea posible afirmar que existan normas que se contrapongan directamente.

2. Conflictos negativos de competencias administrativas

Los conflictos negativos de competencias administrativas son más frecuentes que los conflictos positivos en los cuales se intenta la asignación de una competencia en favor de quien la solicita. Posiblemente, la pretensión de no asumir conocimiento de un asunto se deba a obtener la disminución de las cargas funcionales o por razones que obedecen a un trasfondo económico, como ejemplo de estas situaciones se presentan los siguientes casos:

2.1. Conflicto negativo de competencias administrativas - DIAN Vs. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Las entidades administrativas niegan asumir la competencia para efectuar la devolución del pago en exceso de impuesto de timbre por la concesión en la explotación del espectro electromagnético.

2.1.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

El Estatuto Tributario, en el numeral segundo del artículo 366, los artículos 589, 850 y 859³³³, otorgan competencia a la DIAN para efectuar las devoluciones de

³³³ Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 624 de 1989, artículo 366-2. NORMAS APLICABLES EN MATERIA DE RETENCIÓN EN LA FUENTE. A falta de normas específicas al respecto, a las retenciones en la fuente que se establezcan de acuerdo con las autorizaciones consagradas en el Estatuto Tributario, les serán aplicables, en lo pertinente, las disposiciones contenidas en los libros Segundo y quinto de este Estatuto. Contiene reglas sobre retención en la fuente y el procedimiento tributario, sanciones y estructura de la dirección general de impuestos nacionales y su actuación. [...] Artículo 589. CORRECCIONES QUE NO VARÍEN EL VALOR A PAGAR, O QUE LO DISMINUYAN, O AUMENTEN EL SALDO A FAVOR. Para corregir las declaraciones tributarias que no varíen el valor por pagar, o que lo disminuyan, o aumenten el saldo a favor, se elevará solicitud a la Administración de Impuestos correspondiente, dentro de los dos años siguientes a la fecha del término para presentar la declaración, anexando un proyecto de la corrección, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha la solicitud [...].ARTÍCULO 850. DEVOLUCION DE SALDOS A FAVOR. Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución. [...] Artículo 859. DEVOLUCIÓN DE RETENCIONES NO CONSIGNADAS. La administración de Impuestos deberá efectuar las devoluciones de impuestos, originadas en exceso de retenciones legalmente practicadas, cuando el retenido acredite o la Administración compruebe que las mismas fueron practicadas en cumplimiento de las normas correspondientes, aunque el agente retenedor no

impuestos por pagos en exceso, devolución de saldos a favor y retenciones no consignadas, estableciendo el procedimiento e indicando que se deberá elevar solicitud a la oficina de Impuestos correspondiente.

Por su parte, el artículo 11 del Decreto 380 de 1996³³⁴, establece el procedimiento en devoluciones o resoluciones de operaciones sometidas a retención en la fuente por IVA y retenciones practicadas en exceso, indicando que el agente retenedor podrá reintegrar los valores pagados en exceso acompañado de las pruebas. Según el enunciado, supondríamos que corresponde al Ministerio de las TIC, como agente retenedor.

2.1.2. Antecedentes

El conflicto negativo de competencias surge a causa de la solicitud de devolución de los dineros que realizó la empresa Comcel a título de pago de lo no debido del impuesto de timbre, intereses y sanciones sobre los contratos de concesión que había celebrado con el Ministerio de Comunicaciones actualmente, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, donde este había autorizado el uso del espectro electromagnético para telefonía móvil celular por el derecho a la utilización y explotación de las frecuencias radioeléctricas, que incorporaba como contraprestación el pago del 5% de sus

haya efectuado las consignaciones respectivas. En este caso, se adelantarán las investigaciones y sanciones sobre el agente retenedor”.

³³⁴ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 380 de 1996, artículo 11. Procedimiento en Devoluciones, rescisiones, anulaciones o resoluciones de operaciones sometidas a Retención en la Fuente por IVA y retenciones practicadas en exceso. En los casos de devolución, rescisión, anulación o resolución de operaciones sometidas a retención en la fuente por impuesto sobre las ventas, el agente retenedor podrá descontar las sumas que hubiere retenido por tales operaciones del monto de las retenciones por declarar y consignar, correspondientes a este impuesto, en el período en el cual aquellas situaciones hayan tenido ocurrencia. [...] En todo caso podrá reintegrar tales valores, previa solicitud escrita del afectado con la retención, acompañada de las pruebas cuando a ello hubiere lugar. PARAGRAFO 1. Para los efectos de lo previsto en este artículo, el retenido deberá manifestarle por escrito al retenedor que los valores retenidos en las condiciones aquí previstas, no fueron ni serán imputados en la declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente. Si dichos valores fueron utilizados, el retenido deberá reintegrarlos al retenedor...”

ingresos brutos mensuales, que según el Ministerio, COMCEL S.A. no canceló oportunamente.

Posteriormente COMCEL S.A. manifestó, que no estaba obligado a cancelar dicha suma, por tanto solicitó al Ministerio de Comunicaciones que se reembolsaran los respectivos dineros, obteniendo como respuesta que la DIAN era la entidad competente para pronunciarse sobre la solicitud presentada fundamentando su respuesta en el artículo 859 del Estatuto Tributario.

Por su parte la DIAN, sostenía que el Ministerio de Comunicaciones como agente retenedor era quien debía pronunciarse sobre la devolución de los dineros cancelados por COMCEL, en virtud del concepto 1091 de 2009. Además, fundamenta su respuesta en el artículo 366-2 del Estatuto Tributario, que hace remisión expresa al procedimiento de devolución de pagos en exceso establecido para el impuesto de ventas y renta.

Finalmente el Ministerio de Comunicaciones consideró, que no era competente para tramitar la devolución de los dineros cancelados por concepto de impuesto de timbre, intereses y sanciones, en virtud de lo indicado en el artículo 589 del Estatuto Tributario dado que ya había transferido dichos dineros a la DIAN, por lo cual el 11 de junio de 2010, la Dirección de Impuestos y Aduanas -DIAN- presentó el conflicto de competencias.

2.1.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

El Alto Tribunal Administrativo en síntesis, expresa que el problema jurídico estriba en conocer si la discrepancia se origina en virtud de una de las cláusulas estipuladas en el contrato que indica como contraprestación económica a la autorización para la explotación del espectro electromagnético, el pago trimestral al Estado del cinco 5% por ciento de los ingresos brutos mensuales de la

empresa, para luego determinar si esta estaba obligada al pago del impuesto de timbre.

Lo interesante en este concepto no es en sí misma la decisión, sino el análisis jurídico de las competencias de cada órgano para que la Sala definiera que es la DIAN., la entidad en quien reside la competencia para efectuar la devolución del impuesto de timbre, intereses y sanciones con base en la siguiente argumentación:

En materia de devoluciones por pago en exceso o de lo no debido, efectuados por los contribuyentes en sus declaraciones tributarias, la regla general se encuentra en el segundo inciso del artículo 850 del Estatuto Tributario que dice: “ARTÍCULO 850. DEVOLUCION DE SALDOS A FAVOR. Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución”. La DIAN deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor. (...) Del texto transcrito se desprende claramente que se aplica a todas las devoluciones de los impuestos nacionales, pues utiliza, sin calificar o limitar, las expresiones “los contribuyentes” para definir los sujetos que tienen derecho a la devolución, y en cuanto a la causa del pago en exceso o de lo no debido la norma habla de “obligaciones tributarias y aduaneras cualquiera que fuere el concepto del pago”, sin calificar o determinar alguno o algunos de los tributos a cargo de la DIAN. Además, esta norma hace parte del Libro V denominado “procedimiento tributario, sanciones y estructura de la Dirección de Impuestos Nacionales”, el cual es común a todos los impuestos de la DIAN [...], no existe una regla especial que regule la devolución de lo pagado en exceso o de lo no debido, así como tampoco una que le asigne competencia al retenedor del impuesto de timbre para tramitar y decidir la devolución, cuando el pago se ha efectuado mediante este mecanismo³³⁵.

³³⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2010-00075-00(C) del 22 de julio de 2010, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo. En el análisis que realiza el alto tribunal señala que “como bien expresan la DIAN y el apoderado de la empresa COMCEL, existen dos normas reglamentarias que le asignan competencia al agente retenedor para tramitar y decidir la devolución de los impuestos de renta y de ventas, pero no existe una norma especial aplicable al impuesto de timbre que designe el órgano competente para el trámite de las devoluciones.

En el presente caso, no se observa que exista norma que asigne expresamente la competencia a una de las dos autoridades involucradas, por lo cual la Sala, se atiene a lo consignado en la norma general que regula el procedimiento por el pago de lo no debido o en exceso sobre el impuesto de timbre, se aplica el decreto que de manera general se refiere a la materia.

2.1.4. Análisis del caso

Como se explica, al no existir norma especial que establezca cual es el órgano facultado legalmente para efectuar la devolución del pago en exceso por Comcel, es la DIAN., la entidad llamada a responder por la devolución al no encontrar fundamento jurídico que la exonere de dicho reembolso como lo señala el artículo 850 del Estatuto Tributario expresamente y teniendo en cuenta la afirmación del Ministerio de Tecnologías de Información y de las Comunicaciones, al considerar que no era competente para tramitar la devolución de los dineros cancelados por concepto de impuesto de timbre, intereses y sanciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 589 del Estatuto Tributario que establece el procedimiento en caso de corrección.

En el enfrentamiento entre las entidades involucradas, el régimen tributario informa que por regla general la autoridad que debe adelantar la devolución de saldos a favor del contribuyente es la DIAN., como lo indica el artículo 850 al señalar la entidad encargada de tramitar la devolución de los saldos a favor de pago en exceso, o de lo no debido por obligaciones tributarias cualquiera que fuere el concepto del pago; lo que implica que el pago realizado a otra entidad administrativa que comprenda el pago de tributos es aquella la que debe tramitar su devolución, llegando a la conclusión de que por no existir norma específica que asigne la competencia a otra entidad pública, es la DIAN a quien le

En consecuencia, para la Sala es claro que existiendo una regla general de rango legal que determina que es la DIAN la autoridad competente para la devolución de pagos en exceso o de lo no debido de todos los impuestos nacionales, y que no ha encontrado una regla que la excepción o modifique para el caso del impuesto de timbre, debe aplicarse pues es la que regula el punto planteado”.

corresponde tramitar la solicitud de devolución. Se efectúa un análisis integral de la normatividad frente al deber que recae sobre el órgano encargado de recaudar los tributos de la nación.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado realiza el análisis del asunto empleando el método exegético, que intenta descubrir el verdadero sentido y alcance de la ley, mediante procedimientos como la *exegesis* o interpretación gramatical o literal, estudiando la letra del texto utilizando la *sintaxis*, particularmente se analiza el trámite y procedimiento de devoluciones en materia tributaria, así como la designación de la competencia que se incluye allí mismo. En la situación planteada no se evidencia conflicto normativo, sino un conflicto de competencias administrativas aparente, por una interpretación insuficiente de la normatividad que realizan los funcionarios de la Administración, basta dar una lectura detenida al artículo 850 del Estatuto Tributario para establecer la competencia.

Abordando otra de las confrontaciones entre las entidades administrativas, en ocasiones intervienen órganos que a primera vista nunca se verían involucrados en una contienda funcional precisamente por tratarse de órganos autónomos que controlan una actividad particular en un sector determinado. Tales organismos son creados para ejercer una labor exclusiva con funciones delimitadas concretamente en el ordenamiento jurídico; sin embargo, no escapan a la fricción que surge entre entidades públicas debido a la interpretación normativa que cada quien realiza sobre la norma competencial o porque no acota suficientemente la competencia.

Para los fines de nuestro argumento sirve como ejemplo, la declaración de incompetencia de dos entes que ejercen la vigilancia sobre la conducta de los propios servidores públicos como se evidencia en el conflicto de competencias administrativas entre el Ministerio Público y el Grupo de Control Disciplinario de la Superintendencia de Sociedades que se presenta a continuación.

2.2. Conflicto negativo de competencias administrativas - Superintendencia de Sociedades Vs. Procuraduría General de la Nación

En la situación que analizaremos se presenta un choque negativo de competencias producto de la interceptación de las funciones asignadas a las entidades intervinientes. Según el análisis que realiza la Alta Corporación al avocar el conocimiento, encuentra que las dos entidades se encuentran facultadas para conocer del asunto, no obstante, atendiendo el orden procedimental corresponde primeramente, adelantar el trámite al órgano de la rama ejecutiva para iniciar proceso disciplinario al liquidador de una sociedad por manejo presuntamente irregular.

2.2.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

El artículo 53 del Código Único Disciplinario fue modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, se refiere a los sujetos disciplinables que ejercen funciones públicas³³⁶, y el artículo 75 del mismo texto, asigna la competencia en los órganos del Estado, Administración central y descentralizada para disciplinar a sus servidores, indicando a renglón seguido que el particular disciplinable será competencia exclusiva de la Procuraduría General de la Nación, estableciendo una salvedad para los notarios cuya competencia es de la Superintendencia de Notariado y Registro:

Artículo 75. Competencia por la calidad del sujeto disciplinable. Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros.

³³⁶ “Colombia. Congreso de la República. Ley 734 de 2002, artículo 53. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado. Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva “.

El particular disciplinable conforme a este código lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación, salvo lo dispuesto en el artículo 59 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión.

Cuando en la comisión de una o varias faltas disciplinarias conexas intervengan servidores públicos y particulares disciplinables la competencia radicará exclusivamente en la Procuraduría General de la Nación y se determinará conforme a las reglas de competencia que gobiernan a los primeros.

Las personerías municipales y distritales se organizarán de tal forma que cumplan con el principio de la doble instancia, correspondiendo la segunda en todo caso al respectivo personero. Donde ello no fuere posible la segunda instancia le corresponderá al respectivo Procurador Regional³³⁷.

Expuesto lo anterior, continuemos con la situación que origina el conflicto de competencias entre estos dos órganos del Estado.

2.2.2. Antecedentes

Mediante auto 555-056 del 28 de abril de 2009, el grupo de control disciplinario de la Superintendencia de Sociedades se declaró incompetente para conocer de queja sobre la conducta irregular de la liquidadora de la Sociedad Poiras Editores e Impresores S.A., con ocasión de la renuencia a aclarar el destino de cuatro (4) millones de pesos que debía haber cancelado al quejoso por concepto de honorarios profesionales. Se remite el expediente a la Procuraduría Distrital – reparto - quien a su vez, lo asignó a la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá, la que remite nuevamente el expediente por incompetencia al grupo de control disciplinario de la Superintendencia de Sociedades mediante auto del 31 de agosto de 2009, configurándose con ello, el presente conflicto de competencias administrativas.

³³⁷ Colombia. Congreso de la República. Ley 734 de 2002, artículo 75

2.2.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

Dada la manifestación expresa de ambas entidades, existe un conflicto negativo de competencias administrativas, el cual debe ser definido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según lo establecido en el artículo 4 de la Ley 954 de 2005, haciendo referencia a un caso similar reciente en auto del 22 de abril de 2009, radicado N°. 11001-03-06-000-2009-00027-00. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, la Sala se había pronunciado aduciendo lo siguiente:

Los liquidadores designados por la Superintendencia de Sociedades en cumplimiento de las funciones jurisdiccionales, son particulares que como auxiliares de la justicia deben adelantar el proceso de liquidación de una entidad vigilada, razón por la cual, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 162 y siguientes de la ley 222 de 1995, dicha Superintendencia, en ejercicio de los poderes de control y vigilancia propios de los jueces de la República, tiene la facultad de velar porque el liquidador cumpla adecuada y diligentemente las funciones a su cargo, al punto de decretar su remoción, de oficio o a solicitud de parte, mediante el trámite señalado por el artículo 171 de la ley antes mencionada, cuando se compruebe que el liquidador no está cumpliendo de manera adecuada las funciones señaladas por el artículo 166 *Ibidem*, teniendo en cuenta que dicha sanción sólo se inscribe en el respectivo registro mercantil, sin que le genere antecedentes disciplinarios.

Situación distinta se presenta cuando se trata de examinar, de acuerdo con las causales de comportamiento determinadas por el Código Disciplinario Único, la conducta del liquidador en cuanto se trata de un particular que está ejerciendo transitoriamente funciones públicas judiciales, pues en este caso la competencia para desarrollar el proceso disciplinario corresponde a la Procuraduría General de la Nación, según lo disponen los artículos 52 y siguientes de la ley 734 de 2002.

Lo expuesto permite a la Sala concluir que, dentro de la órbita de sus poderes como juez del proceso, la Superintendencia de Sociedades tiene competencia para adelantar el trámite correspondiente a la queja presentada contra el liquidador de la sociedad Aceros del Pacífico; lo que no obsta para que al mismo tiempo la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de sus facultades disciplinarias sobre particulares que ejercen funciones públicas, también investigue los hechos

que dieron lugar a la queja instaurada por el señor Mario Bastidas Calvo; todo ello sin perjuicio de lo que en un momento determinado corresponda a la justicia penal³³⁸.

Decide la Sala, asignar el conocimiento del particular a la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales argumentando que dicho organismo “debe velar porque sus funcionarios cumplan adecuadamente con las funciones que le han sido otorgadas, al punto de sancionarlo en caso de que se compruebe irregularidades en su gestión. [...] De la misma manera, la Sala considera que los liquidadores son particulares que ejercen transitoriamente funciones públicas y como consecuencia de su ejercicio se pueden configurar violaciones a los deberes propios de los servidores públicos, lo que implica que son sujetos disciplinables por la Procuraduría General de la Nación conforme a las previsiones de los artículos 53 y 75 del Código Disciplinario Único”³³⁹.

2.2.4. Análisis del caso

La primera conclusión a la que llega la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, luego del examen normativo, es establecer, sin lugar a dudas, que los auxiliares de justicia que cumplen funciones públicas de carácter judicial por tratarse de particulares que cumplen funciones públicas quedan sometidos al régimen disciplinario al adquirir la categoría de sujetos disciplinables, no obstante, atendiendo a lo señalado por los artículos 162 y siguientes de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades al tener la función de velar porque el liquidador cumpla adecuada y diligentemente las funciones a su cargo, debe iniciar el trámite administrativo correspondiente y de ser el caso remover a su miembro.

³³⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2009-00063-00(C) del 26 de noviembre de 2009, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo.

³³⁹ *Ibíd.*

De lo expuesto, se infiere que si la designación del liquidador se realizó por la Superintendencia de Sociedades en la providencia que ordena el trámite liquidatorio de la sociedad, se desprende su control sobre la conducta de la persona que ha elegido para ejercer dicho trámite, y su actuación en caso de ser irregular, siguiendo el orden lógico, corresponde a la oficina de asuntos internos, acto que admite interponer los recursos propios de la vía gubernativa, como se establece ordinariamente, sin que esta actuación sea óbice para que la Procuraduría General de la Nación inicie investigación por infringir las normas disciplinarias.

En esta situación en particular, es preciso revisar el contexto en que se desata la controversia, puesto que cada institución cuenta con una oficina de asuntos internos, o de control disciplinario, la cual en primera instancia debe agotar su trámite, antes de remitirlo a otras instancias.

En el caso planteado se devela la renuencia de los funcionarios de la Administración por atender los asuntos que le son propios. El caso particular no refleja gran trascendencia debido a la cuantía, únicamente se observa la tendencia a desatender temas que son evidentemente inherentes a la competencia asignada pero de baja relevancia económica.

Por último, es preciso agregar que los dos primeros incisos del artículo 75 del Código Único Disciplinario admiten ser objeto de reflexión al presentar en su lectura alguna vicisitud que puede conducir a diversas interpretaciones; primero, al indicar que, “corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros” seguidamente, el inciso segundo continua señalando que: “El particular disciplinable conforme a este código lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación...” , lo cual puede generar discusión y producir inseguridad al determinar quién debe conocer esta

clase de procesos el primero o el segundo, por ello es preciso acudir a normas alternativas.

En torno al tema planteado, apreciamos que las dos entidades de control aducen que a ninguna corresponde asumir el conocimiento del asunto por no considerarse competentes soportándose en los enunciados normativos que sirven de fundamento para justificar su posición, al respecto menciona Dromi:

Quando las normas que rigen la competencia son interpretadas en forma distinta por los eventuales encargados de aplicarlas, puede darse el caso de dos órganos que se consideren igualmente competentes o incompetentes para intervenir. Esta oposición de criterios determina el conflicto, cuestión o contienda de competencia [...]. En los conflictos de competencia hay que observar las siguientes reglas: declarada la incompetencia, se remiten las actuaciones a quien se estime competente, y si este órgano las rehúsa, deberá someterlas a la autoridad habilitada para resolver el conflicto. Cuando dos órganos se encuentran entendiendo en el mismo asunto, cualquiera de ellos, de oficio o a petición de parte, requerirá la inhibición al otro; si este mantiene su competencia, elevara, sin más trámite, las actuaciones a quien deba resolver. Los conflictos de competencias se resolverán sin otra sustanciación que el dictamen jurídico del órgano consultivo correspondiente y, si fuera necesario, el dictamen técnico que el caso requiera³⁴⁰.

En suma, lo dicho no dista sustancialmente de los procedimientos adoptados en el sistema colombiano para resolver las colisiones entre las entidades de la Administración que se encuentran involucradas en una discusión relativa al tema que se disputan, en la actualidad se acude a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en caso de no ser posible resolver la fricción para dilucidar cuál es el ente más indicado para avocar el conocimiento, en el evento en que el ordenamiento jurídico confiere atribuciones semejantes a distintos organismos de la Administración, según el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011. Resuelto el conflicto las actuaciones serán remitidas a quien haya de continuar con el procedimiento.

³⁴⁰ DROMÍ, Roberto, citando a García Pullés, *Derecho administrativo...*, cit., p. 231

... el legislador reconoció potestades estatales en ciertos casos de modo claro y expreso, y en otros más confusos, por ejemplo, poderes implícitos o especiales. Consecuentemente es obvio que existen dudas y conflictos interpretativos; en el marco de los poderes expresos raramente, en el mundo de los poderes implícitos casi siempre. Cuando el operador jurídico que debe interpretar el ordenamiento jurídico, particularmente las competencias estatales, es el propio órgano que debe aplicar las normas, por ejemplo, el ministro y cualquier otro órgano que cree que es el competente, entonces, existe un conflicto. Otro claro conflicto [se suscita] cuando los órganos entienden que no deben conocer en el asunto. Es decir, en el primer caso concurren dos o más órganos; y, en el segundo, ninguno...³⁴¹.

En el caso planteado, se observa que dos órganos son igualmente competentes para resolver un asunto disciplinario debido a que la norma confiere competencia a los dos órganos, sin embargo, ambas autoridades niegan asumir el conocimiento excusándose en dichas normas competenciales, lo cual se traduciría en un conflicto real de competencias, al observar que la misma norma atribuye competencia en el mismo asunto a dos autoridades, no indica con suficiente claridad que órgano debe iniciar la actuación administrativa.

Aquí se efectúa una interpretación sistemática al acudir a distintas normas para hallar el sentido más adecuado y esclarecer la armonía y debida correspondencia entre ellas, con mayor razón, en este caso aparentemente simple, aunque el precepto legal presenta un pasaje que no resulta suficientemente claro ocasionando el conflicto, se debe acudir a otras disposiciones legales que ayudan a dilucidar la cuestión.

Ahora veamos la razón que origina la intersección de funciones entre dos entidades, que si bien, son de distinto nivel en la estructura jerárquica organizacional, no es siempre la autoridad implicada del más alto nivel del ramo en que tome lugar la controversia, la que decide sobre quien recae la competencia; en este caso, se trata de conceder permiso para introducir una

³⁴¹ BALBÍN, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, Tomo I., La ley, Argentina, 2007. p. 572.

especie animal al país, desconociendo la norma que asigna la competencia, se manifiesta abiertamente la renuencia a aceptar el mandato legal.

2.3. Conflicto negativo de competencias administrativas - Ministerio de Ambiente Vs. Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca

La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, se enfrentan afirmando que a ninguna de ellas le corresponde asumir la responsabilidad para otorgar licencia ambiental.

2.3.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

En el caso particular, observamos que la Ley 99 de 1993, crea el Ministerio de Medio Ambiente y en el numeral 12 del artículo 52³⁴², señala que le corresponde otorgar de manera privativa la licencia ambiental para la introducción al país de parentales para la reproducción de especies foráneas de fauna y flora silvestre que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida salvaje.

El artículo 2 del Decreto 1220 de 2005 establecía cuales eran las autoridades competentes en materia ambiental, para lo cual incluyó al Ministerio de Ambiente, las CAR., y las de Desarrollo Sostenible, agregando que el numeral 16 del artículo 8 del mismo decreto³⁴³, señaló la competencia que le asiste en

³⁴² “Colombia. Congreso de la República. Ley 99 de 1993, artículo 52. El Ministerio del Medio Ambiente otorgará de manera privativa la Licencia Ambiental en los siguientes casos: [...] 12. Introducción al país de parentales para la reproducción de especies foráneas de fauna y flora silvestre que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida salvaje”.

³⁴³ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 1220 de abril de 2005, artículo 2. Son autoridades competentes para otorgar o negar licencia ambiental, conforme a la ley y al presente decreto, las siguientes: 1. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. 2. Las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible. 3. Los municipios, distritos y áreas metropolitanas cuya población urbana sea superior a un millón de habitantes dentro de su perímetro urbano. 4. Las autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002, y 5. Las entidades territoriales delegatarias de las Corporaciones Autónomas Regionales, <salvo cuando se trate de la realización de proyectos, obras o actividades ejecutadas por la misma entidad territorial> [texto suprimido en el artículo 2 del decreto 2820 de 5 de agosto de 2010, a su vez derogado por el artículo 53 del Decreto 2041 de 2014]. Para efectos de la delegación, las

forma exclusiva al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial para otorgar o negar licencias ambientales para la introducción al país de ciertas especies, siempre y cuando tales especies no hayan sido consideradas invasoras o potencialmente invasoras.

En el evento de establecer zocriaderos con fines comerciales de la especie de caracol Hélix aspersa el interesado deberá tramitar la licencia ambiental ante la Corporación Autónoma Regional – CAR., o de Desarrollo Sostenible del sitio donde pretenda establecer el zocriadero, según lo indicado en el artículo 12 del Decreto 4064 de 2008³⁴⁴.

2.3.2. Antecedentes

Por un lado, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR., sostiene que de acuerdo a lo señalado por el numeral 16 del artículo 8 del Decreto 1220 de 2005, vigente para la época del conflicto, había reglamentado el Título VIII de la Ley 99 de 1993, por lo cual afirmaba que sobre licencias ambientales, era el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, quien debía otorgar o negar la introducción al país de especies exóticas con

corporaciones autónomas regionales tendrán en cuenta especialmente, la capacidad técnica, económica, administrativa y operativa de las entidades territoriales para ejercer las funciones delegadas. [...] Artículo 8º. Competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, otorgará o negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades: [...] 16. La introducción al país de parentales, especies, subespecies, razas o variedades silvestres foráneas con fines de reproducción y comercialización para establecerse o implantarse en medios naturales o artificiales, que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida silvestre. La licencia ambiental contemplará la fase de investigación o experimental y la fase comercial. La fase de investigación involucra las etapas de importación del pie parental, la instalación o construcción del zocriadero y las actividades de investigación o experimentación del proyecto. Para autorizar la fase comercial se requerirá modificación de la licencia ambiental”.

³⁴⁴ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 4064 de 2008, artículo 12. Nuevos zocriaderos. Las personas interesadas en el establecimiento de zocriaderos con fines comerciales con la especie Hélix aspersa en ciclo cerrado, abierto y mixto, deberán tramitar y obtener ante la Corporación Autónoma Regional o de Desarrollo Sostenible con jurisdicción en el sitio donde pretenda establecerse el zocriadero, licencia ambiental, conforme a lo dispuesto en la Ley 611 de 2000 y el Decreto 1220 de 2005 o las normas que los modifiquen o sustituyan. Lo anterior, sin perjuicio de los requisitos exigibles en materia sanitaria y las condiciones que establezca el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA”

finde de reproducción, pues es una actividad que se encuentra sujeta a la necesidad de licencia ambiental y por lo tanto competencia del Ministerio.

Adicionalmente la CAR, insiste en que de acuerdo a lo ordenado por el régimen de transición contenido en el artículo 21 del Decreto 4064 de 2008, reglamentario de la Ley 1011 de 2006, la actuación a seguir por el Ministerio debió ser la de archivar el expediente y no remitirlo a esa entidad.

Por su parte el Ministerio, conforme a lo establecido en el artículo 12 del Decreto 4064 de 2008, afirma que es la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR., el ente competente para autorizar la introducción al país de la especie, por lo cual esta autoridad solicita a la Sala se resuelva el conflicto.

2.3.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

La Sala, resuelve declarar competente al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, para continuar el trámite del expediente LAM 3609 de la empresa Barriga Recasens y CIA. S en C³⁴⁵ fundamentando su decisión básicamente por lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993 y el numeral 16 del artículo 8 del Decreto 1220 de 2005.

2.3.4. Análisis del caso

Se aprecia que la única excepción que se establece para expedir licencia o permiso es la que deben realizar las autoridades ambientales de las entidades territoriales en los términos del párrafo 4 del numeral 20 del artículo 9 de la Ley 99 de 1993, que establece las competencias de las CAR y las autoridades ambientales.

³⁴⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2009-00074-00(C) de 11 de febrero de 2010, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos

Es preciso manifestar que, en el caso particular la discusión entre las dos autoridades no la resuelve el Ministerio de Ambiente, de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 31 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993³⁴⁶, que señala como función del Ministerio del Medio Ambiente la facultad de solucionar las discrepancias entre entidades integrantes del Sistema Nacional Ambiental.

La única fuente que resuelve el problema jurídico se desprende de lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993 y el numeral 16 del artículo 8 del Decreto 1220 de 2005, que asignan competencia al Ministerio de Ambiente para otorgar licencia para la introducción al país de especies foráneas.

En síntesis, la particularidad sobre este conflicto radica en que el ordenamiento legal, no previó la posibilidad de que pudiese presentarse un conflicto competencial entre una autoridad ambiental autónoma y un órgano del alto gobierno como el Ministerio de Ambiente; en principio, se pensaría que no puede existir conflicto entre el órgano que vigila al ente autónomo, motivo que impide aplicar el principio de jerarquía para resolver la cuestión respecto a la definición de competencias entre la CAR y el Ministerio de Ambiente.

La contradicción normativa surge específicamente por la competencia otorgada al Ministerio del Medio Ambiente en el numeral 12 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, que indica que el Ministerio otorgará de manera privativa la licencia ambiental para la introducción al país de parentales para la reproducción de especies foráneas de fauna y flora silvestre que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida salvaje.

³⁴⁶ “Colombia. Congreso de la República. Ley 99 de 1993, artículo 5. Funciones del Ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente: [...] 31. Dirimir las discrepancias entre entidades integrantes del Sistema Nacional Ambiental, que se susciten con motivo del ejercicio de sus funciones y establecer criterios o adoptar decisiones cuando surjan conflictos entre ellas en relación con la aplicación de las normas o con las políticas relacionadas con el uso, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables o del medio ambiente”

Y, la competencia otorgada por el reglamento a las CAR, contemplada en el artículo 12 del Decreto 4064 de 2008, la cual establece los requisitos y procedimientos ambientales y zoonosanitarios para el establecimiento y la realización de las actividades de zootecnia con fines comerciales, cuya licencia expide expresamente la CAR.

En la situación expuesta, ninguno de los criterios tradicionales como el criterio de especialidad, resulta útil para esclarecer la competencia, puesto que ambos órganos son igualmente especializados en el tema ambiental y tampoco es viable la aplicación de la regla de jerarquía, al involucrar a una autoridad ambiental autónoma.

Podemos concluir que, el Consejo de Estado realiza una interpretación sistemática de las normas atinentes a la asignación de la competencia a la autoridad nacional, donde se enfrenta la ley y el reglamento, dando prevalencia a la ley, al establecer que corresponde al Ministerio de Ambiente otorgar de manera privativa la licencia ambiental para la importación de la especie foránea, este fue el enunciado que acogió la Sala para decidir sobre la competencia, el hecho de tratarse del ingreso al territorio nacional de una especie, debe ser de conocimiento de la entidad con competencia en todo el territorio nacional. A esta conclusión se arriba, luego de efectuar un análisis pormenorizado del articulado relativo a la competencia del Ministerio de Ambiente.

No se considera la posición jerárquica que se ocupa en la estructura de la Administración, sino la posición de las reglas en la escala normativa en la designación de las funciones consagradas en la ley y el reglamento, considerando la literalidad de las normas para asignar la competencia.

En la situación expuesta, se identifica una contraposición entre la ley y el reglamento, se confieren competencias a órganos distintos por ambas vías, las cuales podrían presentar incertidumbre debido a la abundante normatividad en

materia ambiental; pero examinando el nivel de la regulación y realizando un análisis literal e integral de las normas competenciales se deduce de lo descrito en la norma de rango legal que se confiere la competencia al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, otorgándola de manera expresa, de este modo, se configura un conflicto aparente de competencias normativas.

2.4. Conflicto negativo de competencias administrativas - Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Vs. Superintendencia de la Economía Solidaria

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Superintendencia de la Economía Solidaria niegan ser las entidades competentes para tramitar petición donde solicitan iniciar investigación administrativa a gerente de empresa comunitaria que presta el suministro de acueducto por presunto manejo irregular de sus recursos.

2.4.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

El conflicto normativo se desprende de lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, el cual enuncia: “Artículo 75.- Funciones presidenciales de la Superintendencia de Servicios Públicos.- El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios públicos a los que se aplica esta Ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados”³⁴⁷.

El artículo 34 de la Ley 454 de 1998, crea la Superintendencia de la Economía Solidaria y determina las competencias, el marco conceptual que regula la

³⁴⁷ Colombia. Congreso de la República. Ley 142 de 1994, artículo 75

economía solidaria, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones³⁴⁸.

Lo anterior, en concordancia con lo descrito en el párrafo 2º del artículo 6º de la Ley 454 de 1998, que señala las entidades que se encuentran sujetas al control de la Superintendencia de Economía Solidaria – SES el cual indica: “Tienen el carácter de organizaciones solidarias entre otras: cooperativas, los organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad, las instituciones auxiliares de la Economía solidaria, las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las precooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas...”³⁴⁹.

2.4.2. Antecedentes

La discrepancia entre las dos entidades de supervisión surge por un derecho de petición presentado por la Junta de Acción Comunal del corregimiento La Buitrera, comuna 54, del municipio de Santiago de Cali, ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, solicitando investigación administrativa y contable por presuntas irregularidades cometidas por la gerente y representante legal de la empresa comunitaria Acuabuitrera E.S.P., consistentes en la compra de un lote de treinta (30) hectáreas sin el lleno de los requisitos legales y sin consultar a la Asamblea General de Usuarios y/o Delegados, y el presunto pago de un auxilio mensual al vicepresidente de la JAL, por su gestión en beneficio de Acuabuitrera, que generarían un detrimento patrimonial en esa empresa, en perjuicio de los comuneros, usuarios de los servicios de acueducto y alcantarillado de dicho corregimiento.

³⁴⁸ “Diario Oficial de Colombia, Bogotá, No.43.357 de 6 de agosto de 1998. Ley 454 de 1998, artículo 34.- Modificado por el artículo 98 de la ley 795 de 2002.- Entidades sujetas a su acción.- El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de la Economía Solidaria la inspección, vigilancia y control de las cooperativas y de las organizaciones de la economía solidaria que determine mediante acto general, que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado”.

³⁴⁹ Colombia. Congreso de la República. Ley 454 de 1998, artículo 6, párrafo 2

El presente conflicto de competencias fue planteado por la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, luego de ser remitido y devuelto por parte de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

2.4.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, acude a lo expresado en el artículo sexto de la Ley 454 de 1998, que menciona las organizaciones sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de la Economía Solidaria, sin embargo, también hace referencia a la supervisión de las actividades vigiladas por otro órgano especializado del Estado, considerando la naturaleza de la actividad que realiza la empresa, es decir, la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, para lo cual expresa:

Las organizaciones solidarias aparecen enumeradas, a título enunciativo, en el párrafo 2º del artículo 6º de la ley 454, y dentro de ellas se encuentran las cooperativas, lógicamente, así como las empresas comunitarias. A esta última categoría pertenece Acuabuitrera E.S.P., empresa comunitaria que presta el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en el corregimiento La Buitrera, del municipio de Santiago de Cali [...] En consecuencia, las organizaciones solidarias se hallan bajo la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de la Economía Solidaria, salvo que estén sometidas a la supervisión especializada de otra superintendencia, como sucede en este caso, en el cual, por la naturaleza de la actividad, la mencionada empresa está inequívocamente sujeta a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios³⁵⁰.

De acuerdo a lo expuesto, se concluye que la competencia para vigilar la actividad en la prestación de los servicios públicos, <criterio objetivo> inexorablemente recae en la Superintendencia de Servicios Públicos.

2.4.4. Análisis del caso

³⁵⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente 11001-03-06-000-2010-00070-00 del 8 de julio de 2010, Consejero Ponente Augusto Hernández Becerra.

En el argumento expuesto por la SSPD a fin de no asumir la competencia, afirma que el artículo 34 de la Ley 454 de 1998, establece que la competencia de la SES es residual y excluyente, en cuanto corresponde el ejercicio de las facultades de supervisión sobre las cooperativas, y de las organizaciones de economía solidaria que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado. Fundándose además, en lo prescrito por la Ley 454 de 1998 sobre cooperativas, en el artículo 6º que enumera las características de las organizaciones de economía solidaria y el parágrafo 2º de dicha norma, menciona dentro las organizaciones solidarias a las empresas comunitarias.

En este argumento se omite lo señalado en el artículo 1º del Decreto reglamentario 1359 de 1998³⁵¹, el cual indica que la SSPD asume el control y vigilancia del objeto social y la actividad cooperativa de las instituciones de economía solidaria que desarrollen en forma principal o especializada la prestación de servicios públicos domiciliarios. Adicionalmente, se apoya en lo indicado en el artículo 147 del Decreto Ley 2150 de 1995, diciendo que “La eliminación del control concurrente ordenada por el artículo 147 del decreto ley 2150 de 1995, Anti-trámites, no es absoluta sino relativa en materia de servicios públicos, lo cual implica que los aspectos subjetivos de las cooperativas y organizaciones solidarias los vigila la SES y la prestación del servicio público domiciliario la SSPD”³⁵².

Para lo cual, el Consejo de Estado señala categóricamente, que por mandato constitucional y legal la competencia corresponde a la SSPD citando el artículo 370 de la Constitución Política, que asigna la supervisión de los servicios públicos domiciliarios en la SSPD, así como lo prescribe el artículo 75 de la Ley

³⁵¹ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 1359 de 1998, artículo 1. DE LA COMPETENCIA EN EL CONTROL Y VIGILANCIA. A más tardar el 27 de julio de 1998 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios asumirá el Control y Vigilancia del objeto social y de la actividad cooperativa de las instituciones de economía solidaria que desarrollan en forma principal o especializada la prestación de servicios públicos domiciliarios”.

³⁵² Expediente 11001-03-06-000-2010-00070-00/2010..., cit., p. 5

142 de 1994, explicando que por un lado, se aplica el criterio de especialidad en el control establecido en el artículo 34 de la Ley 454 de 1998, y por otro lado, el artículo 147 del Decreto Ley 2150 de 1995, en cuanto a la prohibición en la concurrencia en el control, por motivos de racionalidad, eficiencia y economía administrativa, y por la necesidad de evitar duplicidad de funciones en la administración.

Observamos que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, realiza una interpretación armónica y sistemática de las normas que delegan la competencia en el control de los servicios públicos domiciliarios aplicando el criterio objetivo, como se ha venido sosteniendo en la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al momento de decidir sobre la asunción de la competencia entre los organismos de control del Estado. Para efectos de determinar la competencia prevalece la actividad desarrollada por el sujeto vigilado sobre el aspecto subjetivo - la persona que la ejecuta, como consecuencia, el ente administrativo debe asumir el control integralmente no fragmentariamente.

En el mismo sentido se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en acción de definición de competencias administrativas, en el conflicto negativo de competencias promovido por la Supertransporte en contra de la Supersociedades - <expediente C-746 del 25 de septiembre de 2001, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla> haciendo referencia a la finalidad social del Estado y a la prestación eficiente de los servicios públicos a que se refiere el artículo 365 de la Constitución Política y a la competencia integral en la función de supervisión que ejerce la Supertransporte³⁵³.

³⁵³ “En presencia de esta norma constitucional y dado el conjunto de atribuciones o funciones delegadas a la Supertransporte en relación con las personas que presten el servicio público de transporte, así como las diferentes disposiciones legales que se han examinado, puede concluirse que en relación con la sociedad Metro de Medellín Ltda., la función de la Supertransporte es integral ...”. Radicación numero C-746/2001..., cit. p.14.

El conflicto planteado por la SSPD, admite una última apreciación, en cuanto a la eliminación del control concurrente dispuesta en el artículo 147 del Decreto Ley 2150 del 5 de diciembre 1995, se establecía respecto a las funciones de control y vigilancia del Departamento Nacional de Cooperativas que no podrían ejercerse sobre entidades cooperativas sujetas al control de otras superintendencias. Aquí se restringe la posibilidad a que Dancoop intervenga en las facultades asignadas a otra entidad supervisora, no se indica que criterio debía aplicarse para concluir que organismo debía asumir el control.

Para el caso en cuestión, la normatividad establecida si genera duda en lo atinente al control que debía asumir la SSPD respecto a la petición formulada ante sus oficinas; si bien, el artículo 75 de la Ley 142 de 1994 faculta a la SSPD para el ejercer control y la vigilancia a las entidades que presten servicios públicos domiciliarios; el numeral sexto del artículo 36 de la Ley 454 de 1998, autoriza a la SES para imponer sanciones personales a cualquier funcionario o empleado de una entidad sujeta a su control por la comisión de actos contrarios al reglamento; este evento origina incertidumbre al considerar que factor debe aplicarse el factor objetivo contenido en el artículo 75 de la Ley 142 de 1994, o el factor subjetivo contenido en el numeral 6 del artículo 36 de la Ley 454 de 1998.

Independientemente del criterio que se ha venido aplicando por el Consejo de Estado, se configura un conflicto aparente de competencias al revisar las normas que confieren la función de supervisión a dos órganos de vigilancia, uno en consideración al sujeto y otro en consideración al objeto. No obstante, en el caso particular la discrepancia se resuelve al examinar el artículo primero del Decreto reglamentario 1359 de 1998. Es pertinente mencionar que en las decisiones del Consejo de Estado, se ha optado por darle preeminencia al factor objetivo sobre el subjetivo a efectos de ejercer el control integral de una actividad.

2.5. Conflicto negativo de competencias administrativas - Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA Vs. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, niegan ser las autoridades competentes para expedir certificación de beneficios tributarios para exclusión del impuesto de valor agregado IVA.

2.5.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

El artículo 3 del Decreto Ley 3573 de 2011³⁵⁴ establece las funciones de la ANLA., entre las cuales se encuentra expedir las licencias, permisos y trámites ambientales.

Por su parte, el numeral 6 del artículo 4 del Decreto 3266 de 2004³⁵⁵ señalaba las funciones de la Dirección de Licencias Permisos y Tramites Ambientales del Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, entre ellas, le correspondía elaborar, revisar y expedir los actos administrativos relacionados con el licenciamiento ambiental.

³⁵⁴ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 3573 de 2011, artículo 3. FUNCIONES. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– cumplirá, las siguientes funciones: 1. Otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la ley y los reglamentos. 2. Realizar el seguimiento de las licencias, permisos y trámites ambientales. 3. Administrar el Sistema de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales –SILA– y Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea Vital”.

³⁵⁵ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 3266 de 2004, artículo 4. La Dirección de Licencias Permisos y Tramites Ambientales, del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial tendrá a cargo las siguientes funciones: [...] 6. Elaborar, revisar y expedir los actos administrativos por medio de los cuales se otorguen o nieguen las licencias ambientales y demás instrumentos de manejo y control ambiental de competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, así como los actos administrativos que sean necesarios para adelantar el procedimiento que tenga como fin el licenciamiento ambiental y demás autorizaciones ambientales”.

Lo anterior, en concordancia con lo establecido en el numeral 4 del artículo 424-5 del Estatuto Tributario³⁵⁶ que menciona los bienes que no causan impuesto por la venta o importación, señalando cuales quedaban excluidos del IVA.

2.5.2. Antecedentes

El 25 de octubre de 2011, un mes después de la entrada en vigencia del Decreto 3573 de 27 de septiembre de 2011, la empresa Metro Caribe y el Sistema Integrado de Transporte de Barranquilla, solicitaron al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible la exclusión del IVA para los chasis, frente a lo cual la ANLA., traslado el expediente para su estudio técnico a la Dirección de Asuntos Ambientales Sectorial y Urbana, recomendando la no viabilidad de la exclusión.

De la misma manera, la Dirección de Licencias Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, recibió solicitud de exclusión de IVA para elementos y equipos para la construcción del interceptor norte del río Medellín y obras accesorias de la Empresa Aguas Nacionales EPM S.A ESP., donde la ANLA, traslada al Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico para que emitiera su concepto técnico, dando respuesta favorable. En lo sucesivo varias personas jurídicas solicitaron para la época al Ministerio la certificación para la exclusión del IVA en ciertos elementos. En algunos casos obteniendo su viabilidad en otros negándola, una vez se emitía el concepto técnico.

Luego de tramitar varias solicitudes habiendo entrado en vigencia el Decreto 3573 de 2011, que trasladaba la función de autorizar licencias, permisos y tramites ambientales a la ANLA, entre ellas, la certificación de exclusión de IVA,

³⁵⁶ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 624 de 1989, artículo 424-5. BIENES EXCLUIDOS DEL IMPUESTO. <Artículo subrogado por el artículo 4o.de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Quedan excluidos del impuesto sobre las ventas los siguientes bienes: [...] 4. Los equipos y elementos nacionales o importados que se destinen a la construcción, instalación, montaje y operación de sistemas de control y monitoreo, necesarios para el cumplimiento de las disposiciones, regulaciones y estándares ambientales vigentes, para lo cual deberá acreditarse tal condición ante el Ministerio del Medio Ambiente”.

el 6 de diciembre de 2011, la Jefatura de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible conceptuó que de acuerdo al nuevo decreto, correspondía a la nueva agencia desarrollar las funciones relacionadas con la expedición del acto administrativo de certificación sobre la viabilidad o no de las exenciones tributarias.

Posteriormente, en oficio de 22 de diciembre de 2011, la ANLA, manifiesta no ser la competente para tramitar la certificación sobre viabilidad de la exclusión del IVA, afirmando que según el artículo 6 de La Ley 99 de 1993, le correspondía al Ministerio desarrollar las funciones que no hayan sido atribuidas por ley a otra autoridad, agrega que no existe sustento normativo que la obligue a cumplir con el trámite de exclusión del impuesto, solicitando a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que defina la entidad competente para expedir la certificación de exclusión del pago del IVA.

2.5.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

La Sala decide declarar competente a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales para adelantar el trámite relativo a la exclusión del pago del IVA realizado por las empresas solicitantes, para lo cual refiriéndose al artículo 4 del Decreto 3266 de 2004, dijo lo siguiente:

Aunque la norma habla de elaborar, revisar y expedir actos administrativos por medio de los cuales se otorgan o niegan licencias y demás instrumentos de manejo y control ambiental, puede observarse que la certificación sobre la viabilidad o no de la exclusión de IVA, ha estado a cargo del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Por tanto, teniendo en cuenta que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA - fue creada con el fin de actuar con mayor especialidad en todo lo relacionado con licencias, permisos y trámites ambientales, debe ser esta entidad la encargada de continuar con el trámite que le correspondía a la Dirección de Licencias y Permisos del Ministerio.

[...]

Vale la pena resaltar que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en el estudio técnico realizado para la creación de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA-, elaboró una lista de los 17 trámites ambientales que se encontraban a cargo de dicho Ministerio y que debían pasar al ANLA, identificando como el trámite número 9, el relacionado con la certificación de beneficios tributarios para exclusión de IVA.

[...]

... el decreto 3573 de 2011 que creó la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA-, otorgó expresamente a esta entidad las funciones relacionadas con licencias, permisos y demás trámites ambientales, lo que incluye, así no lo diga expresamente, la certificación sobre la viabilidad o no de la exclusión de IVA³⁵⁷.

Con la expedición del Decreto 3573 de 2011, se trasladan varias de las funciones de la Dirección del Ministerio de Ambiente a la ANLA., este fue uno de los propósitos de la creación de la nueva agencia, descongestionar al Ministerio de Ambiente de dichas funciones para radicarlas en la ANLA., y esta continuara con ellas, por ser la autoridad especializada para elaborar la autorización, revisión y trámites relativos a las licencias ambientales.

2.5.4. Análisis del caso

En el caso planteado se observa que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, exhibe renuencia a asumir su responsabilidad, puesto que como se indicó en los estudios técnicos realizados por el Ministerio de Ambiente para su creación, se enumeraron específicamente 17 funciones que se trasladaban a la nueva agencia entre ellas, se encontraba la elaboración del certificado para la exclusión del IVA.

³⁵⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2012-00009-00(C) del 9 de febrero de 2012, Consejero Ponente Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Aun cuando, en las funciones enumeradas en el artículo 3 del Decreto 3573 de 2011, no se incluyó taxativamente dicha función, si se realizó en el listado técnico que justificaba su creación.

La función de expedir certificaciones que excluyan del pago del IVA, se asimila a un trámite o permiso que supone realizar todo lo relacionado con actividades que impliquen una autorización o exención en materia ambiental, por lo cual se deduce que es competencia de la autoridad ambiental especializada en el licenciamiento.

Un aspecto a considerar en este conflicto es que la ANLA., no posee personería jurídica y forma parte del sector administrativo de ambiente, según se observa de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 3573 de 2011, lo cual supondría que no tiene capacidad para actuar. Sin embargo, el parágrafo del artículo 4 de la Ley 954 de 2005, vigente para la época de los hechos, regulaba el trámite para promover un conflicto de competencias, señalando que podía iniciarse por solicitud de la persona interesada, quizás la entidad lo emprendió con base en esta autorización incluida en la norma al no tener representación legal.

La Sala, realiza un examen sistemático de la normatividad, incluyendo un enunciado del Estatuto Tributario, para llegar a la conclusión de que la agencia especialmente creada para otorgar licencias es la ANLA., y la solicitud de viabilidad para determinar la exclusión del pago del IVA a una empresa es una facultad inherente a sus competencias, con mayor razón, existiendo el listado técnico que traslada la función de la Dirección de Licencias y Permisos del Ministerio a la ANLA, por lo cual estaríamos frente a un conflicto de competencias aparente dentro de nuestra clasificación.

2.6. Conflicto negativo de competencias administrativas - Agencia Nacional del Espectro Vs. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Las autoridades en cuestión niegan asumir competencia para adelantar las investigaciones administrativas contra los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora por violación de los parámetros técnicos esenciales autorizados.

2.6.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

Los numerales 4 y 10 del artículo 26 de la Ley 1341 de 2009³⁵⁸, otorgan competencia a la Agencia Nacional del Espectro para vigilar, controlar, investigar y sancionar las infracciones al régimen del espectro radioeléctrico.

El artículo 60 de la misma norma, radica en el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la facultad de vigilancia, inspección y control del servicio de radiodifusión sonora, sumado a la potestad sancionatoria descrita en el artículo 63 y el numeral 11 del artículo 64³⁵⁹, los cuales le confieren

³⁵⁸ “Colombia. Congreso de la República. Ley 1341 de 2009, artículo 26. Funciones de la Agencia Nacional del Espectro. La Agencia Nacional del Espectro tendrá, entre otras, las siguientes funciones: [...] 4. Ejercer la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política. [...] 10. Adelantar las investigaciones a que haya lugar, por posibles infracciones al régimen del espectro definido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones así como imponer las sanciones, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política.

³⁵⁹ “Ley 1341 de 2009, artículo 60. Inspección, vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tiene a su cargo la inspección, vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora... artículo 63. Disposiciones generales del Régimen de Infracciones y Sanciones. Las infracciones a las normas contenidas en la presente ley y sus decretos reglamentarios darán lugar a la imposición de sanciones legales por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, salvo cuando esta facultad sancionatoria esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública. [...] Artículo 64. Infracciones. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otras normas, constituyen infracciones específicas a este ordenamiento las siguientes: [...] 11. La modificación unilateral de parámetros técnicos esenciales y el incumplimiento de los fines del servicio de radiodifusión sonora”.

competencia para sancionar las infracciones a la normatividad relativa a la materia, siempre que no estuviese asignada a otra autoridad.

2.6.2. Antecedentes

Luego de remitirse múltiples comunicaciones y oficios entre la Agencia Nacional del Espectro y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones recíprocamente, sobre unas investigaciones administrativas que se debían adelantar contra los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora por violación de los parámetros técnicos esenciales autorizados, el 22 de octubre de 2012 la ANE plantea el presente conflicto de competencias administrativas.

La ANE argumenta que a ella le corresponde vigilar el espectro radioeléctrico y adelantar las investigaciones por posibles infracciones a su régimen, así como diseñar procedimientos de control y ejecutar sus planes de vigilancia sobre el uso del espectro en coordinación con el MINTIC.

Adicionalmente, expone que el Ministerio tiene a su cargo la inspección vigilancia y control sobre el servicio de radiodifusión sonora, y que ella, tiene a su cargo realizar las visitas técnicas a las estaciones para verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de acuerdo a sus informes el MINTIC., adelante las investigaciones pertinentes.

Agrega que el servicio de radiodifusión sonora es inescindible del espectro radioeléctrico, de acuerdo a lo indicado en el artículo 57 de la Ley 1341/2009, sin que exista diferencia entre el servicio prestado y el uso. Manifiesta en suma, que al MINTIC le corresponde investigar lo relacionado con el servicio de radio difusión sonora, incluyendo el espectro.

El Ministerio argumenta que, según los artículos 25, 26 y 63 de la Ley 1341 de 2009, el Decreto 091 de 2010 y la resolución 00415 de 2010, la ANE, tiene funciones de planeación, gestión, vigilancia, control y sanción por la infracción al régimen del espectro. Del mismo modo, se reconoce en las resoluciones emitidas por el MINTIC para el servicio de radiodifusión.

2.6.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

La Sala resuelve declarar competente al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, básicamente, por lo expresado en el numeral 11 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, que señala de manera exclusiva la facultad para sancionar a los concesionarios por el incumplimiento de los fines del servicio de radiodifusión sonora.

En resumen, la competencia en materia de inspección, control y vigilancia de los servicios de radiodifusión sonora ha sido otorgada por la ley de manera expresa³⁶⁰ al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (artículo 60 ley 1341 de 2009), y se concreta en la facultad de este Ministerio para imponer sanciones por la infracción consistente en “modificación unilateral de parámetros esenciales” (artículos 63 y 64 de la ley 1341 de 2009), sin que sea posible deducir o atribuir dicha competencia a la Agencia Nacional del Espectro por conexidad, extensión o afinidad³⁶¹.

³⁶⁰ “Colombia. Congreso de la República. Ley 489 de 1998. Estatuto de la Administración Pública, artículo 5o. Competencia administrativa. Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo.

Se entiende que los principios de la función administrativa y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados por el artículo 288 de la Constitución Política deben ser observados en el señalamiento de las competencias propias de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos.

Se recuerda que, las competencias no pueden asignarse por analogía o por extensión de acuerdo a los términos del artículo 121 de la Constitución Política.”

³⁶¹ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2013-00229-00(C) de 6 de junio de 2013, Consejero Ponente Augusto Hernández Becerra

2.6.4. Análisis del caso

En el presente caso, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado realiza un análisis sistemático de las normas que regulan la explotación del espectro radioeléctrico, encontrando que si bien, la normatividad atribuye competencias de policía administrativa a las dos entidades en el mismo sector, la ley realiza una distinción entre las funciones de la ANE y el MINTIC., observando que las dos autoridades ostentan atribuciones sancionatorias a los infractores del régimen. Sin embargo, la norma realiza algunas precisiones al radicar competencia exclusiva y expresa al Ministerio en el punto debatido, lo cual refleja desconocimiento de este órgano para ejercer su función como lo es sancionar a los infractores de las normas atinentes a la materia, tras la visita técnica que realiza la ANE.

Este es un claro ejemplo de una situación originada debido a la compartición de competencias que realiza el ordenamiento de manera fraccionada, en el caso particular, un órgano recoge las pruebas y el otro sanciona de acuerdo al soporte técnico emitido. La moderna actividad administrativa exige un alto grado de coordinación, lo cual, demuestra que es un conflicto de competencias administrativas aparente, al detectar que la función se encuentra concreta y expresamente radicada en el órgano del gobierno, sin que se advierta alguna excepción.

2.7. Conflicto negativo de competencias administrativas Superintendencia de Industria y Comercio Vs. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Estas dos autoridades administrativas niegan la competencia para investigar a la empresa de telecomunicaciones Telefónica Telecom, por realizar conductas contrarias a la libre competencia y prácticas comerciales restrictivas.

2.7.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

El numeral 32 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994³⁶², atribuía competencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para investigar las prácticas comerciales restrictivas y la competencia desleal a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, entre ellos, el de telefonía.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009³⁶³, dicta normas sobre protección de la competencia, determinando que la autoridad nacional de protección de la competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio, estipulando un plazo de transición de seis (6) meses a las autoridades que tuviesen facultades de control en materia de prácticas restrictivas de la competencia y control previo de integraciones empresariales, para que continuaran con las investigaciones iniciadas, es decir, esta ley fue expedida el 24 de julio de 2009, lo que significa que a partir del 24 de enero de 2010, todas las investigaciones y quejas referentes a la materia debían ser remitidas a la SIC.

Posteriormente, se expidió el inciso tercero del artículo 73 de la Ley 1341 de 2009³⁶⁴, que estableció la excepción de la aplicación de la Ley 142 de 1994 a las

³⁶² “Colombia. Congreso de la República. Ley 142 de 1994, artículo 79.- Funciones de la Superintendencia. (Modificado por el artículo 13 de la Ley 689 del 2001). Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes: [...] 79.32.- Adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994”.

³⁶³ “Colombia. Congreso de la República. Ley 1340 de 2009, artículo 6°. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

³⁶⁴ “Colombia. Congreso de la República. Ley 1341 de 2009, artículo 73. [...] A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios...”

empresas que presten el servicio de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia.

2.7.2. Antecedentes

En diciembre del año 2002, EPM Telecomunicaciones denunció ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, presuntas irregularidades cometidas por Telefónica Telecomunicaciones SA. (Telecom), por bloqueo de ciertas llamadas que se originaban desde su red; reiterando la denuncia dos años más tarde, agregando esta vez, la realización de actos contrarios a la libre competencia, denuncia que es reiterada en el año 2006. En marzo de 2007, la SSPD., inicia investigación administrativa contra Telefónica – Telecom, por presunta violación de las normas a las que están sujetos quienes prestan servicios públicos domiciliarios.

Con base en la Ley 1340 de 2009, que declara como única autoridad de protección de la competencia a la SIC., la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, remite la investigación iniciada a la SIC., esta, observa que ya se había formulado pliego de cargos y con fundamento en el artículo 33 de la ley 1340 de 2009, que se refiere al periodo de transición el cual señala que las investigaciones ya iniciadas seguirían en cabeza de la autoridad que las hubiese adelantado la devuelve a la SSPD., la cual la retorna nuevamente a la SIC, por considerar que no era competente; ahora, con fundamento en el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, que la sustrae del conocimiento en asuntos relativos a la competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones, motivo por el cual la SIC plantea el conflicto de competencias.

2.7.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

La Alta Corporación decide declarar competente a la Superintendencia de Industria y Comercio con fundamento en el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009,

que sustrae de la competencia a la SSPD para conocer de las prácticas comerciales restrictivas en el servicio de telefonía local móvil, rural y larga distancia de que trata el numeral 32 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, en los siguientes términos:

Es claro que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios perdió las funciones descritas en la ley 142 de 1994 para los servicios públicos anteriormente mencionados y las recibió la Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la entrada en vigencia de la ley 1341 de 2009...”

Quiere esto decir que a partir del 30 de julio de 2009 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dejó de ser competente para ejercer las funciones de qué trata el artículo 79 numeral 32 de dicha ley frente a los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia y desde ese día la entidad competente para ejercerlas es la Superintendencia de Industria y Comercio³⁶⁵.

De acuerdo a lo anterior, en adelante no queda duda que la SIC continúa conociendo de la competencia desleal y las prácticas que restringen la competencia en los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y de larga distancia.

2.7.4. Análisis del caso

En el presente caso se suscita una confusión en cuanto a la cronología de las normas que se expidieron con menos de una semana de diferencia, lo cual, pudo llevar a diversas interpretaciones como de hecho ocurrió.

En primer lugar, la Ley 1340 de 24 de julio de 2009, autoriza a la SIC para controlar las prácticas comerciales restrictivas y la competencia desleal en todo el territorio nacional y en cualquier sector de la economía, estableciendo un

³⁶⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2012-00004-00(C) de 23 de febrero de 2012, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo

periodo de 6 meses para que las demás autoridades que tuviesen asignadas facultades en la materia continuaran ejerciéndolas, a partir de la finalización del sexto mes, todas las investigaciones por iniciar, serian remitidas a la autoridad nacional de la competencia.

Nótese, en primer momento, que la expedición de la norma y el periodo de los seis (6) meses de transición coincidían con la época en que la SSPD desarrollaba la investigación cuya formulación del pliego de cargos a la empresa denunciada tuvo lugar el 21 de marzo de 2007, lo cual significa que el argumento que exponía la SIC, era acertado, en cuanto a que la SSPD debía seguir con su conocimiento. No obstante, a los seis (6) días de publicada la Ley 1340 de 24 de julio de 2009, que otorgaba a la SIC la facultad general del control de la competencia desleal, se expide la Ley 1341 de 30 de julio de 2009, que a partir de su promulgación sustrajo del conocimiento de las investigaciones adelantadas en el sector de las telecomunicaciones a la SSPD, esto es, telefonía básica conmutada, telefonía móvil y larga distancia, esta última norma, no establece ningún plazo de transición en las investigaciones iniciadas, lo cual significa que la autoridad que adelantaba las investigaciones a las empresas de telefonía debía detener inmediatamente cualquier actuación en el estado en que se encontrara y la SIC tendría que continuar con su trámite.

La Sala, examina la normatividad vigente que regula la competencia, para lo cual realiza un análisis sistemático y de esta manera determina sobre quien recae la competencia.

Se observa, que no existe una contraposición normativa directa, lo que se verifica es una confusión, debido a la cercanía en el tiempo en que se producen las normas que distribuyen las competencias en materia de prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones, las cuales, se radican en la Superintendencia de Industria y

Comercio, según el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, por lo cual estaríamos frente a un conflicto de competencias aparente.

2.8. Conflicto negativo de competencias administrativas Superintendencia de Puertos y Transportes Vs. Superintendencia de La Economía Solidaria

Las entidades administrativas de supervisión involucradas en el conflicto niegan ser las competentes para conocer sobre solicitud presentada por dos cooperativas dedicadas a la actividad de transporte.

2.8.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

En primer lugar, el artículo 13 de la Ley 489 de 1998³⁶⁶ autoriza la delegación de funciones presidenciales de supervisión de los servicios públicos consagrada en el numeral 22 del artículo 189 de la Constitución Política

El fundamento jurídico que genera la diferencia interpretativa se encuentra en la competencia atribuida por el artículo 34 de La Ley 454 de 1998³⁶⁷ a la Superintendencia de la economía Solidaria sobre las organizaciones vigiladas.

Por su parte, el artículo 42 del Decreto 101 de 2000, indica las personas naturales y jurídicas que se encuentran sujetas a la supervisión de la

³⁶⁶ “Colombia. Congreso de la República. Ley 489 de 1998, artículo 13. Delegación del ejercicio de funciones presidenciales. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales, el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado el ejercicio de las funciones a que se refieren los numerales 13, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la Constitución Política”.

³⁶⁷ “Colombia. Congreso de la República. Ley 454 de 1998, artículo 34. *Entidades sujetas a su acción*. El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de la Economía Solidaria la inspección, vigilancia y control de las cooperativas y de las organizaciones de la Economía Solidaria que determine mediante acto general, que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado...”

Superintendencia de Puertos y Transportes³⁶⁸ entre ellas, menciona a las sociedades que presten el servicio público de transporte.

2.8.2. Antecedentes

En julio y septiembre de 2001, dos cooperativas de transporte solicitan a la Superintendencia de la Economía Solidaria intervención y consulta sobre los manejos internos de sus organizaciones. Posteriormente, esta entidad de supervisión remite a la Superintendencia de Transporte un grupo de expedientes para ser procesados, alegando su incompetencia.

En respuesta, el Superintendente de Puertos y Transportes manifiesta que existe confusión entre sociedades, entes comerciales, asociaciones o fundaciones y cooperativas, sosteniendo que la entidad no debería ejercer vigilancia sobre estas últimas y expresa la necesidad de proferir un fallo en relación con sus competencias, por lo cual, promueve el conflicto de competencias administrativas.

2.8.3. Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

La Sala, declara la competencia de la Superintendencia de Puertos y Transportes para resolver la solicitud de las cooperativas en lo referente a la

³⁶⁸ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 101 de 2000, artículo 42. Sujetos de la inspección, vigilancia y control, delegada. Estarán sometidas a inspección, vigilancia y control de la Supertransporte, las siguientes personas naturales o jurídicas: 1. Las sociedades con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten el servicio público de transporte. [...], artículo 44. Funciones delegadas en la Supertransporte. La Supertransporte cumplirá las siguientes funciones: [...] 5. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa y la calidad del servicio de las empresas de servicio de transporte y de construcción, rehabilitación, administración, operación, explotación y/o mantenimiento de infraestructura de transporte, de acuerdo con los indicadores definidos por la CRTR, [...] 11. Solicitar documentos e información general, incluyendo los libros de comercio, así como practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones”.

aplicación y distribución de excedentes y la intervención a la organización, al respecto dijo:

A la luz de esta normatividad, cualquier irregularidad (jurídica, contable, económica o administrativa) que se presente en una entidad y que pueda afectar la prestación eficiente del servicio público - en este caso de transporte - puede ser objeto de inspección, control y vigilancia por parte de la Superintendencia de Puertos y Transporte. [...] Ahora, esta Sala reitera que la Superintendencia de la Economía Solidaria posee funciones de inspección, vigilancia y control sobre las cooperativas que no están sometidas a otra entidad del Estado, es decir, que se eliminó el control concurrente conforme a lo dispuesto en el Decreto 2150 de 1995...³⁶⁹.

2.8.4. Análisis del caso

El conflicto de competencias planteado, hace referencia al control objetivo y subjetivo que ejercen las entidades del Estado sobre las organizaciones particulares, para el caso, se trata de unas cooperativas que realizan la prestación del servicio de transporte por lo cual, le corresponde al órgano de supervisión del transporte ejercer el control sobre la gestión interna de las cooperativas debido a la actividad que desarrollan.

La Alta Corporación realiza un análisis exegético de la norma que contempla como facultad de la Superintendencia de Puertos y Transportes ejercer el control inspección y vigilancia sobre las personas naturales o jurídicas que presten el servicio de transporte, por esta razón, el conflicto de competencias se clasifica como aparente, debido a que la norma específica sobre quien recae la función supervisora.

³⁶⁹ Radicación 11001-03-15-000-2001-0213-01(C-003)/2002..., cit., p. 7 - 8

2.9. Conflicto negativo de competencias administrativas INVIMA Vs Superintendencia de Salud

Las autoridades administrativas se consideran incompetentes para conocer sobre queja referente a aspectos derivados de una relación comercial de medicamentos entre una entidad de salud y un particular.

2.9.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

El artículo 2 del Decreto Ley 1290 de 1994³⁷⁰ (derogado por el artículo 33 del Decreto 2078 de 2012), enuncia como objetivo del INVIMA, ejecutar la política en materia de vigilancia sanitaria y control de calidad de los productos sanitarios señalados en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, el artículo 39 la Ley 1122 de 2007³⁷¹ establece los objetivos de la Superintendencia Nacional de Salud, entre ellos, vigila el cumplimiento de las normas que regulan la salud y la protección de los derechos de los usuarios, accesibilidad, aceptabilidad, estándares de calidad y la promoción en salud.

³⁷⁰ “Colombia. Gobierno Nacional. Decreto Ley 1290 de 1994, artículo 2. Objetivo. EL INVIMA tiene los siguientes objetivos: 1. Ejecutar las políticas formuladas por el Ministerio de Salud en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de los productos que le señala el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes.[...] PARAGRAFO. Los productos a los cuales hace referencia el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 son los siguientes: medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico quirúrgicos, odontológicos, productos naturales, homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivo de diagnóstico, productos de aseo, higiene y limpieza, los plaguicidas de uso doméstico...”

³⁷¹ “Colombia. Congreso de la República. Ley 1122 de 2007, artículo 39. Objetivos de la Superintendencia Nacional de Salud. La Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus atribuciones de inspección, vigilancia y control, desarrollará, además de los señalados en otras disposiciones, los siguientes objetivos: [...] b) Exigir la observancia de los principios y fundamentos del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud; c) Vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y promover el mejoramiento integral del mismo; d) Proteger los derechos de los usuarios, en especial, su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, individual y colectiva, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud”.

2.9.2. Antecedentes

Una usuaria del servicio de salud instaura queja ante la Superintendencia de Salud, reportando la presunta violación a su derecho a reembolso del valor pagado de parte del medicamento no utilizado en ampollitas, el cual había sido adquirido en la clínica de Marly para atender la salud de su hijo.

La Superintendencia de Salud en escrito del 9 de enero de 2007, traslada la queja al INVIMA, asegurando no ser la entidad competente para tramitar la queja, básicamente soporta su argumento expresando que no le corresponde dirimir las diferencias contractuales entre la usuaria y la entidad de salud.

El 23 de febrero de 2007, el INVIMA, acude a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que definiera cual era la entidad competente para tramitar la queja, sosteniendo su falta de competencia basada en el artículo 4 del Decreto 1290 de 1994, que establece sus funciones, afirmando que a ella le corresponde vigilar y controlar la calidad y seguridad de los medicamentos, sin que tenga a su cargo la relación comercial, como la devolución del dinero de productos no consumidos.

2.9.3. Decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

La Sala llega a la conclusión de que la Superintendencia de Salud, es la entidad competente para tramitar la queja interpuesta contra la clínica para que esta realice la devolución del valor de parte de las ampollitas dejadas de utilizar como medicamento para aplicar al menor, fundando su decisión en lo consagrado en la protección de derechos del consumidor en salud establecido en el literal d) del artículo 39 de la Ley 1122 de 2007, bajo el siguiente argumento:

Así las cosas, atendiendo los factores objetivo –materias sobre la cual versa la queja integralmente considerada- y subjetivo - las entidades o instituciones de salud que de acuerdo con los hechos narrados por la quejosa pueden haber incurrido en una presunta irregularidad-, la Superintendencia Nacional de Salud debe abocar el conocimiento de los hechos relacionados con sus funciones.

En consecuencia, no basta afirmar como lo hizo esta entidad, que la queja no es de su competencia pues se trata de un mero problema de carácter contractual entre particulares, sin detenerse a analizar el fondo de los hechos que la generaron.

Ahora bien, en relación con el problema relativo a la devolución del valor del medicamento que no cuenta con el soporte de compra, considera la Sala que es deber de la Superintendencia de Salud, informarle en forma clara y precisa los mecanismos de defensa administrativos, como los de la superintendencia de industria y comercio, extrajudiciales o judiciales con que cuenta la ciudadana, en una operación que pertenece al tráfico comercial³⁷².

2.9.4. Análisis del caso

En la decisión adoptada por la Alta Corporación se continúa empleando, como fundamento de la determinación, el criterio objetivo - subjetivo que venía aplicando la Sala Plena en decisiones anteriores para definir los conflictos de competencia, en el caso particular, se trata de una entidad de salud y la protección al usuario de la salud. No obstante, no se observa precepto legal o reglamentario expreso que autorice en sede administrativa la resolución de una diferencia con ocasión de una transacción comercial de esta naturaleza, se busca la norma que más se acerque a la competencia de la entidad encargada de proteger los aspectos relacionados con los derechos de los usuarios del servicio de salud.

El problema se origina en la relación contractual o comercial proveniente de la venta de un medicamento, no propiamente por el servicio de salud, sin embargo, para dar solución al asunto se acude a la normatividad que regula integralmente el servicio prestado haciendo uso del criterio objetivo en consideración al sujeto y la actividad desarrollada para arribar a la conclusión de que es un tema que

³⁷² Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2007-00021-00(C) de 12 de abril de 2007, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos

competente a la Superintendencia de Salud para tramitar la queja, por ser el ente más adecuado y este brinde información sobre los mecanismos de defensa, sin que se observe contraposición normativa. Por el contrario, se identifica la ausencia de norma expresa que atribuya la competencia para conocer de las diferencias comerciales por medicamentos.

2.10. Conflicto negativo de competencias administrativas Consejo Nacional Electoral Vs Comisión Nacional de Televisión

Las dos autoridades se consideran incompetentes para adelantar investigación contra un operador de televisión por denuncia relacionada con violación de las normas que regulan la propaganda electoral.

2.10.1. Disposiciones que atribuyen la competencia

El numeral 5 (ahora sexto), del artículo 265 de la Constitución Política consagraba que correspondía al Consejo Nacional Electoral, velar por el cumplimiento de las normas sobre publicidad electoral³⁷³ el cual es desarrollado por el artículo 26 de la Ley 130 de 1994, que regula los plazos de la propaganda electoral contratada, y el literal a) del artículo 39 de la misma ley, también le confiere competencia para investigar y sancionar a los partidos, movimientos políticos y otras personas, de la siguiente manera:

Artículo 26. Propaganda electoral contratada. Los concesionarios de los espacios de televisión podrán contratar propaganda electoral dentro de los treinta (30) días anteriores a la elección presidencial, con los partidos, movimientos o candidatos independientes.

³⁷³ “Colombia. Constitución Política de 1991, art. 265, numeral 5. Velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías”.

El Consejo Nacional de Televisión o el organismo que haga sus veces determinará el tiempo y los espacios en los cuales los concesionarios pueden emitir dicha propaganda, para la campaña presidencial exclusivamente.

[...]

Artículo 39.- Funciones del Consejo Nacional Electoral. El Consejo Nacional Electoral tendrá las siguientes funciones, además de las que le confiere la Constitución, el código electoral y la legislación vigente:

a) Adelantar investigaciones administrativas para verificar el estricto cumplimiento de las normas [...] y sancionar a los partidos, movimientos y candidatos [...] Las violaciones atribuibles a otras personas serán sancionadas con multas aplicables dentro de los límites aquí establecidos...³⁷⁴.

Por su parte, el literal b) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, confiere competencia a la CNTV., para investigar a los concesionarios "... para una adecuada prestación del servicio público de televisión..."³⁷⁵.

En este caso, la Sala Plena del Consejo de Estado se remite al "auto del 10 de octubre de 2000, dictado en el expediente N° C -703", en el cual se apoya para motivar su decisión que trata sobre el conflicto positivo de competencias entre las mismas autoridades, donde se define la diferencia declarando la competencia del Consejo Nacional Electoral para investigar y sancionar, no solamente a partidos y movimientos políticos, sino también a cualquier persona por incumplir las normas sobre publicidad electoral.

2.10.2. Antecedentes

Teleantioquia solicita a la CNTV, iniciar investigación contra cable operador de televisión por emitir programas de candidatos y pauta publicitaria electoral. Esta entidad remite la denuncia al Consejo Nacional Electoral para que esta continúe con la actuación correspondiente frente a la publicidad electoral, informándole

³⁷⁴ Colombia. Congreso de la República. Ley 130 de 1994, artículos 26 y 39.

³⁷⁵ Colombia. Congreso de la República. Ley 182 de 1995, artículo 5.

que había asumido la actuación parcial de la queja, excepto la propaganda electoral.

El Consejo Nacional Electoral emite respuesta manifestando ser incompetente, afirmando que de acuerdo con el numeral 5 del artículo 265 de la Constitución Política, le corresponde vigilar el cumplimiento de las normas sobre publicidad electoral de los candidatos o movimientos políticos, negando su competencia para iniciar investigación contra el operador, por lo cual, devuelve la actuación a la CNTV y esta promueve acción de definición de competencias administrativas.

2.10.3. Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

La Sala, concluye que el Consejo Nacional Electoral es la entidad competente para resolver la solicitud de investigación en contra del operador de televisión por conductas que infringen las normas sobre propaganda electoral de la siguiente manera:

En atención a la jurisprudencia transcrita, basada en la interpretación de las normas pertinentes de las Leyes 130 de 1994 y 182 de 1995, no subrogadas ni modificadas hasta la fecha, que la Sala prohíja, así como a los hechos acreditados en el proceso, se concluye que el Consejo Nacional Electoral es la entidad competente para resolver la solicitud de investigación formulada por la asesora jurídica de Teleantioquia en relación con la presunta emisión de programas de los candidatos y pauta publicitaria electoral, por parte de CABLE UNIÓN DE OCCIDENTE S.A., durante la campaña para la elección de autoridades locales en el Departamento de Antioquia, y así habrá de declararse³⁷⁶.

2.10.4. Análisis del caso

En el presente caso, se percibe la renuencia de la autoridad electoral para asumir la competencia en relación con la investigación que debía adelantar en

³⁷⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número 11001-03-15-000-2002-0076-01(C-018) de 30 de abril de 2002, Consejero Ponente Reinaldo Chavarro Buriticá

contra de un concesionario de televisión por emitir propaganda electoral, omitiendo lo previsto en el literal a) del artículo 39 de la Ley 130 de 1994, que señala que a esta autoridad también le corresponde sancionar a cualquier persona que incumpla lo dispuesto en las normas de publicidad electoral.

En esta oportunidad se hace referencia al conflicto positivo de competencias presentado dos años atrás, donde las mismas autoridades se disputaban la competencia para asumir investigación a contratistas de televisión donde se declaró la competencia del Consejo Nacional Electoral. En esta ocasión tratándose de fundamentos de hecho y de derecho idénticos en relación con el tema planteado se define la controversia en el mismo sentido, lo cual significa, que no basto para la entidad que niega la competencia desconocer la normatividad vigente sino también la decisión fijada anteriormente.

En la motivación de la decisión se realiza una interpretación gramatical al analizar el contenido integral de la norma que regula la materia sin que se observe incompatibilidad normativa, puesto que la competencia de la CNTV es general para investigar la adecuada prestación del servicio de televisión, mientras que la norma que regula la propaganda electoral, atribuye la competencia al Consejo Nacional Electoral de manera especial y su aplicación es preferente sobre la norma general, lo cual nos ubica en un conflicto aparente de competencias.

De acuerdo a lo expuesto, podemos concluir que si bien, los conflictos de competencias se solucionan remitiéndolos a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, subyace la problemática al permanecer vigente la norma que atribuye la competencia a dos entidades administrativas sobre el mismo objeto, tal como se constata en algunos casos que se presentan en situaciones similares, con características particulares diferentes en distintas épocas.

Actualmente con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de enero 18 de 2011, se introduce en el artículo 10³⁷⁷ el deber de aplicar uniformemente las normas y la jurisprudencia, lo cual también podría extenderse con un tratamiento similar a los conflictos de competencias que tengan los mismos supuestos facticos y jurídicos con las consecuencias sobrevinientes por la inobservancia de las decisiones del Consejo de Estado.

En este sentido, se reduciría la acostumbrada remisión de los asuntos por parte de las entidades administrativas a la Sala de Consulta del Consejo de Estado, cuando no exista suficiente claridad sobre la competencia otorgada a un órgano de la Administración en situaciones similares resueltas anteriormente, que no presentan variación excepto por la época, vislumbrando renuencia por parte del funcionario encargado de resolver una situación en particular.

Hasta aquí, hemos analizado algunos conflictos de competencias administrativas, pero no se trata de realizar una exposición exhaustiva de todos los conflictos que se presentan entre las distintas entidades públicas, solamente exponer los de mayor relevancia en el tema objeto de estudio y mostrar la situación que advierte el sistema normativo al encargar la regulación y el control en las entidades del Estado.

Es importante señalar que con la expedición de la Ley 1444 de 2011, por medio de la cual se modifica la estructura de la Administración Nacional y se crean agencias y autoridades que forman parte de la rama ejecutiva del poder público,

³⁷⁷ “Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011, artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. 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. Artículo 31. Falta disciplinaria. La falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la contravención a las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta Parte Primera del Código; constituirán falta gravísima para el servidor público y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con la ley disciplinaria”.

los conflictos de competencias administrativas han aumentado exponencialmente en lo que ha transcurrido desde su entrada en vigencia.

Por otro lado, aunque la Ley 1437 de 2011, señala que entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se encuentra resolver los conflictos de competencias administrativas, prevista en el numeral 10 del artículo 112 del CPACA, son decisiones independientes del ejercicio de la función jurisdiccional del órgano judicial, ostentan carácter vinculante para las partes involucradas, pero no se encuentran comprendidas dentro de aquellas que conforman el precedente judicial, debido a que en los conflictos de competencias administrativas no se disputa un derecho, sino la definición de una competencia por lo cual estas decisiones son de carácter instrumental consideradas como actos de trámite dentro de una actuación administrativa.

Adicionalmente, este tipo de decisiones son irrecurribles, excepcionalmente serán susceptibles de ser controlables a través de revisión por inaplicación de una norma jurídica; no obstante, no deben existir pronunciamientos previos sobre el asunto con los mismos supuestos facticos y jurídicos para que sea procedente su trámite.

Es paradójico que la Administración deba establecer su propio reglamento debido a la especialidad y que a su vez, resulte excesiva la reglamentación. Ésta atomiza el control y fragmenta la función supervisora, dejando un delgado espacio en la línea que separa la función de vigilancia entre los organismos del Estado, lo cual incrementa el riesgo de traspasar las órbitas competenciales de cada entidad administrativa, propiciando puntos de convergencia en el desarrollo de la gestión encomendada legal o reglamentariamente.

Por lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en la mayoría de los casos, siguiendo la línea de su aplicación y el sentido de la normatividad en la resolución de esta clase de conflictos, opta por acudir al

criterio objetivo, considerando el rango de la norma y el tipo de actividad que se pretende controlar delimitando la competencia.

Es posible observar que al ordenar las competencias que se otorgan a las entidades administrativas, se determina el alcance funcional definido en la ley, en ocasiones de manera general y en otras de modo más específico como función del Gobierno. Éste precisa las más de las veces la actuación administrativa, debido a su conocimiento en cada contexto, situación reconocida por el legislador puesto que es materialmente imposible entrar en todos los detalles en desarrollo de la actividad administrativa.

Por esta razón, se encarga la expedición del reglamento al Gobierno y de manera técnica a las agencias estatales. Pero, la dificultad del ejercicio en las funciones de policía administrativa no se presenta únicamente por esta causa, la cuestión se amplifica en el desarrollo de la actividad privada, la cual proyecta características que al combinarse inducen al enfrentamiento entre los organismos de la Administración. Sería pretensioso pensar que el ordenamiento jurídico previera todas las situaciones posibles que pudiesen acontecer para establecer la regulación exacta en cada materia.

Se aprecia que el Consejo de Estado en ocasiones desborda sus facultades al adoptar decisiones en consideración a criterios políticos y no precisamente ciñéndose a los preceptos legales, sino empleando juicios que van más allá de su competencia, puesto que los aspectos políticos son asuntos que competen al legislador y al gobierno, que es a quien la Carta Política designa para determinar la estructura de la Administración Nacional, sus objetivos y estructura orgánica, que puede modificar con sujeción a los principios y reglas definidos en la ley.

Según lo expuesto, en la función administrativa se exhibe ausencia de conocimiento de la normatividad vigente y falta de diligencia por parte de los funcionarios, como lo ha señalado el Consejo de Estado.

Habíamos indicado que los conflictos de competencias radicaban sustancialmente en las diferentes interpretaciones de las normas que ejecuta la Administración. Sin embargo, no es la única razón por la cual se acude al Consejo de Estado, se detecta que el legislador asigna doblemente una función en dos entidades administrativas como ocurrió con el conflicto de competencias entre la CNTV-(Autoridad Nacional de Televisión) y la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer sobre las integraciones económicas en el sector de la televisión, competencia que fue radicada en la SIC., por disposición expresa del artículo 13 de la Ley 1507 de 2012³⁷⁸.

No obstante, el inciso segundo del artículo 2 de la misma ley menciona que el objeto de la ANTV es “evitar las prácticas monopolísticas en la operación y explotación”, se colige que se mantiene la concurrencia competencial que es un motivo de colisión funcional.

El artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, radica la función para ejercer el control sobre la protección de la competencia, prácticas comerciales restrictivas y el régimen de integraciones empresariales en cualquier actividad o sector económico en la Superintendencia de Industria y Comercio, norma que fue demandada sosteniendo que se violaba el artículo 370 de la Constitución Política, la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-172 de 2014, bajo la tesis de que el legislador actuaba en desarrollo de su potestad de configuración. Aunque esta ley asigna de manera privativa a la SIC la potestad para conocer sobre la protección de la competencia en cualquier sector de la economía, el ordenamiento jurídico establece algunas excepciones como se evidenció en el conflicto interorgánico entre esta entidad

³⁷⁸ “Colombia. Congreso de la República. Ley 1507 de 2012, artículo 13. Distribución de funciones en materia de prácticas restrictivas de la competencia e integraciones empresariales. La Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con lo previsto en la Ley 1340 de 2009, seguirá conociendo de las funciones que el literal d) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, y el artículo 2° de la Ley 680 de 2001, le atribuían a la Comisión Nacional de Televisión”.

de supervisión y la Aeronáutica Civil. Esto corrobora la tesis de que no existen competencias administrativas exclusivas.

3. Técnicas orientadas a reducir los conflictos de competencias administrativas

Las divergencias que enfrentan las instituciones al manejar o dirigir un sistema de poderes organizado presentan pugnas que no son extrañas en los regímenes complejos, aunque se cuente con una distribución estructurada de gobierno no estamos ante un sistema perfecto que permita establecer acertadamente los órganos llamados a controlar un sector determinado dependiendo de la actividad a controlar.

Durante la evolución de los procedimientos que se han aplicado, se disponen normas y mecanismos que viabilizan la gestión administrativa, siendo de vital importancia incluir nuevos métodos y mecanismos de prevención que contribuyan a superar la inmovilización producida por los conflictos de competencias en los procesos que adelanta la Administración, por ello se expresa:

Las discrepancias entre los diversos poderes del Estado y entre los órganos de estos sobre la titularidad de las competencias engendran la situación que llamamos conflicto y cuya resolución sirve para concretar y determinar aquellas. Los conflictos de competencias son consecuencia de las naturales dificultades que supone la asignación precisa de las competencias y constituyen la traducción jurídica de la lucha entre los poderes y las administraciones, pugna política que encuentra en la regulación del sistema de conflictos un campo civilizado para dirimir sus tensiones. El sistema de conflictos ha ido ganando en complejidad y extensión como consecuencia ineludible del sistema de división de poderes y de la aspiración del Estado de derecho de conseguir un reparto preciso y minucioso de las competencias...³⁷⁹.

³⁷⁹ PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 14ª ed., Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid, 2000. p. 59.

En este documento se han vislumbrado algunos conflictos normativos que se detectan en la función de regulación administrativa y se manifiestan como consecuencia de la técnica legislativa, reglamentaria y de calidad de las disposiciones normativas, las cuales, derivan en tramites o actuaciones que pueden dar lugar a discrepancias administrativas para lo cual se proponen mecanismos de autocomposición y acuerdo entre las autoridades involucradas.

3.1. La Autocomposición

La autocomposición es un instrumento elemental de solución de controversias en cualquier materia en la cual se prescinde de la presencia de un tercero entregando una salida ágil a cualquier discrepancia.

“Podemos definir la autocomposición, como una forma de resolver una disputa sin que un tercero decida en el asunto, de manera, que las propias partes ponen fin al conflicto a través de un acuerdo de voluntades, sin la intervención de un tercero mediante el reconocimiento o la renuncia”³⁸⁰.

En la mayoría de los casos, al suscitarse tensiones entre las entidades públicas que conforman una estructura de gobierno, se resuelven a través del medio tradicional, el superior jerárquico común decide sobre la competencia; sin embargo, en nuestro medio se acude directamente a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según lo establecido en el artículo 39 del CPACA., de igual manera se procede cuando el conflicto involucra entes autónomos, en algunos sistemas las controversias competenciales son llevadas al órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, según se prevea en cada país.

En el caso argentino, cuando la controversia se plantea entre entidades pertenecientes a distintas esferas de gobierno que involucra entidades de

³⁸⁰ 18/marzo/2017, <http://www.derecho.com/c/Autocomposicion>

distinto nivel territorial provincial o federal (entidad autárquica) donde “se halla en juego el sistema de equilibrio de poderes y jurisdicciones que estatuye la Constitución, [...] corresponde a la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte”³⁸¹. Concluyendo que, la potestad para solucionar los conflictos de competencias administrativas la tiene el máximo órgano de la justicia ordinaria.

En Colombia no se observa dificultad para resolver los conflictos de competencias entre autoridades pertenecientes a la rama judicial los resuelve, el superior jerárquico común, y entre estos y los órganos administrativos con funciones jurisdiccionales, los resolvía la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, conforme lo disponía el numeral 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996, con la reciente reforma de equilibrio de poderes, el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 1 de julio de 2015, esta competencia se traslada a la Corte Constitucional.

A diferencia de lo acontecido con los órganos que están bajo subordinación del poder central de la rama ejecutiva del poder público donde es posible aplicar el criterio jerárquico en la solución de una disputa competencial, otras pueden presentar mayor complejidad al involucrar un ente autónomo y un ente del gobierno como ocurría en el caso expuesto de la CNTV (ANTV) y la SIC, donde se presentaba un conflicto normativo real de competencias, ineludiblemente, se debía acudir a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y allí se determinaba el criterio aplicable a la resolución de la controversia.

3.2. La coordinación en la función administrativa

Es conveniente advertir sobre la distinción entre coordinación y cooperación en esta última se “actúa en pie de igualdad; en la coordinación, en cambio, un ente superior hace uso de su posición de supremacía para lograr autoritariamente la

³⁸¹ CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo...*, cit., t.II, p.130.

coherencia de la actuación de los entes territoriales inferiores con el interés superior que aquel defiende”³⁸².

No solamente la revolución tecnológica y las relaciones económicas inciden en la distribución del poder para regular un sector, sino que también inciden en la determinación de las facultades y la organización de la Administración. Dado que ya no es posible que en los gobiernos modernos se dé un control ejercido desde focos de autoridad centralizados, sino que para lograr mayor eficiencia y desarrollo de las sociedades, se hace necesario fraccionar las competencias de manera más detallada y en ocasiones se requiere modificar la estructura del aparato gubernamental existente o inclusive se llega a la supresión de órganos conforme apunten las practicas del mercado y la política, lo cual obliga a realizar ajustes y replantear técnicas preventivas que permitan coordinar el ejercicio de las competencias de vigilancia sobre el mercado:

En España, la creación de entidades reguladoras acompañando las grandes operaciones de liberalización de sectores económicos, no tuvo en cuenta inicialmente, en absoluto las posibles competencias autonómicas sobre las mismas materias, ni la posibilidad de dotar a los organismos reguladores, cuando tal concurrencia competencial existiera, de algún tipo de estructura federativa [...] una competencia de vigilancia sobre el mercado mal ejercida puede producir efectos nocivos sobre la economía nacional. Sin duda. [...] las experiencias de otros Estados federales demuestran que existen soluciones técnicas que permiten la coexistencia de poderes de vigilancia del mercado atribuidos simultáneamente a organismos centrales y a los Estados miembros. En Alemania Federal esta dicotomía esta aceptada desde siempre, mediante el reparto de competencias en materia de vigilancia del buen funcionamiento del mercado, entre el Bundeskartellamt y las autoridades anticártel de los Lander o Landeskartellbehorden. En la práctica norteamericana la misma duplicación entre los organismos antitrust de la Federación y las de los Estados, se ha mantenido pacíficamente, sin quebranto alguno de la unidad de mercado, sino, bien al contrario, potenciándola y mejorando la función de vigilancia. Para conseguir un

³⁸² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General I*, 2da ed., Iustel, Madrid, 2009, p.380.

correcto funcionamiento coordinado, lo que es imprescindible es que se delimiten bien las atribuciones de los organismos estatales (siempre limitadas a sucesos económicos que no extravasan el territorio de los Estados y la esfera de sus intereses)...³⁸³.

En los territorios federados aunque el problema competencial puede ser mayor debido a la autonomía de los Estados y la regulación que imparta la federación requiere de una coordinación más elevada entre las autoridades y el ejercicio de las competencias se demarca cada vez más. En algunas materias se experimenta la imposición de la voluntad de las autoridades federales sobre las estatales, en asuntos que desbordan la competencia territorial, en otras ocasiones, se delimita y se respeta la distribución del poder de regulación otorgado a las regiones, quizás por ser las más próximas para confrontar los asuntos territoriales.

Lo que se pretende significar, es que la regulación en ocasiones puede ser uniforme para el territorio nacional y en otras es heterogénea, dejando la competencia reglamentaria a la entidad territorial y el respectivo control a las autoridades locales.

La regulación se distribuye entre las autoridades con altísimo detalle, sin embargo, pueden concurrir dos entidades con elevado nivel de especialidad en determinada materia lo cual, no significa que esta tendencia se encuentre desprovista de intromisiones.

Para el caso particular, nos podemos referir a las competencias radicadas entre la ANE y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones donde las dos autoridades negaban asumir la competencia para iniciar investigaciones administrativas contra los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora por violación de los parámetros técnicos esenciales

³⁸³ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* /..., cit., p. 1203-1205

autorizados, cuya controversia es resuelta por la Sala de Consulta y Servicio Civil, con base en lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, que señala de manera exclusiva la facultad para sancionar a los concesionarios por el incumplimiento de los fines del servicio de radiodifusión sonora al Mintic.

Por lo cual, se advierte ausencia de voluntad real de la Administración para asumir la competencia descrita en la norma. Sin embargo, aquí podemos observar una vez más, que la jerarquía del ente administrativo no se considera para decidir sobre la potestad asignada, atendiendo exclusivamente lo descrito en la norma. En el sector de las tecnologías y las comunicaciones las competencias se encuentran bastante fraccionadas entre las autoridades del sector.

En la situación alemana no ha sido pacífica la discusión en el reparto de competencias:

... el reparto de competencias entre la Federación y los Lander como consecuencia de la explosión del mercado de las telecomunicaciones, ha sido objeto de una fuerte polémica, han concluido en un reparto entre ambas instancias establecido en un acuerdo al que llegaron la Federación y los Lander [...] [con el propósito] de proteger la unidad de la economía nacional y mantener la disciplina del mercado único en el que puedan realizarse otras competencias estatales de planificación y coordinación, y también el ejercicio por los ciudadanos y empresas de sus derechos en condiciones de igualdad. [...] [En la asunción] de competencias, y también las que decida el Estado, pueden dar lugar a conflictos para cuya evitación y resolución la [...] ley prevé los siguientes mecanismos: a) para resolver los conflictos, un procedimiento que se inclina, primero, por su resolución consensuada entre los órganos estatales y autonómicos intervinientes o, en defecto de la misma, la intervención de una Junta Consultiva en materia de conflictos a la que se atribuye la función de emitir dictámenes no vinculantes. En último término, las controversias competenciales que no puedan resolverse usando tales procedimientos, se

transforman en conflictos de competencias para cuya resolución es competente el Tribunal Constitucional...³⁸⁴.

Podemos ir concluyendo que una de las formas que desentramaba ágilmente el ejercicio de la función administrativa en el evento de una disputa competencial, es la resolución consensuada o la autocomposición, donde las autoridades implicadas fijan mediante acuerdos, fórmulas que delimiten el margen de actuación de cada autoridad atendiendo a los principios de coordinación y colaboración en el ejercicio de la actividad administrativa.

3.3. Colaboración y cooperación de la Administración

Hemos insinuado que existen distintos remedios a la problemática que intentamos resolver, por cuanto la única salida al conflicto no siempre se halla en los tribunales, a menos que se trate realmente de un enfrentamiento normativo de solución compleja, por lo cual se consideran las técnicas de colaboración y cooperación que se definen de la siguiente manera:

“En principio la cooperación es la relación que se produce entre dos organizaciones cuando actúan conjuntamente, para la resolución de un problema común, mientras que la colaboración surgiría cuando una organización ayuda a otra en el ejercicio de las competencias de esta última. Sin embargo, la propia LRjAP y PAc [Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común] utiliza el concepto de colaboración referido en unas ocasiones a la resolución de problemas conjuntos (conferencias sectoriales art. 5.1; convenios de colaboración art. 6) y en otras a la resolución de problemas fuera del ámbito de sus propias competencias, asimilándola al auxilio (art.4.4). Igualmente, con la cooperación se alude a la asistencia en favor de competencias de otras organizaciones...”³⁸⁵

³⁸⁴ *Ibíd.*, p. 1207- 1210

³⁸⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano – JIMÉNEZ BLANCO, Antonio – ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio, *Manual de Derecho administrativo, parte general*, 4ª. ed., Ariel, S.A., Barcelona, 1998, p. 250.

El universo jurídico comprende un sin número de normas y competencias al que se sujeta el aparato gubernamental en toda su extensión el cual también las produce. No es inusitado el hecho de que en la emisión normativa y en la combinación de actividades de diversa naturaleza surjan fricciones entre los órganos de la Administración que velan por el cumplimiento de la regulación. A este efecto, podemos considerar alternativas que subyacen a la actuación administrativa.

El desenvolvimiento de la sociedad trae consigo el desarrollo de formas que aproximan la actuación de los órganos administrativos, tanto así, que el ordenamiento jurídico prevé la competencia concurrente para ejercer el control sobre los particulares. Esto se puede apreciar en distintos regímenes por lo cual se expresa: “Incluso cabe la posibilidad de que existan competencias concurrentes mediante la existencia de competencias transversales, que permiten a uno de los poderes la intervención en materias del otro poder, pero basada en la consecución de un objetivo que afecta a varios títulos competenciales. Este escenario de compartición es también una fuente constante de litigiosidad, y va a requerir la creación de mecanismos de cooperación y coordinación entre administraciones que eviten el conflicto”³⁸⁶.

Para los fines de nuestro argumento, podemos trazar como mecanismo ágil, la concertación entre entidades administrativas para delimitar las competencias, refiriéndonos concretamente a la Circular Conjunta 001 de 2009, expedida por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de la Economía Solidaria. Este acto administrativo surgió como resultado de la actividad de las cooperativas, que constantemente desconocen los derechos laborales de los trabajadores, cuya práctica involucra la supervisión de las condiciones de trabajo de los asociados y el pago de las prestaciones económicas, compensaciones,

³⁸⁶ SARMIENTO, Daniel, citando los artículos 149.1.1, 1.7, 1.13 y 1.23 de la Constitución Española y a FERNÁNDEZ MANJÓN, ROMERO, J. y FARINOS, J., *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Arazandi SA., Navarra, España, 2008, p.52.

licencias, incapacidades, jornadas, horarios, turnos etc., temas que atañen a la seguridad social.

Por tanto, la autoridad que tiene a su cargo la competencia para conocer de estos asuntos es el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Trabajo, y en cuanto a la actividad que desarrollan en sí mismas las cooperativas, como la protección de los intereses de los asociados, la vigilancia en la correcta aplicación de sus aportes, la preservación de la naturaleza jurídica de las cooperativas, la supervisión del cumplimiento de los objetivos y principios del cooperativismo, la designación de sus miembros y el comportamiento de estas instituciones frente a sus asociados, las modificaciones en la estructura de la organización interna, la manera de operar frente a terceros, la gestión administrativa y reformas estatutarias, etc., son asuntos de conocimiento de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

Debido al acercamiento que presentaban estas dos autoridades en el desarrollo de las funciones, fue necesario crear un acto administrativo de carácter general que regulara la situación. Si bien, las dos entidades son de distinto nivel jerárquico y vigilan distintas materias en un sector, se evidencia que confluyen en el ejercicio de sus funciones de vigilancia. Ante esta situación, en un acto revestido de suficiente coordinación, autoorganización y distribución de funciones administrativas, los organismos en contexto optaron por deslindar los asuntos que debía conocer cada cual, creando una regulación concertada que permite esclarecer el límite competencial de cada entidad administrativa, lo que deriva en una gestión más eficiente y evita futuras tensiones.

Por motivos de conveniencia, utilidad social y con el propósito de hacer más eficaz la actividad de policía que desempeñan ambas entidades administrativas, expidieron la mencionada Circular 001 de 2009, modificada por la Circular 0025

del 17 de mayo 2013³⁸⁷ basándose en el control concurrente que prevé el artículo 33 del Decreto 4588 de 2006, se determinaron las competencias de cada órgano, aplicando la reestructuración administrativa que separó el Ministerio de la Protección Social del Ministerio de Trabajo,

La descrita circular constituye un modelo consensuado de solución de conflictos competenciales, concreto y eficaz, que instruye a los demás órganos de la

³⁸⁷ “CIRCULAR CONJUNTA 0025 de 2013, Ministerio del Trabajo y la Superintendencia de la Economía Solidaria. En desarrollo del principio de coordinación y colaboración entre las entidades estatales preceptuado por el artículo 60 de la Ley 489 de 1998 y con el fin de unificar procedimientos interadministrativos de información entre la Superintendencia de la Economía Solidaria y del Ministerio del Trabajo, de los actos administrativos por los cuales se impongan sanciones por intermediación laboral a las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, conforme al artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, en concordancia con la Ley 1233 de 2008, con el artículo 4o del Decreto 2025 de 2011. Y el artículo 33 del Decreto 4588 de 2006, nos permitimos impartir las siguientes instrucciones y determinaciones que son de obligatorio cumplimiento:

I. COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE TRABAJO

El Ministerio del Trabajo, conforme la normativa antes señalada, se encuentra facultado para realizar la inspección, vigilancia y control sobre las condiciones de trabajo desarrolladas por los asociados de las cooperativas y las precooperativas de trabajo asociado, el cual se ejercerá a través de sus funcionarios de la siguiente manera:

1. El Inspector de Trabajo atenderá e instruirá las reclamaciones que se presenten en relación con el cumplimiento de las obligaciones generales en virtud del trabajo asociado donde podrá actuar como conciliador en caso de discrepancia, o investigará y remitirá las actuaciones realizadas al Coordinador de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control o quien haga sus veces, quien decidirá y resolverá la correspondiente investigación.

2. El Coordinador de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control o quien haga sus veces, decidirá las investigaciones que adelanten los Inspectores de Trabajo e impondrá las sanciones a que haya lugar con multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado que incurran en cualquiera de las conductas prohibidas descritas en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, la Ley 1233 de 2008 y en el Decreto 2025 de 2011 y, así mismo sancionará a los usuarios o terceros beneficiarios contratantes de cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, cuando se configure intermediación laboral, se utilice a la organización como entidad de afiliación colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral, o se incurra en las demás prohibiciones establecidas en los Decretos 4588 de 2006 y 2025 de 2011. Los Directores Territoriales tendrán conocimiento en apelación de los actos administrativos que profieran los Coordinadores de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control o quien haga sus veces, en el ejercicio de lo dispuesto en la presente circular.

II. COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA

La Superintendencia de la Economía Solidaria es la encargada de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado y sobre las demás organizaciones de la Economía Solidaria que determine mediante acto general, que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 454 de 1998, el Decreto 4588 de 2006 y la Ley 1233 de 2008, en particular desarrollando las siguientes funciones:

1. Proteger los derechos de los asociados de las Cooperativas de Trabajo Asociado y las Precooperativas de Trabajo Asociado, de los terceros y de la comunidad en general...”

Administración a dirigir su atención al uso de un dispositivo útil y flexible, que sustituye la vía establecida en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, y evita que sea indispensablemente la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la que dirima las diferencias interpretativas en la asignación de las funciones administrativas.

Las técnicas de cooperación, coordinación y colaboración pueden terminar en actos que esclarecen la competencia de determinada autoridad lo cual previene o elimina la posibilidad de incurrir nuevamente en una controversia. En este sentido, se ha expresado: “Es así como las técnicas de cooperación y coordinación se difuminan jurídicamente, hasta acabar asumiendo la forma de *soft law*. Un fenómeno que, en cualquier caso, contribuye a difuminar la tensión entre administraciones, sin forzar la adopción de instrumentos rígidos o la iniciación de un litigio ante un tribunal de justicia. A pesar de su indeterminación, el *soft law* termina siendo un instrumento óptimo desde el punto de vista de la dinámica política y gestora. Un óptimo que no se traduce, necesariamente, en un óptimo de eficacia jurídica”³⁸⁸.

En la Circular Conjunta 025 de 2013 expedida por el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia de la Economía Solidaria ocurre a la inversa, no existe una previsión legal concreta que habilite a cada organismo a delimitar o negociar el ejercicio de sus competencias. No obstante, se aclara el reparto funcional para superar la concurrencia competencial que señala el artículo 33 del Decreto 4588 de 2006, con lo la creación de un acto que circunscribe sus facultades y el alcance funcional de cada organismo. Inicia con un acuerdo entre entidades que se formaliza a través de un acto administrativo que obliga a las partes constituyendo una solución consensuada y una práctica alusiva al principio de coordinación y cooperación en la función administrativa.

³⁸⁸ SARMIENTO, Daniel, *El soft law administrativo...*, cit., p. 55.

Asimismo, se ha dicho que: "... donde varias administraciones confluyen con criterios competenciales distintos (territoriales, materiales temporales, etc...), la necesidad de cooperación puede ser el resultado de una regulación deficiente, que no aclara los espacios de actuación de cada uno de los sujetos públicos implicados. Por tanto, la determinación de dichos espacios de cada administración vendrá de la mano de una cooperación voluntaria entre todas ellas. Una cooperación que no siempre puede realizarse mediante instrumentos formales y que va a dar entrada a técnicas de *soft law*"³⁸⁹.

No necesariamente, la confluencia competencial es consecuencia de una deficiente regulación, puesto que sería imposible prever todas las situaciones que están por acontecer o puede ocurrir que una regulación válida en determinado momento en otro ya no lo es. Por otro lado, como destacamos, las nuevas prácticas obligan a replantear el reglamento en lo referente al ámbito competencial de cada organismo, en respuesta a la creación de instituciones privadas que se organizan adoptando determinada forma jurídica para prestar un servicio que puede involucrar la función de distintos órganos del Estado.

Esta situación activa la función de supervisión de distintas autoridades administrativas que pueden ubicarse en distintos niveles del aparato administrativo, lo que implica que se originen nuevas situaciones que demandan una nueva regulación o exigen realizar ajustes a la existente.

Lo anterior no significa que las competencias que se distribuyen legalmente se estén transfiriendo entre los entes de la Administración. Se trata simplemente, de un medio expedito de optar por una salida coherente a los catálogos normativos, acorde con la nueva realidad susceptible de presentarse en diversos contextos, en situaciones con algún grado de complejidad que en épocas pasadas no habían sido previstas y exigen la adopción de medidas que permitan la fluidez de la actividad pública de manera razonable, con medios que conjuren

³⁸⁹ *Ibíd.*, p. 53.

la percepción anacrónica de la función administrativa la cual puede afectar los derechos de los ciudadanos.

Frente a este respecto, cabe mencionar las técnicas funcionales de cooperación de los acuerdos aprobatorios de planes y programas entre entes públicos entre el Estado y las Comunidades Autónomas previstos en el ordenamiento jurídico español tales como los convenios de colaboración y los convenios de conferencia sectorial, como una variación de los primeros.

Las conferencias sectoriales “se hallan integradas por titulares del más alto nivel ejecutivo: miembros del Gobierno [...] La Ley ha pretendido también resolver el espinoso tema de la eficacia jurídica de los convenios; estos, desde luego deben poseer fuerza obligatoria para ser útiles; pero, [...] es notorio que mediante un instrumento contractual no debe poder alterarse el régimen de titularidad de las competencias, que viene establecido por Ley. [...] << Los Convenios de Conferencia Sectorial y los Convenios de Colaboración en ningún caso suponen la renuncia a las competencias propias de las Administraciones intervinientes>>”³⁹⁰.

Lo que se pretende significar, es que para darle coherencia funcional a la Administración es posible emplear técnicas de cooperación. Aunque no siempre se encuentren previstas en el ordenamiento jurídico se viabilizan y se hacen exigibles mediante actos convenios o acuerdos de cooperación, con el fin de evitar la indecisión administrativa que puede derivar en consecuencias desfavorables para los particulares que requieren respuestas oportunas por parte de la Administración.

Concretamente, en el ámbito de las relaciones económicas que se regulan a través de autorizaciones para emprender alianzas comerciales de explotación

³⁹⁰ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo...* cit., p. 373 y 379.

conjunta en un sector determinado. Es el caso de las compañías de aerolíneas extranjeras que pretendían integrarse, el cual dio origen al enfrentamiento entre la SIC y la AEROCIVIL. Mientras se decidía sobre la competencia para autorizar la proyección de alianza comercial, se podría debilitar la efectividad del derecho a la libertad económica y a la libre competencia, obstruyendo la iniciativa privada.

Frente a las autorizaciones, en algunos casos se han remplazado por las comunicaciones con el objetivo de poner en práctica políticas liberalizadoras para lo cual se hallan similitudes y diferencias. Ambas coinciden en que “son técnicas de control preventivo, que desencadenan el deber de la Administración de fiscalizar la iniciativa sometida a su control. [...] las comunicaciones previas constituyen <<una modalidad aligerada de la técnica autorizatoria>>. [...]. A diferencia de la comunicación previa, la autorización da lugar a un acto administrativo, que constituye precisamente el título habilitante para el desarrollo de la actividad [...] la comunicación previa no obliga a dictar acto administrativo alguno, salvo cuando haya de presentar reparos a la actividad proyectada [...] seguida de inscripción registral permite al administrado obtener un acto administrativo certificante.”³⁹¹.

En conclusión, se prefiere acudir a medios versátiles que resultan más convenientes para el ejercicio de la actuación administrativa, dada la flexibilización del derecho y la premura que exigen los procedimientos. Estos mecanismos permiten adaptar el sistema de repartición de competencias a la necesidad de la Administración y a la conveniencia de los usuarios que requieren prontas decisiones en un contexto donde el nivel que ocupa cada entidad estatal en la escala organizacional adquiere una importancia relativa al examinar la actividad que debe ser vigilada.

³⁹¹ LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos, *La Autorización Administrativa*, Arazandi S.A., Navarra, 2006, p. 95.

3.4. Subsidiariedad

En primer lugar, el término subsidiariedad proviene de *subsidio* que significa “complementar”, y para el caso que nos ocupa, podría entenderse como “mejorar, agregar, integrar o perfeccionar una función cuando se hace necesario”. En nuestro texto superior se encuentra incorporado en el artículo 288 de la siguiente manera: “Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley”³⁹², lo cual no obsta para que sean aplicables a la Administración.

El principio de subsidiariedad brinda una alternativa a la dificultad que enfrenta la Administración en su actividad. Esta opción se presenta como corolario de la descentralización administrativa y de la multiplicidad de funciones que se distribuyen en la rama ejecutiva. Recordemos que “descentralizar supone repartir el poder entre distintos niveles, con el fin democratizador de aproximar la toma de decisiones a los ciudadanos. De ahí que uno de los principios básicos de todo proceso descentralizador sea el de subsidiariedad, cumpliendo un papel relevante también en la asignación de las competencias económicas entre niveles administrativos”³⁹³.

Este principio resulta conveniente para las entidades administrativas a la hora de abordar el conocimiento de un asunto, en el evento de surgir un conflicto positivo de competencias administrativas, deben ser las llamadas a establecer el alcance funcional de la norma para establecer el ejercicio de la debida vigilancia, inspección y control, contribuyendo a aclarar los límites de la función encomendada atendiendo a circunstancias de la materia y la especialización, a fin de cumplir con los objetivos propuestos.

³⁹² Colombia. Constitución Política de 1991, art. 288.

³⁹³ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Introducción al Derecho administrativo...*, cit., p. 80.

Según indica Ortega, "... Hoy el principio de subsidiariedad está consagrado a nivel europeo, pero también es un criterio de racionalidad en la asignación de funciones, pues la mayor cercanía a los problemas permite, muchas veces, dar respuestas más apropiadas a los mismos"³⁹⁴.

Parte de la doctrina coincide en que las principales decisiones públicas deben estar centralizadas, por lo que no habría lugar a discutir sobre quién recae la competencia para decidir sobre una materia en particular. Distinto resultado se obtendría al hablar de la ejecución de las políticas, porque es diferente su elaboración a la aplicación, al ser llevadas al plano de lo práctico es preciso realizar ajustes y complementar aspectos que no se previeron en su inicio.

Por lo anterior, no resulta apropiado admitir que se encomiende la definición de una función administrativa a un órgano exclusivo cuando el contenido de una materia puede comprender múltiples aspectos que involucran varias autoridades. En este sentido, no es desacertado afirmar que cuando el legislador no concrete expresamente el ejercicio de una atribución a un ente de la Administración, o vía reglamento a través del Alto Gobierno que fija las funciones orgánicas, exista la posibilidad de precisar su contenido mediante un acto administrativo proveniente directamente de los órganos involucrados al resultar insuficiente la determinación original de los enunciados normativos que confieren la competencia, este mecanismo permite que las autoridades administrativas delimiten con mayor claridad su espectro funcional, haciendo uso de la técnica residual.

Las legislaciones modernas afrontan la compleja repartición de competencias y la asunción de facultades por parte de los órganos de la Administración, para lo cual se ordena su distribución atendiendo primordialmente a los designios perseguidos por el Estado para la consecución de sus fines. Las funciones

³⁹⁴ Ibíd.

orgánicas no siempre son establecidas por el legislador, muchas de las veces se asignan por el Gobierno.

La adopción de ciertas decisiones de contenido político, la distribución y fluctuación en la tasación del poder en las entidades descentralizadas, agregando las incidencias que surgen como consecuencia de la libre iniciativa privada en los distintos sectores económicos y las nuevas prácticas sociales pueden presentar alguna repercusión en el ejercicio de las funciones administrativas.

Disímiles motivaciones nos invitan a considerar nuevos elementos que nos brindan alternativas de diverso tipo “en este contexto empieza a invocarse el principio de subsidiariedad como una alternativa que, de no arreglarse el reparto de competencias establecido para superar sus deficiencias, permitiría hacer más racional su ejercicio evitando conflictos, el crecimiento continuo de las atribuciones...”³⁹⁵ esto, en lugar de pretender replantear el modelo funcional, lo que sería un tanto ambicioso y quimérico.

En el ámbito interno las decisiones públicas de interés general para la consecución de los fines constitucionales son viabilizadas conforme a la percepción del órgano colegiado nacional de representación popular, el cual se encuentra en una posición más distante del conocimiento que experimenta la propia Administración a través de las agencias o entidades encargadas de ejecutar la política del momento, enfrentando situaciones que solo pueden ser

³⁹⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo II...*, cit., p. 258. Señala el autor que, “al principio de subsidiariedad se alude, tal vez por primera vez, en el informe Tindemans de 1976. El Parlamento Europeo lo incorporó también al proyecto de Tratado de 1984, cuyo artículo 12, lo utilizó para traducir a términos regulados el crecimiento progresivo de las competencias comunitarias, de modo que éstas sólo fueran ejercitables cuando de la acción de la Comunidad resultaba algún valor añadido a la acción aislada de los Estados. El Acta Única Europea es el primer Tratado comunitario que positiviza el principio de subsidiariedad aplicándolo en materia de medio ambiente (artículo 130. R: <La Comunidad actuara en los asuntos de medio ambiente en la medida en que los objetivos contemplados puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente>”).

dilucidadas en el desarrollo de la gestión administrativa. A este efecto, se elabora el reglamento que expide el Gobierno Nacional. No obstante, pese al esfuerzo por implementar y darle operatividad a los preceptos legales, continúan presentándose deficiencias que deben ser enderezadas a través del principio de subsidiariedad.

En la perspectiva de la Unión Europea "... la aplicación de la regla de subsidiariedad impone, por tanto que la Comunidad se abstenga de actuar y, si actúa porque resulte conveniente de acuerdo con las ponderaciones indicadas, habrá de motivar los fundamentos de su actuación. Estos criterios afectan también a los instrumentos normativos a emplear para el desarrollo de cada decisión o política, a efectos de utilizar en cada caso los que dejen a los estados un margen de participación más amplio: en igualdad de condiciones son, por ello, preferibles las directivas a los reglamentos, y las directivas marco a las detalladas. Es igualmente preferible recurrir a técnicas de cooperación"³⁹⁶.

Es significativa la importancia que refleja este principio al dejar un amplio margen de participación en la adecuación del reglamento, siempre que se actúe dentro del marco de las atribuciones otorgadas, en lugar de implantar rígidos postulados legales que detallen ínfimamente el contenido de la norma, con lo que metódicamente se estaría dejando estática la actuación de la Administración al deber dar aplicación a un postulado normativo que imposibilita una gestión diligente y oportuna.

Podemos concluir diciendo que el concepto de subsidiariedad, derivado del principio de proporcionalidad, ha adquirido relevancia como instrumento que provee una técnica ágil, la cual admite una revisión a la cuestión planteada, reorientando la concurrencia competencial o la repartición de funciones en casos muy precisos donde la normatividad amerite la intervención de órganos de nivel

³⁹⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo II...*, cit., p. 260.

inferior que rectifique los procedimientos y la asunción de las tareas radicadas legalmente conforme a las exigencias que demanda el sistema.

Este principio encuentra alguna concordancia con la técnica del softlaw en cuanto sirve para aclarar los enunciados normativos que atribuyen las funciones a las entidades estatales en caso de concurrencia a través de actos concertados terminan por especificar una competencia, como ocurre en el caso previsto en el artículo 33 del Decreto 4588 de 2006 que se refiere al control concurrente entre el Ministerio de Trabajo y la Supersolidaria, para lo cual se creó la Circular 025 de 2013 que precisa sus competencias, sin que se constante una autorización normativa expresa para efectuar este reparto.

3.5. La Autorregulación

“En el sentido puramente etimológico del término, la autorregulación indica la capacidad de un sujeto de someterse a determinadas reglas (*auto-regulare*). Desde esta perspectiva, los contratos los convenios, así como los estatutos y las demás normas internas de los sujetos y organizaciones privadas son fruto de la autorregulación [...] Desde un punto de vista jurídico, la autorregulación constituye pues, la forma a través de la cual actúan y se relacionan los particulares y las organizaciones privadas [...] el fenómeno autorregulativo remite indefectiblemente, a la sociedad, y consiguientemente al derecho privado”³⁹⁷.

Este mecanismo puede constituir una alternativa al problema estudiado, con la autorregulación se reduce la intervención directa o indirecta del Estado, dicha forma de regularse puede presentar algunos riesgos cuando el autocontrol de cada sector excede los límites autorizados; no obstante, siempre que se establezcan márgenes precisos para actuar, los peligros de la autorregulación

³⁹⁷ DARNACULLETA, M. Merce, “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”, En: Jiménez, Luis et al., *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 121.

son atenuados disminuyendo el poder de control constante de la Administración en la toma de correctivos cuando estos no resulten del todo necesarios.

La autorregulación supone la auto-vigilancia entre las organizaciones o agremiaciones de particulares sobre los procesos que realizan, la cual se debe realizar respetando los parámetros establecidos por la normativa y la autoridad del sector. En el evento de percibir deficiencias inevitablemente deberá intervenir el poder de control del Estado, tal es el caso del sector financiero tendiente a fijar condiciones abusivas a los usuarios³⁹⁸.

“La noción de autorregulación se emplea para aludir a experiencias sectoriales muy numerosas y poco homogéneas. Así, por ejemplo, los reglamentos internos de conducta de las sociedades cotizadas, los códigos de autocontrol adoptados por los anunciantes, los sistemas de normalización industrial o las certificaciones de conformidad son manifestaciones particulares de la categoría a la que nos referimos que permiten ilustrar la diversidad de realidades y de regímenes jurídicos cubiertos por el concepto”³⁹⁹.

Lo anterior significa que pueden existir tantas autorregulaciones como actividades particulares en un sector, conformando un cumulo de reglas que regulen los procesos, las conductas, los comportamientos, la calidad en las materias primas, los insumos y las mercancías, etc., para ello, se crean instituciones que certifican la producción de bienes o la prestación de los

³⁹⁸ En los sectores que representan un rol importante en la economía como el sector financiero, a través de las entidades dedicadas a la captación masiva de recursos del público, son proclives a introducir condiciones abusivas, como ocurría con la cláusula que estipulaba una sanción económica a los usuarios del crédito por el pago anticipado de sus obligaciones, exigiéndoles la cancelación de la totalidad de los intereses por el termino pactado en su inicio; conducta que fue regulada por el Congreso de la República para los créditos de consumo de bienes, mediante el Estatuto del Consumidor Ley 1480 de 2011, circunstancia que estaba exceptuada desde 1998 por pronunciamiento de la Corte Constitucional para los créditos hipotecarios, en la actualidad la inclusión de este tipo de cláusulas en toda operación de crédito ha sido prohibida por la Ley 1555 de 2012, que adiciona la Ley 1328 de 2009 del Consumidor financiero.

³⁹⁹ JIMÉNEZ ARROYO, Luis, citando a OGUS. “Introducción a la autorregulación”, En: Jiménez, Luis et al., *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 19.

servicios y de no ceñirse a sus requerimientos, pueden ser peores las consecuencias a la misma sanción prevista en la regulación.

Tanto así, que los infractores podrían verse obligados a liquidar sus empresas cuando son excluidos del mercado como resultado de la inobservancia de los códigos o los estándares reglamentados por expertos en un entorno determinado. Estos códigos son elaborados en el ámbito de la salud, la tecnología, la publicidad, la producción y comercialización de elementos industriales, quirúrgicos y en general en todos los bienes y servicios de consumo humano, para este efecto conviene revisar otras acepciones al término:

“El concepto de autorregulación cubre una multitud de estructuras que van desde la auto imposición voluntaria de estándares de conducta por parte de individuos u organizaciones, hasta la delegación de potestad normativa pública en favor de asociaciones de base privada representativas de los sujetos que desarrollan una determinada actividad [...] La segunda acepción [...] ha sido construida en el marco de la doctrina de las clases de actividad de los poderes públicos, en una aproximación dogmática y no funcional, y mediante criterios de naturaleza esencialmente formal. El concepto de autorregulación se limita aquí a aquellas manifestaciones de la actividad de la sociedad que son tomadas en consideración o asumidas como referencia por los poderes públicos y por el derecho”⁴⁰⁰.

En síntesis, en la primera definición suele entenderse por autorregulación la impuesta por agrupaciones que se ordenan y crean estándares comunes a los sujetos participantes en un escenario determinado, y la segunda es la que surge de la delegación expresa de potestades normativas del Estado a favor de organizaciones, asociaciones o agremiaciones integradas por representantes de empresas o de particulares cuya actividad es regulada.

⁴⁰⁰ *Ibíd.*, citando a OGUS, p. 20

En contraste, Darnacullea sostiene que “no puede hablarse de autorregulación cuando nos hallamos ante sujetos privados que tienen atribuidas potestades públicas, o que gozan de la condición y de los medios propios de la autoridad pública”⁴⁰¹. Esta apreciación conduce a pensar que estas organizaciones ostentan un matiz coincidente en algunos aspectos con las entidades públicas, solo que nunca llegan a tener las mismas prerrogativas, aunque se equiparen en lo relativo a las funciones de registro o datos estadísticos como ocurre con las denominadas instituciones descentralizadas por colaboración.

En el tema que ocupa nuestra atención, es conveniente conocer el origen de la autorregulación, para lo cual es pertinente considerar el siguiente aparte:

... la expresión autorregulación regulada [...] surge en Alemania para hacer referencia a la interacción entre autorregulación social [...] y la regulación pública dirigida a proporcionar aquella un marco característico, de manera que no alcanzaría a cubrir las normas jurídicas estatales que configuran la delegación de funciones públicas a individuos o corporaciones de base privada. Así definida, la autorregulación regulada comprende aquellas constelaciones de interrelación entre lo público y lo privado en las que la actividad de autorregulación se mantiene dentro de los límites propios del ejercicio de la libertad privada y que no llega, por tanto, a implicar el ejercicio de potestades públicas. Sin embargo el concepto de autorregulación regulada puede ser empleado, en una acepción genérica para hacer referencia a todas las manifestaciones de la autorregulación en sentido amplio que son objeto de algún tipo de regulación o intervención pública. Desde esta perspectiva más amplia, prácticamente cualquier supuesto de autorregulación sería una forma de autorregulación regulada, puesto que, con la única excepción de los casos de estricta auto imposición voluntaria de estándares de conducta por parte de individuos u organizaciones, todas las estructuras de autorregulación son objeto de algún tipo de configuración o condicionamiento directo o indirecto, por parte de los poderes públicos⁴⁰².

Al igual que todas las estructuras y los sistemas de regulación presentan falencias, la autorregulación no es la excepción. En el ejercicio de actividades

⁴⁰¹ *Ibíd.*, citando a M. DARNACULLETA, p. 21.

⁴⁰² *Ibíd.*, citando a M. DARNACULLETA, A. OGUS y H. PETERS. p. 23-24

despublicadas se suscitan prácticas que advierten una competencia simulada mediante acuerdos entre los partícipes en un mercado determinado lo cual no conlleva efectos positivos para la competencia, produciendo algunas desventajas por ejemplo, el caso de los aparentes acuerdos colusorios celebrados entre las asociaciones Redeban y Credibanco que limitaban la libre competencia como operadores de las tarifas de intercambio interbancario de las tarjetas débito y crédito, a cuyo caso se hizo referencia. (Conflicto competencial entre la Súperfinanciera y la SIC).

Alemania ofrece un arquetipo de los riesgos de la autorregulación, para lo cual se observa el caso de “las competencias de las colectividades locales en materia de suministro de gas y electricidad, y la competencia legislativa y en materia de control policivo de los Lander en lo referente a las instalaciones, hacían imposible establecer antes del 2005 una regulación a nivel federal. De esto resultó entonces un sistema fragmentado, a partir del cual se trató primero de favorecer la formación mediante la “autorregulación” de un marco competitivo, que tomara en cuenta los objetivos definidos por la ley Federal. La autorregulación debía entonces darse mediante acuerdos entre los representantes de los industriales productores y consumidores de energía, los representantes de las empresas comunales de producción y distribución de energía y los operadores de la red. Rápidamente se evidenció que esos acuerdos eran incompatibles con el derecho de la competencia y la autoridad antimonopolio (*Bundeskartellamt*) declaró que varias cláusulas de esos acuerdos eran ilegales por ese motivo”⁴⁰³.

Estos acuerdos originados por las colectividades en espacios autorregulados en ocasiones pueden llegar a falsear la competencia, por lo cual se colige que no es posible dejar que la autorregulación actúe sin ningún control gubernamental, esta forma de autocontrol puede contribuir a establecer modelos de comportamiento que pueden ser útiles, pero no es conveniente dejar el

⁴⁰³ MARCOU, Gerard, *Derecho de la regulación...*, cit., p. 50.

autocontrol en manos de grupos sectorizados que terminen manipulando el mercado a su acomodo, trayendo efectos adversos para la colectividad. En estos casos, la policía económica debe intervenir a través de la regulación pública para corregir dichas prácticas que impiden el desenvolvimiento transparente y leal de la competencia, este tipo de conductas no están acordes con las reglas antimonopolio.

Por un lado, se afecta el interés colectivo, y por otro, perturba la competencia cuando tales acuerdos se realizan con el propósito de desplazar los participantes en el sector o, aún peor, desaparecerlos. Estos comportamientos restringen la posibilidad de que nuevos operadores ingresen al mercado o aquellos que concurren en él, lo hagan en condiciones de desigualdad.

En determinadas circunstancias la autorregulación termina siendo absorbida por la regulación dependiendo el curso que tomen las prácticas en el entorno en que se desarrolle, "... en algunos supuestos la regulación pública de la autorregulación alcanza una intensidad mayor que se concreta en la regulación del contexto mismo en el que se produce la autorregulación. De un lado, los poderes públicos pueden configurar normativamente la estructura de autorregulación, tanto por lo que se refiere a su organización como por lo que atañe a los procedimientos de actuación y de toma de decisiones. [...] De otro lado, esas mismas normas pueden prever mecanismos de control público de los sistemas privados de control, dirigidos a velar por que el funcionamiento de la correspondiente estructura de autorregulación satisfaga las exigencias del sistema"⁴⁰⁴.

Según lo anterior, la autorregulación debe ir siempre orientada al cumplimiento de la regulación. Dicho de otro modo, la regulación provee el marco en el que debe desenvolverse la autorregulación, si aquella no se encuentra claramente definida por la especialización que demanda cada actividad, esta se produce de

⁴⁰⁴ JIMÉNEZ ARROYO, Luis, *Autorregulación y Sanciones...*, cit., p. 30 – 31.

manera independiente y concertada entre los actores en aspectos no regulados, debiendo mantener las buenas costumbres y la ética, observando los valores y principios establecidos en el mercado en un espacio y una época determinada.

“La autorregulación se da únicamente a partir de un acuerdo más o menos formalizado y voluntario entre las empresas, sobre ciertas prácticas o reglas de conducta. Ahora bien, un acuerdo como este no tiene la capacidad de superar las antinomias entre la lógica competitiva del mercado a la que las empresas no pueden escapar y los diversos objetivos y valores de naturaleza no económica que persigue la regulación”⁴⁰⁵.

La regulación debe existir en espacios donde es necesario neutralizar los desequilibrios y coartar acuerdos que no sean acordes con la leal competencia. En algunos espacios es factible prescindir de su presencia, dado que no se requiere de una enérgica y permanente intervención, puesto que las organizaciones privadas elaboran códigos de ética, como ocurre en el campo de la publicidad, donde se expidió el Código de Autorregulación Publicitaria, desde julio de 1998, elaborado por el Consejo de Autorregulación Publicitaria – CONARP, que contiene principios estrechamente ligados con el Estatuto de Protección al Consumidor inspirados en el respeto, la sana competencia, la honestidad y la dignidad de las personas en armonía con el espíritu de la Constitución Política de 1991, que consagra los deberes sociales del Estado en consideración a las desventajas que trae el libre mercado para quienes ocupan una posición menguada frente a los grandes competidores.

Aquí debemos destacar que las asociaciones o confederaciones autorreguladoras, de algún modo, alivianan la carga de la función administrativa y suavizan la abrumadora gestión de las autoridades públicas, no en todos los casos irradian la plena confianza que debería obtenerse de su actuación. En el caso de la CONARP, frecuentemente permite que se difunda información

⁴⁰⁵ MARCOU, Gerard, *Derecho de la regulación...*, cit., p. 49.

desacertada, inexacta o engañosa en las pautas publicitarias o anuncios que emiten las entidades financieras que habitualmente publican la entrega de premios, paquetes, servicios de portafolio o beneficios que no siempre resultan acordes con los ofrecimientos, evidenciando que las organizaciones que realizan una función auto controladora en su entorno, tampoco resultan del todo eficaces.

Una de las explicaciones al surgimiento de la autorregulación no es precisamente la desregulación esta se produce por “el choque con la complejidad por parte de las instancias reguladoras ordinarias, públicas. Paradójicamente la autorregulación no responde tanto al impulso desregulador, como a la contraria pretensión del legislador y los poderes públicos de ofrecer una regulación más rigurosa, vertical, adentrándose en el núcleo crucial y más complejo de la materia de que se trate. Lo que ocurre es que esa pretensión topa con frecuencia con núcleos duros de densa complejidad técnica, ética, científica, económica, etc.- y se deja entonces a resolver por la autorregulación de los expertos con mayor conocimiento de esos espacios complejos”⁴⁰⁶.

El Estado cede espacio a las regulaciones privadas elaboradas por expertos en distintas materias, para que sean ellos quienes contribuyan con la elaboración de códigos y reglamentos técnicos que definen la aplicación de procedimientos, mediante indicaciones y guías que de no cumplirse se enfrentan a algún tipo de sanción. Se confía en sujetos privados que son empresas certificadoras de procesos que disminuyen las tareas del Estado en la vigilancia de las actividades que se encontraban íntegramente en cabeza de entidades públicas y ahora se depositan a gremios con mejor percepción en ciertos contextos.

La autorregulación aparece en terrenos que no son demasiado claros para el legislador como ocurre en el ámbito económico de la tecnología y del sector financiero, donde se confía en manos de técnicos especializados que crean

⁴⁰⁶ PARDO, José Esteve, “El reto de la autorregulación o como aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya”, En: Jiménez, Luis et al, *Autorregulación y Sanciones*, Valladolid: Editorial Lex Nova, 2008. p. 41.

reglas de conducta según sus propios criterios y más tarde el ordenamiento jurídico las hace suyas, teniendo principalmente como uno de sus objetivos la función preventiva con lo cual, en cierto modo su papel también podría contribuir a precaver conflictos.

“Un espacio abonado es el de la investigación científica y sus aplicaciones, no solo por la complejidad ética que con tanta frecuencia lo envuelve, sino porque la autorregulación ha sido una reivindicación constante de la república de la ciencia cuyos dominios son con frecuencia desconocidos o en muchos aspectos incontrolables por el sistema jurídico y los poderes públicos”⁴⁰⁷.

El incremento de las actividades particulares, la incursión en áreas inexploradas de la ciencia y la sistematización de los procesos conocidos adquieren nuevas formas, entre ellas, las telecomunicaciones, la actividad financiera y bursátil las cuales exigen un control eficiente más riguroso y detallado por parte de las entidades encargadas de su vigilancia, al tratarse de numerosas operaciones, se introducen fácilmente nuevas condiciones por ejemplo, los contratos de adhesión pueden atentar contra la economía y la confianza pública. Es posible permitir que estos sectores se autorregulen controladamente sin que esta complementación de funciones se distancie de la regulación, por el contrario se acompaña⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ *Ibíd.*, p. 44

⁴⁰⁸ “Por un lado el mercado, que en muchos aspectos se ha globalizado y endurecido, busca referencias objetivas de calidad y con ese objetivo se ha producido un espectacular despliegue de fórmulas de autorregulación en torno a la calidad: normas técnicas de calidad, sistemas de acreditación, reconocimiento de marcas y sellos de calidad, fórmulas de reclamación por defectos de calidad. [...] Las administraciones independientes por operar también en las zonas de contacto entre Estado y sociedad suelen estar próximas a las zonas de autorregulación. [...] Un tercer espacio, en franca expansión, es el dominado por la complejidad y la incertidumbre que genera el galopante desarrollo tecnológico. El centro de atención de los expedientes de autorregulación es, preferentemente, el riesgo. La gestión de los riesgos es la versión moderna de la policía administrativa y esa gestión se realiza en buena medida en régimen de autorregulación [...] El elemento subjetivo nos afirma la génesis privada de la autorregulación, pero debe destacarse de inmediato que no se trata de una actuación por particulares y organizaciones privadas, a partir de una delegación de los poderes públicos, como se da en otros supuestos más conocidos en la línea de la autoadministración. [...] Quienes promueven la autorregulación son los profesionales, los técnicos, los investigadores, médicos, periodistas. [...] No cumplen en absoluto con ningún encargo ni delegación de los poderes públicos. Lo que

De todo lo anterior, podemos concluir que la autorregulación se apropia de espacios normativos sin que necesariamente reciba una habilitación legal para hacerlo y sin que tampoco se clasifique dentro del sistema jurídico, ocupa un lugar importante al lado de la regulación. Se encarga de fijar reglamentos de seguridad en la producción de bienes y servicios de distinta variedad; más aún, tratándose de productos de consumo masivo. El elemento objetivo de la autorregulación nos pone en contacto con sus manifestaciones y con sus contenidos, podría decirse que cada disciplina cuenta con una autorregulación propia la cual se encuentra presente en cada sistema.

En diversos espacios la autorregulación adquiere fuerza partiendo de textos preparados y redactados por instituciones conformadas por grupos multidisciplinarios que establecen estándares de conducta y son luego seguidos por instituciones públicas en cuanto a métodos, tramites y procesos que al no ser observados acarrear consecuencias negativas al productor de un bien o servicio en su imagen empresarial, trayendo consigo consecuencias comerciales nefastas. Nos referimos también a procedimientos vigilados por oficinas de control interno descritos en manuales de ética a los cuales deben sujetarse los individuos, en cierta medida estos textos reducen la intervención de los entes de control gubernamental facilitando las tareas de las entidades de supervisión y las auditorías externas que son remplazadas por organismos privados de reconocimiento que ayudan en la gestión de la Administración.

puede ocurrir entonces es que las regulaciones y productos de esa autorregulación privada no solo desplieguen sus efectos entre quienes las fijaron y convinieron asumirlas, sino que también los propios poderes públicos se fijan en ellas y las tomen en consideración [...] los poderes públicos se ahorran, si se encuentran ya con unos productos e instrumentos de regulación que les llegan de diversos sistemas sociales y pueden tener relevancia también en la esfera pública. La autorregulación normativa ha conocido un avance [...] de racionalidad y sistematización: en la mejora de los procedimientos de elaboración, en el establecimiento de mecanismos de articulación entre sus normas, en la configuración en definitiva de auténticos ordenamientos - paraordenamientos, si se les quiere llamar así, en paralelo al ordenamiento jurídico - en diferentes sistemas. [...] las normas apenas ofrecen referencias materiales - tienden a concentrarse en cuestiones de procedimiento - sobre características de las instalaciones contaminantes, ni sobre lo que en cada caso resulta admisible, ni sobre otras muchas referencias que no se encuentran ya en las normas jurídicas, sino en el sistema de normas técnicas que en torno al medio ambiente se han levantado". *Ibíd.*, citando a J.A. CARRILLO Donaire, y M. TARRES VIVES. p. 44 - 46.

Los articulados comprendidos en reglamentos de entes privados de autorregulación y las pautas extraídas de organizaciones internacionales de normalización de procesos en aras de proteger al consumidor y de armonizar los procedimientos institucionales en sus contenidos, configuran en gran medida la base de la actuación pública y privada quedando ambos sectores supeditados al reconocimiento de entidades certificadoras de procedimientos de calidad, ello implica acreditar la empresa en el mercado, lo que permite ocupar posicionamiento y credibilidad acrecentando la demanda.

Estos códigos nacen de instituciones privadas, en nuestro medio las normas ISO 9001, más tarde se implementan y se adoptan en las entidades públicas con modelos estandarizados de control interno y normas técnicas de gestión pública GP 1000, reglas que instruyen a los funcionarios a prestar un servicio eficiente que gire en torno al usuario.

Entre las técnicas que emplea la regulación se identifica la estandarización para facilitar su ejercicio, “los estándares relativos a la seguridad y la calidad son los más frecuentes. [...] suelen denominarse reglamentos y normas técnicas. Muchas veces estos estándares se formulan por establecimientos o corporaciones privados, cuyos criterios se asumen por los reguladores y se imponen a las empresas o se aceptan por estas en el marco de operaciones de autorregulación”⁴⁰⁹.

De este modo, la autorregulación sirve de referencia a la Administración para orientar el ejercicio de la función administrativa y encaminar su gestión. La asimilación de los métodos empleados en el sector privado se extiende al sector público, guiado por los beneficios alcanzados de la observación en la dinámica particular que produce útiles resultados en la organización y se eliminan procesos ineficaces, los cuales se reflejan en las ventajas medibles en términos

⁴⁰⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* /..., cit., p. 1214.

económicos, con márgenes de desempeño superiores a los producidos en la empresa pública.

Tales son los avances extraídos de la labor de agrupaciones o asociaciones que se encargan de orientar implementar e implantar procesos en cada sector. La elaboración de métodos y procedimientos estandarizados se van transformando en mecanismos de control, cuya inobservancia deriva en el rezago hasta quedar relegado de la competencia, de este modo se evita la actuación estatal para refrenar una conducta, donde la propia autorregulación se encarga de excluir del sistema a quienes no adecuen su conducta, sin que se deba realizar una acción en concreto.

De lo anterior, podemos concluir que la fundición de las categorías entre lo público y lo privado se ha intensificado, el ejercicio de funciones públicas por la empresa privada, viene acompañado de acciones que se asemejan a la sanción, en lo atinente se ha expresado: “la privatización de sectores de servicios y funciones públicas ha sido una práctica elevada a la categoría de norma técnica y en el <<nuevo orden>>, multitud de actores privados ejercen formal e informalmente funciones de autoridad pública. [...] El principal problema surge cuando el neo-corporatismo se convierte en una forma de organización dominante, y se desdibujan en consecuencia las fronteras entre lo público y lo privado, entre el Derecho y el resto de ordenamientos normativos sociales. La globalización ha fomentado esta confusión con especial crudeza con respecto a la actividad empresarial, evidenciando como en su crecimiento la empresa privada invade parcelas tradicionalmente públicas”⁴¹⁰.

Pero este nuevo orden de corte privado, no solamente irrumpe en la regulación pública sino que en ocasiones se superpone. Resulta paradójico que un órgano

⁴¹⁰ CALATAYUD MAROTO, Manuel, citando a DARNACULLETA y BAGGOTT, “Liberalismo vs. Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes”, En: Jiménez, Luis y Nieto Martín, Adán, *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 54 y 59.

de derecho público termine sometiéndose al reglamento de una institución privada, como ocurre en el caso de la ICANN Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, organización mundial de origen californiano cuya actividad se coordina con la desarrollada por organismos nacionales, “se ocupan de la asignación y control de los nombres de dominio (entidades que pueden ser públicas – como en España donde la función se ha asumido por un órgano de la Administración - o privadas, con lo que se produce una novedosa y curiosa relación de jerarquización de entidades públicas a un organismo mundial de régimen privado)”⁴¹¹, esta relación vislumbra cierta sumisión a la inversa debido a la innovación tecnológica que es coordinada en cada país sujetándose a las reglas de una empresa privada extranjera.

Evidentemente, la tecnología anticipa a la regulación pero por ello el Estado no debe limitarse a ceder espacio a las personas jurídicas de derecho privado que se autocontrolen incesantemente, o descargar las funciones públicas, desatendiendo sus deberes. La actividad reguladora y supervisora debe continuar, ya no encaminada a ejecutar tales actividades directamente sino a vigilar al ente que ha asumido la labor y aplicar los correctivos que sean necesarios cuando se requiera. Frente a la función de autorregulación la Corte Constitucional, refiriéndose al mercado bursátil ha dicho que es “una actividad complementaria a la actividad reguladora del Estado, en cuanto no busca reemplazar ni sustituir las funciones públicas de regulación, reglamentación, supervisión, vigilancia y control, que se encuentran en cabeza del Estado...”⁴¹².

Esta concepción encierra semejanza con “... la figura de la descentralización por colaboración, autorizada mediante los artículos 1º, 2º, 123, 209, 210 y 365 de la Constitución Política”⁴¹³, que viene aplicándose en nuestro medio desde hace décadas con las Cámaras de Comercio que son creadas mediante acto

⁴¹¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* /..., cit., p. 1202.

⁴¹² Sentencia C-692/2007..., cit., p. 2

⁴¹³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-909 del 31 de octubre de 2007, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández

administrativo y sus funciones se realizan sujetándose a las prescripciones legales descritas en el artículo 86 del Decreto 410 de 1971. Por lo cual, la misma Corte ha expresado que: “Bien puede admitirse la existencia de órganos que están a mitad de camino entre lo público y lo privado, que asumen funciones propias del Estado -autoridad- y, a la vez, el despliegue de actividades privadas”⁴¹⁴.

Evidentemente, algunas funciones estatales se encargan a entes privados que desempeñan funciones públicas por razones de eficiencia y razonabilidad, desplazando la función reguladora en esferas que se autocontrolan conservando ciertos límites, sin que esta delegación sustituya la capacidad del Estado para expedir reglamentos, pueden sugerir métodos de control que siempre deben ser aprobados por la autoridad reguladora de la actividad complementaria, como se le ha denominado, pero nunca estar al mismo nivel, puesto que no tendría ninguna legitimación y dificultaría aún más el ejercicio de la función administrativa.

Las actividades que desarrollan los sujetos particulares en ejercicio de funciones públicas aparejan tareas de control de legalidad de los procesos de inscripción y registró como lo realizan las Cámaras de Comercio, sin que ello implique la expedición de reglas. Si bien la autorregulación disminuye la intervención pública, del mismo modo, atenúa las colisiones entre los órganos administrativos en el ejercicio de las facultades supervisoras, estas corporaciones no pueden exceder el servicio público encargado, el cual se encuentra limitado y su deficiente prestación u omisión genera responsabilidad ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Es menester que a causa de la globalización y la diversificación de bienes y servicios emerjan agremiaciones o entes dispuestos a contribuir con la

⁴¹⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-482 del 25 de junio de 2002, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis

organización y el control en la forma como se prestan los servicios “el mercado es uno de los ejemplos más extendidos y tradicionales de autorregulación, aunque se haya hablado también de autorregulación como sinónimo de determinadas prácticas de manipulación del mercado. [...] La idea del mercado autorregulado se vincula con otra variante del argumento tecnocrático; la que entiende la <<eficiencia>> como una <<eficiencia pública>> [...] Lo vago del concepto de eficiencia permite que el argumento tecnocrático tome distintas formas que, por lo general, se sostienen sobre la idea de que el estado se encuentra en una situación de inferioridad frente al sector privado en su capacidad para controlar determinadas realidades sociales”⁴¹⁵. Este argumento adquiere sentido al percatarnos de que primeramente surge la actividad o se introduce el uso de nuevas tecnologías o tecnificaciones en desarrollo de procesos científicos y posteriormente su explotación es regulada.

En procura de la eficiencia y la efectividad que modestamente alcanza la Administración a través de su aparato estatal se instituyen distintas formas de autorregulación que se manifiestan en diversos contornos desarrollados en el ámbito privado estos adquieren preponderancia en la nueva Administración pública, la cual encomienda parte de sus tareas a los particulares, inclusive, se ha llegado a plantear que la función de policía administrativa se traslade a una función de policía privada, como se aprecia en la tesis que sostiene Maroto:

Surge así otro argumento en favor de la privatización de la regulación: el de la mayor eficacia de los sistemas privados de control, de la autorregulación como forma eficaz de intervención pública. Bajo una amplia variedad de denominaciones, tales como las de *enforced o coercitive self-regulation, meta-regulation, audited self-regulation* o <<autorregulación regulada>>, se esconde un modelo de regulación pública claramente influenciado por teorías de la gestión empresarial y de la gestión pública como el *new public management* o la <<gestión por objetivos>> [...] una nueva teoría general de la regulación: un modelo de intervención que reconozca y respete la autonomía política de los nuevos focos privatizados de poder social, que permita que estos manejen de manera más eficaz los asuntos internos y

⁴¹⁵ CALATAYUD MAROTO, Manuel, *Autorregulación y Sanciones...*, cit., p. 61 – 62.

autorregulen los externos, y que promueva una cierta idea de democracia neocorporativa o sectorial. [...] En este nuevo Estado donde <<la mayoría de la policía es policía privada, donde muchas cárceles son cárceles privadas, reguladas por el Estado>> no rige el proyecto hayekiano de privatización y la desregulación, sino uno distinto de privatización y crecimiento regulatorio⁴¹⁶.

Como se expone, esta teoría de autorregulación defiende un nuevo modelo encaminado a poner en práctica las técnicas que organizan los procesos de la empresa privada, donde se gestionan servicios con arreglo a las condiciones forjadas por el sistema, con el propósito de permanecer al nivel de la competencia y alcanzar los objetivos propuestos en el sector público, lo que a su vez permite estar acorde con los procesos foráneos que se introducen al país siendo progresivamente adoptados y coordinados según la política adoptada, involucrando a todos los sectores relacionados. Sería conveniente incluir tales procesos desde el diseño y la elaboración de los proyectos hasta su culminación, acompañados de elementos que empujen al autocontrol utilizando mecanismos de colaboración y control ciudadano como las audiencias de rendición de cuentas, las veedurías ciudadanas y las mesas de trabajo que contribuyen a realizar la planeación y a ejercer el control.

Se busca optar por el método que resulte más conveniente y eficaz. En la práctica se combinan técnicas y formas de la empresa privada con el sector público, como sucede con la celebración de convenios con recursos provenientes de organismos internacionales y nacionales con fines específicos o la celebración de contratos con proveedores exclusivos, titulares de propiedad intelectual, utilizando los medios empleados en la contratación privada. La gerencia pública introduce procesos de reconocimiento de gestión de calidad, sus entidades son acreditadas por instituciones de certificación privadas. Se utilizan mecanismos originarios del sector privado, sin que se prescinda de los procesos clásicos dependiendo del tema que se pretenda gestionar.

⁴¹⁶ *Ibíd.*, citando a J. BRAITHWAITE y P. DRAHOS, p. 62 y 71.

La autorregulación aparece como una forma válida y útil de control, flexibilizando los rígidos caudales tipificados en los códigos, abre la posibilidad de “valerse de otros medios de control social menos drásticos [...]”. El Derecho sancionador disciplinario deportivo es un buen ejemplo, aunque no el único, de sanciones disciplinarias que sustituyen casi por entero la intervención del derecho penal en lo que concierne a las lesiones deportivas. Estas sanciones provienen de un sistema de autorregulación conformado por las federaciones deportivas y se imponen con garantías similares a las del derecho sancionador administrativo por lo que su nivel de legitimación es ciertamente elevado⁴¹⁷.

Existen medios preventivos que se emplean en ciertas sociedades, los cuales se encaminan a transformar mecanismos represivos por alternativas menos rígidas que pueden funcionar mejor y sus resultados pueden ser más convenientes, para ello es preciso modificar la educación, la conciencia y las normas que rigen el comportamiento, mediante pautas, advertencias, disuasiones que alerten sobre una práctica negativa o contraria a la costumbre general. Se busca sustituir las sanciones públicas por los medios utilizados en el ámbito privado. Al respecto se han planteado distintos mecanismos de persuasión y aplicación como se expresa:

Frente a este modelo de *enforcement*, los partidarios de la persuasión proponen un estilo mucho más conciliador que en lugar de estar destinado a la <<caza>> del infractor, tenga como objetivo encontrar una solución para los problemas que pueda tener la empresa o prevenir el peligro que genera la actividad [...] la *compliance* a través del sistema escalonado no renuncia a la intimidación [...] lo ya propuesto por algunos autores es analizar los avances que pueden producirse en la práctica de la <<persuasión>>, si esta estrategia se reconduce a la justicia restaurativa y se entiende como una peculiar forma de su manifestación. La justicia restaurativa proporciona un marco teórico, metodológico y axiológico más depurado que ayudaría a corregir los defectos de la *compliance*. [...] uno de los objetivos de la restauración es el fortalecimiento, el dotar de poderes a la comunidad, para que sea

⁴¹⁷ NIETO MARTÍN, Adán, “Autorregulación, compliance y justicia restaurativa”, En: Jiménez, Luis et al., *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 90-92.

capaz de alcanzar un mayor protagonismo en la resolución de conflictos y, sobre todo, sea capaz de evitarlos en el futuro, [...] La justicia restaurativa es en tercer lugar una justicia deliberativa. Su forma de adoptar decisiones son las conferencias (*restaurative group conferencing*). [...] el método deliberativo y participativo no es solo imprescindible por razones de legitimidad sino también de eficacia⁴¹⁸.

Los dispositivos que advierte esta tesis en la solución de conflictos apuntan a la concertación, conferencias, diálogos e instrumentos conciliatorios al momento de ejecutar una determinación, se prefieren este tipo de alternativas diversas antes que optar por una acción represiva - *enforcement*, por parte de la Administración. Infortunadamente, estos instrumentos no son susceptibles de adopción en todas las culturas donde el castigo represivo prevalece como alternativa para no reincidir en una conducta. La justicia restaurativa se adopta en sociedades avanzadas y permite autorregular la conducta de los miembros de una comunidad de esta manera se reconstruyen los lazos sociales. Si bien, se trata de mecanismos de ámbito privado adoptados por la sociedad, no habría razón que impida aplicarlos a las controversias competenciales que se susciten entre las entidades públicas.

Una de las críticas que se hace al derecho administrativo sancionatorio, es la arbitrariedad dentro de su órbita indeterminada de actuación por lo cual sería más conveniente seguir la vía de la negociación y promover procesos que encierren principalmente la promoción de medios que eduquen y prevengan riesgos. En cualquier ámbito sea público o privado los mecanismos consensuados, participativos y deliberativos son más útiles y efectivos a la hora de corregir métodos demasiado rígidos que retarden una actuación.

En suma de lo dicho hasta aquí, la tendencia reconduce a optar por modelos alternativos que superen los posibles conflictos que se susciten en la relación Administración - administrado, agotando antes todas las formas de persuasión que se prevén entre las comunidades con el fin de omitir procedimientos

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 100 – 106

desgastantes, que tampoco se encuentran totalmente desprovistos de formas anticipadas para culminar las tensiones, donde sería viable emplear formulas sustitutivas ecuánimes, ágiles y consecuentes. No obstante, existen conductas que deben ser atendidas por las autoridades de regulación las cuales requieren conocimiento especializado y deben ser objeto de aplicación del derecho administrativo sancionatorio cuando se amenace el interés público.

A primera vista, no parece encontrarse conexión alguna en lo que se conoce por autorregulación que proviene de la voluntad privada y el concepto de actividad pública que en si misma envuelve carácter coercitivo, en un símil, existen “sanciones disciplinarias de origen privado - en el ámbito de las asociaciones o de las empresas-, articuladas tradicionalmente como un complemento natural a la capacidad de autorregulación normativa de toda organización [...] el objeto de este estudio, rebasando claramente las fronteras del ámbito estrictamente privado, se centra en una descripción del panorama actual de relaciones entre la autorregulación y las sanciones administrativas y disciplinarias se vinculan en el cumplimiento de fines públicos [...] en un contexto caracterizado por la marcada relevancia pública de la autorregulación”⁴¹⁹.

No se trata de una práctica novedosa el ejercicio de la autorregulación como actividad privada encaminada a vigilar el cumplimiento de reglas que se fijan en determinado contexto conforme a la variación de las técnicas que se actualizan constantemente al introducir innovaciones tecnológicas en los distintos ramos de la economía esta transforma la percepción que transige intereses individuales y colectivos en cumplimiento de objetivos superiores, exigiendo la presencia de un vínculo particular compuesto por asociaciones con experiencia y conocimiento en una materia las cuales actúan como intermediarios y se encargan de velar por los intereses de la organización que representan y regularizan las relaciones entre los individuos, las empresas y el gobierno.

⁴¹⁹ DARNACULLETA, M. Merce, *Autorregulación y Sanciones...*, cit., p.120.

La autorregulación se ha convertido “en una realidad con decisiva influencia en la actuación de los poderes públicos. Autorregulación privada y regulación pública no son ya dos realidades enfrentadas, sino dos círculos cuyos puntos de intersección son cada vez más numerosos. Esto es, no constituyen categorías conjuntamente exhaustivas ni mutuamente excluyentes”⁴²⁰.

La interacción del poder público con organizaciones privadas aumenta con la incorporación de nuevas ciencias aplicadas, la inserción de códigos de conducta, reglamentos de gestión de calidad, seguridad, ambiente, las tendencias sociales, soluciones negociadas, conllevan a la mezcla de instrumentos que los órganos gubernamentales utilizan para atender el entorno económico y social, con gran atención se incrementa la autorregulación como un recurso efectivo que arroja resultados positivos, en ocasiones demanda un componente económico elevado para crear este tipo de organizaciones que confluyen en la dinámica social.

Se percibe que la regulación adopta las técnicas que se usan dentro de los módulos privados, cuyos textos provienen de asociaciones y agremiaciones aplicadas en sus propios entornos que la Administración incorpora a su criterio, para luego implantarlas al resto de la sociedad formalizándolas mediante normas.

En efecto, dado el aumento geométrico de la población es preciso redistribuir la pesada carga estatal “[siendo] un problema estructural de toda organización compleja si se omiten medidas especiales destinadas a paliar esa tendencia natural de toda organización. [...] La autorregulación se ha convertido en una dinámica característica de lo que se ha venido denominando <<sociedad del riesgo>>. Ante la incapacidad de controlar la gestión de riesgos mediante las estrategias tradicionales, el Estado deja la gestión primaria de los nuevos riesgos en manos de particulares especialmente de las empresas, pasando a

⁴²⁰ *Ibíd.*, p.121

controlar en un segundo plano dicha gestión primaria. La autorregulación potencia nuevas estrategias para que el Derecho controle y supervise el funcionamiento de organizaciones (empresariales, profesionales, etc.) en el marco de determinados sistemas sociales como el mercado, la técnica o la ciencia, que encierran una enorme complejidad técnica o ética”⁴²¹.

Claramente el Estado moderno recibe la influencia de modelos foráneos y el sistema de regulación no es ajeno a la injerencia extranjera en cuanto incorpora prácticas semejantes con el objeto de alcanzar mayor cobertura, eficiencia y satisfacción de las necesidades comunes, este propósito se logra en la medida en que la participación consensuada produzca un resultado en respuesta a los procesos de interacción entre actores que buscan suplir intereses que benefician a proveedores y receptores en el círculo económico, donde actúan entidades oficiales que contribuyen al papel regulador del Estado caracterizado por sus desaciertos al establecer balances y resultados. La regulación ha mutado su carácter centralizador, se manifiesta cada vez más, en espacios fraccionados en todas sus facetas, por ello se manifiesta lo siguiente:

... se ha pasado [...] a una racionalidad reflexiva [...] las características fundamentales de la racionalidad reflexiva son: (1) el control de la autorregulación: la coordinación de formas de cooperación social determinadas recursivamente; (2) la estructuración y reestructuración de sistemas para el discurso interno y la coordinación externa; (3) la orientación hacia el procedimiento: estructuras institucionales y procesos de decisión orientados relacionamente.[...] Aquí se trabaja en una concepción del Derecho no como instrumento de intervención directa en las esferas sociales, sino como contexto regulador en el cual se posibilita la autorregulación de los diferentes actores implicados. [...] la nueva definición, por un lado, del contexto y del control, y por otro, de la autorregulación descentralizada⁴²².

⁴²¹ SÁNCHEZ FEIJOO, Bernardo, “Autorregulación, y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?” En: Jiménez, Luis et al., *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 203.

⁴²² JARA DIEZ, Carlos G., citando a WILLKE y TEUBNER “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, En: Jiménez, Luis et al., *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 264 – 265

De acuerdo a lo expuesto, podemos advertir que no se trata de asumir una posición radical frente a la elección del modelo a seguir para el logro de los objetivos estatales, sino más bien, distribuir funciones conforme avanzan los sistemas democráticos haciendo uso de los recursos que se ajusten a cada realidad. Para lo cual, la política que se elija debe esforzarse por adoptar módulos de regulación que admitan mecanismos descentralizados de autorregulación. No sería consecuente con la realidad social detenerse en un reducto impenetrable de técnicas de regulación que no se ajustan a un contexto determinado en constante transformación, se trata de acoger las tácticas que resulten más adecuadas, lo que interesa es la utilidad que proporcionen los métodos seleccionados aunque ellos no provengan siempre del sector público y no coincidan con los procedimientos clásicos de regulación.

Se ha sugerido que de la “desregulación surge también el concepto de autorregulación, aunque con mayor desarrollo en Norteamérica que en Europa. Se trata de sistemas privados (gremiales) - códigos de conducta- que regulan los mercados, básicamente sobre la base de las teorías de la elección pública y de los costos de transacción”⁴²³.

Es preciso ser reiterativos, en cuanto a que la autorregulación que diseñan las organizaciones privadas en distintos sectores, se establecen estándares de conducta los cuales deben ser observados y su incumplimiento genera consecuencias que si bien no son expresamente sancionatorias, derivan en disgregación por renuencia a allanarse a aquellos códigos preexistentes de origen privado, lo que conlleva efectos inhabilitantes para desarrollarse en un medio determinado, en la práctica se observan efectos similares a los de la declaratoria de la caducidad en la contratación pública al no acoger los procesos homologados y aceptados en los diversos sectores de la competencia.

⁴²³ RODRIGUEZ LIZARAZO, Lilibiana y ANZOLA GIL, Marcela, citando a HERTOOG, “Regulación, autorregulación y desregulación”, En: RODRIGUEZ LIZARAZO, Lilibiana, et al., *La regulación económica: Tendencias y Desafíos*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004, p. 20

Por último, debemos expresar que conviene emplear técnicas autorregulatorias donde sea posible, pero existen entornos que deben ser controlados cercanamente, por lo cual se fragmenta la regulación y se distribuye entre distintas agencias como ocurre con la expedición de las autorizaciones para la explotación de los recursos naturales donde participan las CAR, la ANLA y si afectan el sistema de parques la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales. En otras ocasiones como en lo relativo al mejoramiento de la infraestructura de los medios de transporte, se desregula la necesidad de obtener licencia en la construcción de vías, sin embargo, si con la obra se impacta el ambiente interviene la ANLA. Pero es claro que las técnicas liberalizadoras de desregulación implican por lo general la sustitución de unos controles previos por otros posteriores.

Al respecto, se ha expresado que, la obsolescencia de unas normas; “justifica [...] una reforma de la normativa, no una desregulación de la materia. [...] deben tenerse en cuenta las tendencias actuales en la intervención [...] en el contexto más general de privatizaciones y de desregulaciones tampoco cabe ignorar que sobre la liberalización planea el propio interés de las entidades [...] lo procedente no era suprimir la intervención administrativa, sino revisar sus técnicas y alcance o, en la terminología de Martín Mateo neoregular la materia”⁴²⁴

Para concluir lo dicho hasta aquí, las técnicas de intervención han suavizado los controles, se reemplaza la autorización por la comunicación, se emplea en muchos de los casos los cánones del derecho contractual. Sin embargo, el control de la competencia requiere de una minuciosa revisión debido a la tendencia a concentrar la propiedad en algunos mercados con el fin de que no se produzcan alteraciones. Aunque es aconsejable que el ente especializado controle el sector para el cual fue creado, en la práctica no interesa tanto quien

⁴²⁴ NUÑEZ LOZANO, M. del Carmen, *Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria Intervención y Liberalización*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999, p. 212-214

ejerza estos controles, en lo que se debe tener claridad es sobre la autoridad a la cual corresponda ejercitarlos.

Las técnicas denominadas desregulatorias no implican el decaimiento de la potestad de la Administración como se ha señalado al expresar: “la novedad introducida por la Ley [...] consistía en la sustitución de un control preventivo por otro posterior, configurado en el modo y con los límites del genérico poder de intervención a *posteriori* de la Administración y de la potestad de autotutela; la intervención de la Administración, pues resultaba siempre posible”⁴²⁵.

No es sorprendente que la regulación no produzca óptimos resultados en un contexto que supone la creación de organismos que actúan bajo influencia política y grupos de presión que inciden directa o indirectamente en la regulación que opera en un sector, desviando el direccionamiento y los objetivos planteados que buscan la eficiencia del mercado. Adicionalmente, se presentan los inconvenientes de la actividad administrativa en desarrollo de la regulación creada con deficiencias de calidad en su diseño que impiden su normal desenvolvimiento.

Llegado a este punto, se concluye que la idea es modular los procesos que se han producido en el ejercicio de las competencias de los órganos de regulación que protegen los derechos de los consumidores con el fin de disipar el conflicto entre entidades gubernamentales y llegar al fondo del presente estudio a fin de determinar si las funciones de regulación, deben estar centralizadas en un órgano, o se deben distribuir fraccionadamente en distintos órganos como muestra la tendencia.

En la nueva concepción del Estado las entidades administrativas habilitadas para expedir reglas con mayor intensidad en un una economía globalizada, son

⁴²⁵ NUÑEZ LOZANO, M. del Carmen, *Las Actividades Comunicadas a la Administración La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2001, p. 55.

el resultado de la liberalización del servicio público y de la diversificación del mercado, la ciencia, la tecnología y la informática. Pero no basta la regulación creada de manera general, por ello se hace necesaria la especialización en cada disciplina, la cual exige cada vez un nivel más elevado de conocimiento técnico en cada materia. Se considera, si es conveniente una excesiva regulación atomizada en cada sector de la ciencia multidisciplinaria y en cada territorio, o sea preferible suavizar la regulación. Pues bien, se plantea que resulta bastante viable reducir las cargas de la Administración distribuyéndolas en los distintos niveles, inclusive en personas privadas de derecho, delegando funciones en grupos organizados atendiendo los lineamientos impartidos legalmente.

Estas alternativas conducen a que la autorregulación tome auge para autocontrolar cada sector y establezca mecanismos propios que solucionen las discrepancias suscitadas en desarrollo de las relaciones contractuales y de la competencia, sin excluir la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria o especial dependiendo del carácter de la relación jurídica, en caso de requerir su intervención.

Todos los factores que determinan la política de un Estado; privatización, globalización, liberalización, se constituyen en razones que conducen a replantear mecanismos autorregulatorios como alternativas que deben plantearse según los propios gobiernos, adoptando el modelo que más convenga porque las circunstancias, el funcionamiento de la economía, la capacidad y distribución de los recursos varían de un lugar a otro, la inversión, la participación y el comportamiento de los mercados varían en todos los territorios, cada sociedad encierra sus particularidades, siendo innegable que la política de los Estados está determinada por la economía y por los procesos foráneos.

Por estas razones, deben adecuar su regulación conforme a su entorno y sus propias condiciones sociales, es decir, en algunos espacios de ineficiencia institucional resulta apropiado un ente que controle cada sector o que se

establezcan mecanismos que superen los obstáculos que dificultan la función administrativa. En la mayoría de las estructuras administrativas modernas consideran conveniente que actúen varios entes coordinadamente que controlen un sector, aunque esto sea motivo de complejidad.

En nuestra estructura administrativa de tradición centralista se percibe la transición del modelo desvaneciente del Estado intervencionista que cada vez reduce más su participación en la economía como prestador de servicios públicos enajenando sus empresas, optando por robustecer la función regulatoria con una clara propensión a fraccionar las competencias en aras de ejercer un control más eficiente y especializado por un ente independiente al estilo norteamericano, a su vez, se busca el acercamiento entre gobernantes y gobernados.

La transformación de la dirección política estatal estuvo compelida por la situación económica que debía gerenciar con exiguos recursos que no alcanzaban a abastecer la demanda exigida por el crecimiento de la población y la crisis institucional, lo que condujo a replantear la planeación económica del Estado, para lo cual se crearon organismos controladores de la actividad particular, y a su vez, se descentralizó la empresa pública, la inversión mixta y los establecimientos públicos que suministran bienes y servicios donde el mercado por sí mismo no satisfacía la demanda social, lo cual impulsó la introducción del proceso neoliberal y la privatización, gradualmente se fue ocupando espacio hasta entrar en crisis las teorías clásicas del servicio público, puesto que el Estado contrae su participación en la economía para aumentar su papel como regulador.

De acuerdo a lo expuesto, se constata una incuestionable inclinación a ejercer el control por agencias de regulación especializadas en cada sector de la economía, control que se encuentra fragmentado y diluido en diversos órganos de la Administración y en distintos niveles, la cual se experimenta con el

transcurrir y la evolución de la organización administrativa junto con las tendencias del mercado y las realidades propias de cada entorno social. Su aumento ocurre de manera exponencial principalmente en los últimos tiempos comparado con las entidades públicas existentes hasta hace un par de décadas, lo cual nos lleva a considerar mecanismos de autorregulación de la actividad económica u otras técnicas que sean más flexibles y prácticas.

3.6. La técnica del Softlaw

Entre las distintas técnicas de regulación con que cuentan las administraciones, hallamos medios que no son extraños a ningún sistema y pueden formar parte de los mecanismos empleados para integrar una decisión, conformando actos que van adquiriendo relevancia, sin que exista una clara habilitación legal los cuales se han catalogado como actos que forman parte del derecho blando o soft law.

Se percibe un paradigma en la Administración al englobar un considerable marco de reglas derivado de su gestión, concomitantemente, exhibe una resolución a los rígidos sistemas establecidos ordinariamente en la consecución de los objetivos nimiamente alcanzables. Al pretender armonizar el funcionamiento y engranaje de los sistemas normativos se detectan dificultades en las entidades al momento de adoptar sus propias decisiones lo cual incrementa la complejidad en la aplicación de las normas.

“Ante la necesidad de coordinar una distribución compleja del poder, unida a una ordenación social contingente y plural, el Estado y en especial la Administración comienza a hacer uso de actos e instrumentos atípicos de regulación. Normas [...] que permiten la integración de todos los actores participes de la realidad política y social, sin que sus disposiciones generen una respuesta desde las instancias jurisdiccionales ni administrativas [...] tienden a generar zonas de fricción entre los actores en litigio, y esas fricciones se

manifiestan como disputas sobre la intensidad y extensión de materias concretas, como la política social, la legislación laboral, los puertos de interés general o la coordinación de la política económica”⁴²⁶.

Como resultado de la normatividad que regula una materia y encarga una competencia, sin determinar concretamente los aspectos que deben ser conocidos por una autoridad, se tiende a presentar intromisión en las funciones que se confieren a cada organismo, aun cuando la legislación determine el margen funcional y orgánico. La Administración es proclive a generar indecisión donde no existen conflictos normativos, basta examinar detenidamente el sentido de la norma que regula un tema específico para deducir donde reside una competencia, en otras ocasiones, puede dar lugar a vacilación por la expedición de leyes o reglas posteriores que realmente riñen entre sí, acontecimiento al que no escapan los ordenamientos jurídicos:

La distribución de poderes se puede manifestar con un reparto de poderes que diferencia entre la elaboración de normas, por un lado, y la ejecución de las mismas por otro. En otros casos la distribución puede consistir en una fragmentación de las normas, atribuyendo los principios básicos de una materia a un poder territorial y la regulación restante a otro. [...] Pero cuando esta distribución se efectúa dando entrada a un tercer actor como las entidades locales (en todas sus manifestaciones), y a otros poderes dotados de competencias normativas y ejecutivas como las agencias independientes o las administraciones con autonomía constitucionalmente garantizada [...] las zonas de fricción aumentan exponencialmente y se hace necesaria una cooperación entre varios o todos los actores ⁴²⁷.

Este escenario de compartición de competencias es una fuente constante de controversia y va a requerir la creación de mecanismos de cooperación y coordinación entre administraciones que eviten un eventual conflicto. De tal

⁴²⁶ SARMIENTO, Daniel, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Arazandi, S.A., Navarra, 2008, p. 50-51.

⁴²⁷ *Ibíd.*, citando los artículos 149.1.1, 1.7, 1.13 y 1.23 de la Constitución Española y a FERNÁNDEZ MANJÓN, ROMERO, J. y FARINOS, J p. 52 - 53

manera, que cuando la simple cooperación o acuerdo mediante los cuales se viabiliza una actuación no es jurídicamente posible por existir una restricción legal o constitucional, se emplean otros medios que no resultan del todo novedosos pero son aceptados, sin tener una fuente jurídica suficientemente clara, y se expresan a través de actos que vinculan a un sector determinado o pueden variar sus efectos extendiéndolos a un sector más amplio, efectuando así el traspaso o aclaración de funciones en la ejecución de tales acuerdos.

En la consecución de un fin surge la necesidad de lograr mediante un acuerdo consensuado la implementación o sustitución de procesos que corrientemente efectúa la Administración, se ha optado por desarrollar prácticas concertadas en espacios de participación ciudadana que brindan la posibilidad de realizar una gestión más eficiente y emprendedora para atender los requerimientos más apremiantes de la comunidad, empleando métodos y criterios que contienen una planificación coordinada en proyectos que se articulan con la realidad social.

Se emplean métodos para la ejecución de programas que se relacionan más con “instrumentos de regulación <<menos rígidos menos prescriptivos, menos uniformes en los resultados y menos jerárquicos>> en su relación con otros elementos normativos. [...] Incluso cabe la posibilidad de que las normas de *softlaw* sean el resultado de un acuerdo entre sujetos públicos y privados, otorgando a la Administración un papel secundario que facilita la regulación desde instancias más cercanas al ciudadano. [...] En definitiva el *softlaw* rompe con las particularidades del *hardlaw* en todos los elementos integrantes que lo rodean desde su nacimiento hasta su fin, desde el proceso de aprobación hasta su entrada en el mundo de los efectos jurídicos. [...] cuando menos es una herramienta que genera efectos jurídicos en un plano que no es necesariamente el de la validez”⁴²⁸.

⁴²⁸ *Ibíd.*, citando a DE BURCA, G. & SCOTT, J., p. 69-70.

En la actual perspectiva de la regulación se apunta a introducir esquemas más suaves en el derecho con procedimientos más rápidos y expeditos, permitiendo la intervención de varios actores confiriendo mayor participación al ciudadano acogiendo mecanismos propios de modelos de interacción más cercanos. Inclusive, el derecho tradicional que emplea métodos más estrictos de aplicación exegética, en ocasiones hace uso de las técnicas del *softlaw*, con el propósito de obtener regulaciones más ágiles y coherentes provistas de celeridad y hasta el momento han demostrado resultados favorables, ganando espacio en eficiencia y prontitud. Se incluyen aquí, diversas técnicas en que se expresa la voluntad de la Administración y tienen la vocación de actos administrativos con efectos jurídicos y se manifiestan en:

Las Circulares y las Instrucciones, así como las Órdenes de Servicios, son las formas más desarrolladas de *soft law* ad intra previstas en el derecho público. Tradicionalmente han servido para establecer normas internas de organización y conducta, dirigidas a los servidores públicos que integran las estructuras administrativas. [...] El Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han reconocido que estas manifestaciones de *soft law* pueden producir efectos jurídicos, constituyendo así el objeto de conflictos de competencia [...] A diferencia de las Circulares y las Cartas de Servicios, existen otras figuras que cuentan con una clara finalidad regulatoria, ya sea porque implican un posterior desarrollo normativo y aplicación mediante actos, o porque su vocación es transversal y afecta a distintos ámbitos de intervención pública. [...] Los Planes y Directrices no responden a criterios homogéneos, y por tanto su análisis debe de forma casuística, a la luz de los objetivos de cada instrumento y del contenido de cada disposición. La práctica nos ofrece una enorme heterogeneidad de manifestaciones normativas a través de estas formas de *softlaw* [...] en la Administración General del Estado⁴²⁹.

En el aparte transcrito, se menciona que el *softlaw* puede producir efectos jurídicos, los cuales pueden ocasionar conflictos de competencia. Contrariamente, puede ser un medio que contribuya a despejar una función competencial al optar por el empleo de un acuerdo que no cuenta con una autorización normativa expresa para su celebración, pero da lugar a la

⁴²⁹ *Ibíd.*, citando a BAENA DEL ALCÁZAR, p. 108-116.

expedición de un acto administrativo como ocurre con la Circular Conjunta 025 de 2013, donde se aclaran las competencias concurrentes del Ministerio de Trabajo y la Superintendencia de la Economía Solidaria, dicho acuerdo sin tener una fuente jurídica expresa se presenta como una de las manifestaciones del *softlaw* y termina en un acto convirtiéndose de esta forma en *hardlaw*, el cual sirve para delimitar las competencias entre los órganos implicados que actúan bajo disposiciones normativas que no exhiben suficiente claridad para establecer los límites de actuación.

Además de lo anterior, se menciona en la cita que existen otras figuras con una finalidad regulatoria, es decir, que el *softlaw* no siempre se expresa de manera uniforme sino que lo hace de distintas formas, dando lugar a un desarrollo normativo a través de actos diversos como característica que envuelve su heterogeneidad resultando en manifestaciones normativas.

Para el caso que ocupa nuestra atención, al no existir una fuente jurídica clara que autorice de manera expresa la delimitación de las competencias a los órganos de la Administración a través de un acto que no tiene una clara previsión legal, sin cumplir con lo señalado en el artículo 122 de la Constitución Política, al establecer que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento...”⁴³⁰, se asemeja a las formas en que se manifiesta el *softlaw*, sirviendo de instrumento para establecer formas de organización que terminan por producir efectos jurídicos derivados del acto que se produzca.

Examinando el artículo 33 del Decreto 4588 de 2006, contempla el control concurrente entre el Ministerio de Trabajo (anterior Ministerio de la Protección Social) y la Superintendencia de la Economía Solidaria en la función de supervisión en el sector, pero en ninguna parte señala que estas dos entidades puedan negociar o deslindar el ejercicio de sus funciones. En este sentido, el

⁴³⁰ Colombia. Constitución Política de 1991, art. 122.

acuerdo mediante el cual se realiza el reparto funcional se asemeja al *softlaw*, al no tener una fuente jurídica concreta y expresa que establezca el deber o autorice este tipo de negociaciones; no así, el resultado del acuerdo mediante el cual se formaliza esta distribución de funciones que termina en un acto administrativo vinculante.

Se observa que la Administración se vale de distintos mecanismos para controlar una actividad en un ámbito determinado, para ello, se sirve de la utilización de técnicas que terminan por convertirse en regulación. Se manifiestan en criterios de organización y estándares de conducta que luego trascienden a sectores económicos. Además de los medios usados, en algunos casos toman la forma, características y atribuciones del acto administrativo para adecuar un comportamiento. Según lo expuesto, podría decirse de modo semejante, que también la autorregulación que expiden las organizaciones privadas se utiliza de base para implementar los cuerpos normativos, lo cual nos permite concluir que la Administración emplea la denominada autorregulación que posteriormente acoge en parte o en su totalidad para elevarla al grado de reglamento.

Si bien se percibe que el *softlaw* administrativo puede contribuir a producir un extenso número de reglas bajo diversas manifestaciones, coadyuva a la demarcación de conductas precisando responsabilidades, proporcionando apoyo a los textos legales, fijando el espacio de aplicación y aclarando la labor que desenvuelven los funcionarios de las entidades estatales.

En la dogmática administrativa tradicional se considera que todo acto administrativo susceptible de impugnación no forma parte del *softlaw*. Por una razón sencilla, los actos administrativos generales o particulares susceptibles de ser recurridos se les atribuye capacidad para obligar o contienen los principios propios del acto administrativo entre ellos, la ejecutoriedad que conlleva consecuencias jurídicas en sí mismo. Evidentemente, el derecho blando se

constituye en una forma diversa y heterogénea para producir actos que se transforman en reglamentos que luego adquieren carácter vinculante sin que necesariamente cobren dicho carácter en su creación.

Adicionalmente, el *softlaw* desempeña un rol que garantiza una intervención mínima desde el poder público, ya sea depositando la confianza en los operadores del mercado para que ellos desarrollen mecanismos de autorregulación, o se ejerzan sobre aquellos suaves facultades de control.

En la función de policía “se considera por lo general que el ejercicio de un poder discrecional es un rasgo característico de la función del regulador. Este debe poder actuar con diversas consideraciones a veces contradictorias-, y tener la capacidad de matizar sus apreciaciones y de ponderar sus criterios de acción. Los instrumentos que tiene a su disposición no son necesariamente instrumentos coercitivos pesados, de difícil manejo sino métodos que se asimilan al *softlaw*: recomendaciones, invitaciones, circulares, amonestaciones, directivas etc”⁴³¹. Es preciso aclarar que, en nuestro medio a las circulares y directivas se les atribuye el carácter de acto administrativo por lo cual no entrarían en lo que se conoce como derecho blando debido al carácter vinculante que poseen.

Para lograr el buen funcionamiento en la interacción de un sistema complejo, es posible emplear mecanismos del derecho blando manifestadas a través de instrucciones, recomendaciones, códigos internos que permitan mejorar la atención y comunicación fluida entre usuarios, empresas y entidades públicas, “Las empresas de un sector de la actividad económica pueden asignarse reglas de conducta e inscribirlas en un texto al que llaman “código”. De tal forma que

⁴³¹ MODERNE, Franck, “Los usos de la noción de “regulación” en el derecho positivo y en la doctrina jurídica de los Estados de la Unión Europea”, En: Gerard, Marcou et al., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009. p. 113 y 114.

esas empresas hacen “autorregulación”⁴³², se asemeja a las formas del *softlaw* en cuanto a que realiza formas de organización interna, acuerdos y consultas. Se percibe que el *softlaw* se adopta con efectos menos rigurosos, pero su incumplimiento conlleva un grado de responsabilidad.

Recapitulando, podemos expresar que el *softlaw* administrativo, es un medio del que se sirve la Administración, reúne un arsenal de herramientas y posibilidades que agilizan la regulación, y esta a su vez, crea mecanismos que tornan más versátil su actuación, volviéndose más elástico en los procesos, cuando así se requiera.

Podríamos decir que el *softlaw* induce a crear modos de regulación, que no son fuente formal del derecho como la “Autorregulación, regulación concertada y regulación consultiva [...] Estas tres formas de regulación tienden a unirse y a combinarse. Hay aquí un mecanismo interesante que permite asegurar la cohesión económica y social de una sociedad política. [...] ¿Que la regulación es un proceso que evoluciona con el tiempo, que tiene en cuenta en particular los desarrollos de la tecnología y que gana adaptándose a los comportamientos de los actores económicos así como a las necesidades de los particulares? [...] la regulación tiende a introducir la dimensión política en el sentido de la defensa del interés general – en el debate económico? [...] Pero la regulación es, ante todo, política en la medida en que los poderes públicos no pueden dejar de tomar en consideración dos tipos de factores – los sociales y los factores humanos - en la definición y la implementación de las operaciones de regulación”⁴³³.

En síntesis, se trata de diseñar mecanismos que sean acordes con la dinámica social sin quebrantar el principio de legalidad, mezclando alternativas de

⁴³² DELPEREE, Francis, “La regulación y la protección de los usuarios consumidores”, En: Gerard, Marcou et al., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009. p.137.

⁴³³ *Ibíd.*, p. 137 – 138

regulación que provienen de distintas fuentes de lo privado y lo público que se reúnen e incorporan sirviendo de referencia al elaborar los reglamentos, la finalidad es que las empresas o entidades que provean un bien o servicio preserven los niveles de calidad, buena atención, eficiencia y todos los valores que repercuten decisivamente en la satisfacción de las necesidades más apremiantes y permitan la realización de cualquier objetivo.

4. Conclusiones del capítulo

Debido a las condiciones que impone la modernidad, la globalización, la organización territorial y la estructura de las administraciones, se observa alguna predisposición en las regiones a ser cada vez más independientes, a controlar y administrar sus propios recursos, la presión de los grupos de interés o agentes del mercado, son factores que han llevado a los gobiernos a optar por nuevos esquemas de regulación con gran injerencia en el ámbito económico.

En las últimas décadas la regulación administrativa apunta a realizar una función más flexible acudiendo a los mecanismos de coordinación y cooperación donde sea posible, adopta una reglamentación menos estricta, utiliza métodos autorregulatorios con miras a obtener mejores resultados del servicio prestado por particulares.

La intervención indirecta del Estado en diversos sectores de la economía y prestación de servicios como el de la salud, la venta de bienes y los servicios prestados a través de sus empresas y sociedades empezó a declinar debido a su inoperancia e ineficiencia, razones que lo llevaron a replantear su forma de intervenir en la vida económica y social del país, utilizando como instrumento la regulación proveniente de modelos extranjeros de corte anglosajón con la implantación de las agencias de regulación, amoldándolo al sistema interno de organización que oscila entre el modelo desconcentrado, característico en nuestro medio con influencia del gobierno central en sus agentes, puesto que

dichas agencias se encuentran estrechamente relacionadas con los ministerios, en cierto modo necesaria para que exista la coordinación de la función administrativa.

No solamente en nuestro país se presenta la problemática de la regulación administrativa expresada en la actividad de policía que es distribuida concurrentemente en múltiples órganos de la Administración, sino que es una situación que se presenta en los ordenamientos jurídicos modernos debido a la alta complejidad de la sociedad y a las diversas actividades sociales que deben ser controladas por la Administración. El Estado en su inexorable deber por vigilar el comportamiento de sus habitantes para mantener el orden, la seguridad y evitar los abusos de los actores del mercado, tropieza con las formas y procesos establecidos, convirtiéndose en víctima de su propia entelequia, es decir, del sistema jurídico implantado y de su propia organización administrativa.

Por otro lado, la concertación y colaboración entre los funcionarios que actúan como conducto de las personas de derecho público, se convierte en una herramienta para superar los obstáculos que impiden el desarrollo fluido de la gestión pública, considerando la compleja estructura del Estado. Se debe transformar la concepción de que en todos los casos sea el juez quien deba dirimir una controversia para definir la competencia, existiendo otros mecanismos de solución, dado el abanico de posibilidades contemplado en la regulación que agiliza y suaviza el control.

5. Conclusiones de la tesis

La facultad para solucionar los conflictos de competencias administrativas desde la creación de la Ley 147 de 1888, se radicaba en la Corte Suprema de Justicia de manera privativa y en única instancia, resolvía las diferencias sobre competencia entre los departamentos. Seguidamente la Ley 149/1888, estableció que a efectos de solucionar los conflictos que se suscitaban entre

distritos con ocasión de llevar a cabo la construcción de una obra pública y estos tuvieran superior común, serían definidos administrativamente por el prefecto de la provincia a que pertenecieran los distritos, o el gobernador si pertenecían a varias provincias, y si fuesen varios departamentos en conflicto el gobierno, empleando el criterio jerárquico.

Hasta la expedición de la Ley 130 de 1913, los tribunales administrativos seccionales empiezan a resolver los conflictos de competencias entre los municipios de su jurisdicción o con competencia a prevención si uno de ellos se encontraba en diferente departamento, los cuales eran de conocimiento del Consejo de Estado. Seguidamente, con la expedición de Ley 60 de 1914 se divide el Consejo de Estado en dos salas, la Sala de Negocios Generales y la Sala de lo Contencioso Administrativo, si se trataba de un conflicto entre entidades estatales era remitido al Consejo de Estado, y la Ley 167 de 1941, continúa dándoles el carácter jurisdiccional sin realizar modificaciones sustanciales, por lo cual se infiere que continuaban siendo remitidos a la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Retrocediendo en la historia, debemos decir que, La Ley 70 de 1930 suprime la división de las salas realizada en 1914 y el Acto Legislativo 1 de 1945, divide nuevamente el Consejo de Estado en salas o secciones para separar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo de las demás que le asignan la Constitución y la ley. Y, la Ley 19 de 1958, crea la Sala de Servicio Civil del Consejo de Estado con funciones consultivas. Es decir, los conflictos de competencias seguían siendo resueltos por la Sala de lo Contencioso, hasta la expedición del ordinal 5 del artículo 31 del Decreto Ley 528 de 1964, que traslada por primera vez a la Sala de Consulta y Servicio Civil el conocimiento de los conflictos de competencias administrativas entre entidades administrativas de orden nacional - establecimientos o empresas públicas y entre entidades territoriales de diferente jurisdicción, acogiendo la

tesis de que nada se decidía sobre el derecho, solo sobre la entidad que debía conocer de un asunto.

Continuando de esta manera con la resolución de los conflictos por la Sala de Consulta y Servicio Civil, hasta la expedición del numeral 15 del artículo 128 del Decreto 01/1984, que retorna la facultad para definir los conflictos de competencias a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dándole el carácter de acción de definición de competencias administrativas incluida en el artículo 88 del Decreto 01/1984, aunque no fuera propiamente una acción judicial, este carácter se imprimió debido a que se promovía con el objeto de obtener mediante una acción de carácter judicial la declaratoria de nulidad o suspensión del acto o decisión que resolvía una situación jurídica, resultado del procedimiento adelantado por dos entidades en el caso del conflicto positivo de competencias.

Posteriormente, el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989, modificó el artículo 88 del Decreto 01/1984, asignando expresamente la competencia para dirimir los conflictos de competencias a la Sala Plena del Consejo de Estado, permitiendo únicamente la intervención de las entidades en disputa, sin que nada se decidiera sobre la anulación del acto, puesto que la Sala en pleno no ostenta funciones jurisdiccionales por disposición expresa del artículo 2 de la Ley 50 de 1967, se restringía la posibilidad a que únicamente intervinieran las autoridades en disputa y solo se definía sobre la competencia. La función de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es ratificada por el artículo 33 de la Ley 446/1998.

Finalmente el artículo 4 de la Ley 954 de 2005, deroga la acción de definición de competencias administrativas prevista en el artículo 88 del Decreto 01 de 1984, asignando la competencia expresamente a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, bajo una motivación similar a la utilizada con la expedición del Decreto 528/1964, por cuanto esta, no comporta una acción

judicial y no se discuten derechos subjetivos. Aunque uno de los propósitos radicaba en descongestionar la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndole que se trataba de un trámite especial dentro de una actuación administrativa. Dicha competencia es reiterada en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 y es asignada como función de la Sala de Consulta y Servicio Civil, señalada en el numeral 10 del artículo 112 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De lo anterior, se concluye que los primeros conflictos de competencias se originan por la construcción de las obras públicas que debían adelantar las entidades territoriales municipios o departamentos, estos eran resueltos inicialmente por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el superior común en la propia Administración. Hasta 1913, se empiezan a resolver este tipo de conflictos por el Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo en pleno, en 1964 son asignados a la Sala de Consulta y Servicio Civil, para ser asignados nuevamente a la Sala de lo Contencioso administrativo a través de la expedición del numeral 15 del artículo 128 del Decreto 01 de 1984, y mediante la creación del artículo 18 del Decreto 2304 de 1989 se traslada la función a la Sala Plena del Consejo de Estado, hasta la expedición del artículo 4 de la Ley 954 de 2005 que retorna la función a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado hasta nuestros días.

Los conflictos de competencias han surgido por múltiples factores, los primeros como se dijo, por la disputa entre entidades territoriales en la construcción de una obra pública. Otro motivo más reciente, se debió a la expedición de acuerdos que producían varios Concejos que funcionaban paralelamente en un municipio de manera irregular, donde el Consejo de Estado debía juzgar sobre la legalidad del acto anulándolo y definiendo sobre la legitimidad del órgano que lo expedía.

Por otro lado, específicamente en el campo de la regulación económica se evidenció que la función de regulación de la Administración en la fijación de precios desde la expedición de la Ley 155 de 1959, se estableció la vigilancia de precios por el Estado, como función del Ejecutivo, se asigna su control a diferentes órganos de la rama ejecutiva en su mayoría ministerios.

Posteriormente, se traslada la aprobación de tarifas de los servicios públicos domiciliarios y de los bienes y servicios en general a la Superintendencia de Regulación Económica a través del Decreto 1653 de 1960. Esta entidad fue remplazada por la Superintendencia Nacional de Precios mediante el Decreto 2562 de 1968, y con la expedición del Decreto 201 de 1974, se denomina Superintendencia Nacional de Producción y Precios, se asigna la fijación, control de precios y regulación del mercado, seguidamente, mediante la expedición del Decreto 149 de 1976 desaparece la Superintendencia Nacional de Producción y Precios.

En este espacio se expide el Decreto 3069 de 1968 que crea la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos que dió origen a las comisiones de regulación. Con la expedición del Decreto 2974 del 03 de diciembre de 1968 se crea la Superintendencia de Industria y Comercio y más tarde asume las funciones de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios y se agregan las funciones de dirección, control y coordinación en materia de Propiedad Industrial y Servicios Administrativos e Industriales, sumadas a las señaladas en la Ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas.

Se evidencia que una Superintendencia ejercía funciones de regulación en la fijación de precios y a su vez los controlaba, es decir, realizaba funciones de regulación y supervisión concomitantemente.

Dicho lo anterior, podemos concluir hasta aquí, que desde que fueron atribuidas funciones jurisdiccionales al Consejo de Estado, resolvía los conflictos de

competencia que tuvieron origen en la construcción de obras que debían adelantar las administraciones territoriales que negaban su competencia. En segundo lugar, los conflictos de competencia surgieron debido a la conformación irregular de órganos de elección popular en los municipios que expedían acuerdos, a los cuales se les atribuía carácter judicial debido al juzgamiento sobre la legalidad de estos actos que debían ser resueltos por el Consejo de Estado.

Otro de los aspectos a destacar, es el relativo a la acumulación de competencias de regulación y supervisión que desde la década del 60 se asignaba a una autoridad del poder ejecutivo y en la actualidad se percibe que algunos órganos de la Administración las ejercen de igual manera.

Los conflictos de competencias administrativas deben cumplir con ciertos requisitos para que se concrete la disputa, entre ellos, el de mayor relevancia es que dos normas se contrapongan al conferir una competencia a dos órganos de la Administración sobre una materia o sobre el mismo objeto. Por lo cual, se presentan concurrentemente conflictos de competencias aparentes, es decir, a razón de una interpretación sesgada de las normas por parte de los funcionarios de la Administración o por renuencia a asumir el conocimiento de una materia.

Aunque se establecen algunos requisitos para presentar un conflicto de competencias administrativas ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se percibe que gran número de ellos, son conflictos aparentes, los conflictos reales de competencias se reducen considerablemente a un bajo índice.

En los sistemas jurídicos modernos se observa abundancia normativa y en ocasiones causa fricción en el ejercicio de las funciones administrativas, con preponderancia en sistemas con mayor o menor grado de descentralización de gobierno. En nuestro medio, pese a que se han creado normas que procuran la

disminución en la duplicidad de funciones, el problema se ha intensificado en los últimos tiempos. Para lo cual, se emplean nuevos criterios de solución a los conflictos competenciales, sin prescindir de los criterios tradicionales para resolverlos. Se aprecia que los funcionarios de la Administración se abstienen de actuar para no incurrir en intromisión de funciones administrativas y acuden al alto tribunal con el fin de lograr mayor seguridad jurídica en el ejercicio de las competencias asignadas.

Los conflictos de competencias se originan en ejercicio de la regulación que incluye la función de supervisión realizada por las entidades administrativas. Se deduce que la regulación en sentido amplio, está presente en todos los ámbitos de la vida al limitar los derechos y libertades, y en sentido estricto adquiere relevancia en la regulación económica expresada de diversas formas en los sistemas jurídicos. Se adoptan diversos significados al concepto de regulación, todos ellos apuntan a restringir, permitir o adoptar comportamientos promoviendo la competencia ajustando el mercado a un orden económico, según la política trazada donde se interfiere, regulando tarifas, velando por la continua y eficiente prestación de los servicios y preservando el equilibrio de todos los intereses involucrados.

La regulación adoptada en nuestro medio tiene características propias, sin embargo, no oculta la influencia proveniente del modelo norteamericano en lo referente a la instauración de superintendencias, comisiones o agencias creadas por el legislador las cuales pueden ser modificadas en su estructura por el gobierno, cuya misión se concentra en resolver los problemas que aqueja la sociedad desde la perspectiva económica y social con funciones normativas en cada sector específico, controlando los monopolios y los asuntos relativos a la competencia en el mercado.

La regulación considera aspectos de interés económico, social y ambiental, para ello, las normas recientes incluyen mecanismos que posibilitan la participación

ciudadana en su formación bajo el modelo de gobernanza que atiende las necesidades más cercanas al ciudadano y a los grupos intersectoriales.

La asunción de competencias por los órganos de regulación de distinto nivel trae dificultad en su aplicación, para lo cual los sistemas jurídicos, previendo este inconveniente han introducido métodos de solución que son resueltos por un tribunal. No obstante, la idea es procurar métodos eficaces que disminuyan las tensiones y agilicen los procesos en la regulación administrativa.

En la actualidad se emplean métodos de regulación menos estrictos y más flexibles. Es posible atenuar o modificar las técnicas de control, solo si el mercado funciona sin presentar mayores alteraciones por ello se establece la libertad vigilada en los servicios que en ocasiones no exigen un control demasiado fuerte, en otros casos, se intensifica a través de la reglamentación o la coacción. La regulación en el control del mercado emplea mecanismos tradicionales como la concesión o licencia y a veces, opta por la autorización o la simple comunicación al emprender una actividad privada sustituyendo los mecanismos de control o modificándolos por otros posteriores.

Un punto importante a resaltar, es que las agencias independientes o autoridades administrativas en los distintos países, no ostentan una clara independencia, estas se encuentran influenciadas por el gobierno en mayor o menor grado, hasta en los sistemas descentralizados de gobierno propiamente dichos, como los sistemas federales.

Se constata la tendencia a multiplicar las normas y acrecentar el número de entidades dada la especialización en cada sector, la Administración se desprende en gran medida de sus funciones admitiendo la colaboración o encargando a particulares de su ejercicio, lo cual implica el fortalecimiento de la función de policía administrativa, otro medio utilizado se efectúa a través del

contrato como instrumento regulatorio o se sirve de las asociaciones público privadas para el logro de sus cometidos.

No existen procesos determinantes en la expedición de la regulación administrativa dado que se sirve de diversas fuentes, no es inusitado que existan varias agencias que regulen un sector y a su vez lo controlen a través de las medidas de que dispone la Administración, entre ellas, las medidas correctivas.

En retrospectiva, es oportuno expresar que algunos servicios públicos como el ferroviario tuvieron origen en el sector privado, cuyo inicio se dió por los empresarios y los servicios públicos domiciliarios fueron prestados primeramente por los municipios. En 1991, con el auge de los procesos privatistas y la internacionalización de la economía, se imprimió gran importancia al tema de la prestación de los servicios públicos como finalidad primordial del Estado, se crearon para la época, las primeras agencias de regulación de los servicios públicos sectoriales junto con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sin separar claramente las funciones, configurando un panorama difuso en las funciones de policía.

Se observa que la privatización exagera la actividad de regulación y supervisión del Estado por lo tanto, debe ser implementada con la entrada de empresas extranjeras o multinacionales que participan en el mercado en igualdad de condiciones. Adicionalmente, el resultado de procesos científicos e innovaciones y la entrada de nuevas tecnologías exigen el ajuste de la regulación existente o la introducción en el ordenamiento jurídico de una nueva.

Conviene advertir que la normatividad no separó claramente las funciones de regulación y las de supervisión sin existir una delimitación precisa entre estas funciones, guardando similitud con lo ocurrido desde la expedición del Decreto 1653 de 1960 que creaba la Superintendencia de Regulación Económica.

En cuanto a la independencia y autonomía entregada a las agencias de regulación colombianas, podemos afirmar que la mayoría de ellas son descentralizadas funcionalmente, no obstante, su integración no supone plena autonomía, puesto que reciben las orientaciones que impartan los ministros nombrados por el Presidente de la República que conforman su junta directiva, configurando una forma de desconcentración de funciones administrativas, lo cual refleja una combinación de descentralización administrativa en cuanto a que se crea un órgano con autonomía funcional, pero su gestión está direccionada por los funcionarios del gobierno que la integran, lo cual no comporta una verdadera independencia.

Otro aspecto que merece atención a manera de conclusión, es la facultad de reglamentación de las autoridades administrativas, lo cual, fue objeto de polémica durante varios años al expresar que dichas autoridades no ostentaban funciones de reglamentación, discusión que ha sido superada al evidenciar que expiden actos de regulación en el ámbito de sus funciones o relativas a aspectos técnicos y pueden ser conferidas directamente por el legislador o a través del gobierno. No obsta que la potestad reglamentaria constitucional conferida al Presidente de la República es permanente y la reglamentación de las agencias estatales es *pro-tempore* o en aspectos puntuales dentro de la órbita de su competencia. Se constata que la regulación que expiden las agencias de regulación contiene sentido económico y la reglamentación autorizada en las leyes marco al ejecutivo se refieren a fenómenos económicos y se realiza a través de decretos ejecutivos.

Se ha sugerido por algunos expertos en la actividad de la Administración que para su mejor funcionamiento se fragmenten las competencias, evitando con ello la corrupción y la burocracia, la cuestión radica en que al crear una amplia gama de competencias en cada órgano de la Administración se corra el riesgo de que dos autoridades administrativas yuxtapongan su actuación, llegando a la duplicidad en el ejercicio de la función administrativa.

Las funciones de regulación no solo se limitan a dictar reglas y fijar parámetros, también utilizan mecanismos de solución de conflictos, suavizan tensiones y suponen una relativa independencia en el desarrollo de su función. En determinados casos se advierte sobre la proliferación normativa produciendo efectos adversos. La regulación se sirve de diversos instrumentos para mantener el orden económico, proteger a los usuarios y equilibrar los intereses de todos los participantes en la economía, no solo persigue fines económicos, sino que también propende por objetivos sociales y de preservación del medio ambiente.

Se observa que la regulación es imprescindible y se debe adoptar dependiendo las condiciones del mercado que está en constante transformación, esta debe ser fijada de acuerdo a la innovación tecnológica y la competencia. Así mismo, debe ser ajustada cada vez que se requiera, según se comporte el mercado y debe ser aplicada al detectar alteraciones en el mercado, previniendo abusos sobre los usuarios de los servicios los cuales, deben ser prestados en condiciones de eficiencia, calidad, seguridad, cobertura y continuidad.

La regulación debe equilibrar todos los intereses en causa: grupos de presión, usuarios, empresarios, ambiente y propender por la protección de los derechos fundamentales para lo cual se expide la reglamentación. Se procura que el regulador no participe en el mercado, lo cual reduce las condiciones de igualdad en la competencia y disminuye la eficiencia en la regulación.

Podemos expresar que la función de regulación se encuentra diluida en los órganos de la Administración, sin embargo, se aprecia que el control de la actividad particular se fija a cada órgano de acuerdo a su especialidad la cual recae sobre el sujeto vigilado; no obstante, debido al desconocimiento de la normatividad o la renuencia de los funcionarios de la Administración al asumir una función se magnifica la cuestión del conflicto competencial. En otros casos, el problema se atribuye a la insuficiencia de calidad en la norma y a una

deficiencia en la técnica legislativa o ausencia de coordinación entre los expertos redactores de los textos normativos que fijan las competencias desplegadas por las autoridades administrativas.

La doctrina coincide al expresar que en todos los sistemas se ha producido una explosión normativa o sobre reglamentación, lo cual hace más difícil la coordinación entre los órganos de la Administración al generarse una gran densidad normativa. Por lo tanto, es posible acudir a distintas técnicas como medio para liberar las tensiones producidas en la Administración, o solucionar cuestiones de diversa naturaleza cuando se presenten laberintos normativos a través de acuerdos, métodos consensuados y una serie de mecanismos menos rígidos en comparación a los medios tradicionales.

La regulación administrativa conlleva los elementos de supervisión propios de la Administración y se ejerce mediante la concesión, la comunicación, la autorización, la licencia y las medidas correctivas. En el ejercicio de estas funciones se encuentra la aproximación de funciones que despliegan los órganos que desarrollan sus competencias en un ámbito cercano, hasta llegar a interceptar las facultades desarrolladas en el ejercicio del control. A veces la distribución de competencias se efectúa atendiendo a criterios políticos o recomendaciones de organismos internacionales, como se muestra con el traslado de competencias del artículo 13 de la Ley 1507 de 2012 de la CNTV a la SIC en el control a las integraciones empresariales en el ámbito de la televisión.

Constantemente, se advierte sobre la elevada introducción de normas que engrosan el ordenamiento jurídico con el fin de controlar la actividad particular, por lo cual, se considera que promover organizaciones y procesos autorregulatorios podría contribuir a reducir el ejercicio del control que realiza la Administración para mantener el funcionamiento equilibrado del mercado en los

múltiples sectores de la economía y así atenuar las continuas confrontaciones que experimenta la Administración.

Se constata que las agencias regulatorias no gozan de plena autonomía de sus decisiones en los diferentes sistemas donde existen, siempre están influenciadas en mayor o menor grado por el poder central, por lo cual su independencia es limitada.

La regulación se produce como consecuencia de varios factores la privatización, la desmonopolización, los avances de la ciencia y la tecnología, la información, la protección de los derechos de los usuarios y el ambiente. Se aprecia que la regulación está dispersa en todas las autoridades que conforman la Administración y tienen mayor injerencia en la sociedad las normas de regulación que ejercitan las autoridades encargadas de controlar el mercado en todas sus dimensiones.

La regulación busca conciliar una serie de intereses en juego que propenden por el bienestar de la colectividad. Se verifica que los órganos que planean y dirigen la economía por lo general los ministerios, también ejercen facultades de regulación y control en su ámbito de competencia.

Con el objeto de lograr mayor coordinación y efectividad en la función pública se han realizado esfuerzos por parte del Congreso de la República y el Gobierno Nacional para dar orientación técnica a la Administración mediante la creación de normas y reestructuraciones que buscan reducir la confluencia competencial, lo cual se evidencia desde la expedición de la Ley 19 de 1958 y la Ley 790 de 2002, artículo 1 literal b, y el artículo 2 literal d, que se referían a evitar el desgaste innecesario y la duplicidad de funciones en el ejercicio de la actividad administrativa. Así mismo, se han fusionado órganos de la Administración con funciones similares como ocurrió con la expedición del artículo 1 del Decreto 4327 de 2005, que fusiona la Supervalores y la Superbancaria creando la

Súperfinanciera. No obstante, pese a los esfuerzos realizados, se observa que aún no se ha puesto fin a esta problemática.

La nueva forma de regulación establece parámetros y límites a través de pautas, instrucciones y recomendaciones, con las cuales, se procura la existencia de los actores en el mercado preservando la competencia y propiciando la estabilidad de la empresa en los sectores de la economía, introduciendo criterios técnicos.

Adicionalmente, en la distribución de funciones y la creación de nuevas agencias se detecta que para el logro de los objetivos en determinado sector administrativo, se asignan funciones de control con gran acercamiento en lo referente a sus atribuciones, lo cual demanda un alto grado de coordinación entre ellas, con el propósito de no caer en choque de criterios al ejercer el control. Se identifica que las funciones de regulación están distribuidas entre los ministerios y las agencias del Estado.

En el desarrollo de las funciones de las nuevas agencias del Estado se evidencia un cúmulo de atribuciones que deben ser realizadas conjuntamente dado el número de entidades que controlan y establecen la regulación de un sector determinado, lo cual se insiste, exige un alto grado de anuencia en su ejercicio, debido al fraccionamiento de la función regulatoria.

En la actualidad, se experimenta que el control de los entes administrativos se realiza algunas veces de manera concurrente, alternativa, sustitutiva o complementaria, entre las distintas autoridades de regulación, sin que necesariamente al resolver un conflicto de competencias siempre se aplique determinadamente el criterio jerárquico. Por otro lado, en ocasiones, se prefiere un decreto de carácter general posterior sobre una norma legal anterior especial, como ocurre en el caso de la aplicación de los numerales 32 y 36 del Decreto 4886 de 2011 competencias de la SIC para resolver las quejas en el servicio de telecomunicaciones, y el numeral 2 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, que

otorga competencia a la Superintendencia de Servicios Públicos para vigilar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios. Así mismo, la CRC protege a los usuarios en el servicio de comunicaciones, numeral 2 del artículo 53 de la Ley 1341 de 2009.

De acuerdo a la política adoptada por el legislador en la expedición de las normas sobre protección al consumidor nos muestra que según la concepción aplicada en cada época sobre el control de los servicios públicos y la protección a los usuarios, la competencia se atribuye con arreglo al criterio aplicado en el mercado, considerando el ente que ejerce las competencias sobre protección al usuario de los servicios. En ocasiones algunas funciones se concentran en una entidad y en otras, se diluyen entre los distintos órganos de la Administración.

Se corrobora una serie de funciones administrativas extensivamente fragmentadas en los distintos sectores de la regulación económica. Ejemplo de lo anterior, se observa en el sector de las comunicaciones donde las autoridades involucradas atomizan su función, específicamente en lo relativo al manejo del espectro radioeléctrico, donde se advierte complementariedad de funciones entre el Ministerio de las TIC, que asigna las frecuencias del espectro radioeléctrico, la ANE controla el espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión, coordina la gestión y la administración, la CRC clasifica el servicio de televisión según criterios de gestión y calidad en razón a la utilización de las redes y servicios satelitales, y la ANTV asigna las frecuencias y espacios de televisión previamente atribuidos por la ANE. Con lo cual se obtiene marcada atomización de funciones en este sector, similar a lo ocurrido en la asignación de competencias a las autoridades destinadas a proteger los derechos del consumidor y lo relativo a la expedición de licencias ambientales, donde intervienen las CAR, la ANLA, el Ministerio de Ambiente y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, lo cual precisa elevada coordinación.

Una de las características que distingue el nuevo ejercicio de la actividad administrativa es la especialización en la vigilancia que despliega la Administración sobre los particulares, por ello, se crean una multiplicidad de agencias que fraccionan marcadamente la función de control, de la misma manera, aumenta la regulación, no solo en cuanto a los órganos creados, sino también en funciones, lo cual trae como consecuencia mayor burocracia y demanda mayor presupuesto, sin contar el aumento exponencial de conflictos competenciales llevados a la Sala de Consulta y Servicio Civil desde la última reforma administrativa del Estado.

En otra perspectiva, se identifica que el legislador y el gobierno al expedir la normatividad que asigna funciones administrativas en los entes estatales, pese a pretender evitar la doble asignación de funciones, tiende a reiterar una misma función en los distintos organismos de la rama ejecutiva del poder público como sucede con el numeral 31 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993 que asigna competencia al Ministerio de Ambiente para dirimir las discrepancias entre entidades integrantes del Sistema Nacional Ambiental y el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 3573 de 2011, que confiere competencia a la ANLA para dirimir los conflictos de competencia cuando el proyecto, obra o actividad sujeto a licencia o permiso ambiental se desarrolle en jurisdicción de dos o más autoridades ambientales. No obstante, si el conflicto se origina entre dos autoridades ambientales por motivos relacionados con la expedición de una licencia ambiental prevalecerá la competencia para resolver el conflicto en la Autoridad de Licencias Ambientales dada su especialidad en la materia.

Se observa que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado reconoce la concurrencia presentada en la función administrativa que desempeñan las distintas autoridades de la Administración, para lo cual enfatiza la necesidad de establecer la diferencia al momento de resolver un conflicto competencial entre el sujeto y el objeto que desarrolla la actividad para definir sobre quien recae la competencia para adelantar una actuación administrativa, siguiendo el criterio objetivo que mantiene el sistema normativo vigente.

En ocasiones no es sencillo distinguir a que entidad atribuirle competencia cuando ambas parecen ser igualmente competentes, o sobre quien recae primeramente el conocimiento del asunto, lo cual podría dar lugar a confusión en la aplicación por el operador jurídico, por lo que en ocasiones resulta complejo distinguir si se está ante un conflicto real o aparente de competencias administrativas.

Se identifica la reincidencia del legislador y el gobierno a establecer normas que pueden ocasionar confusión en la asignación de funciones administrativas, la redacción de una norma permite entrar en elucubraciones que retardan su aplicación.

Para la solución de los conflictos competenciales se deben utilizar técnicas de autocomposición donde debe prevalecer el acuerdo y la colaboración prescindiendo del criterio jerárquico, atendiendo más bien al criterio de especialidad, al aplicar este mecanismo da lugar a la aplicación de las técnicas del softlaw. Indudablemente, los procesos concertados proporcionan un mecanismo ágil de solución de conflictos de manera preventiva, o incluso cuando se haya presentado el conflicto; con ello, se disminuye considerablemente el volumen de conflictos llevado a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Se apela a distintos medios para dar salida a la problemática que produce la explosión normativa la cual conduce a la concurrencia funcional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que ocasionan conflictos administrativos, para lo cual se acude a principios de subsidiariedad, cooperación, colaboración y coordinación. Es paradójico que para solucionar un conflicto normativo se acuda a la introducción de nuevas formas que se expresan usualmente en normas.

La autorregulación se considera un mecanismo para contraer las tensiones orgánico-funcionales en lo relativo al ejercicio de la función de policía administrativa al establecer por ejemplo, organizaciones privadas que vigilen y

sancionen la conducta en las áreas profesionales en procesos coordinados con el sector público. Para hacer referencia a estos contornos podríamos mencionar el desenvolvimiento de los auxiliares de la justicia como los liquidadores de sociedades, las organizaciones médicas, la junta de contadores, la CONARP que vigila el medio publicitario, lo cual disminuye la carga administrativa y a su vez, reduce el problema de la colisión competencial, el Estado vigilaría de este modo el comportamiento de estas organizaciones, en un papel similar al que desarrolla la SIC sobre las Cámaras de Comercio.

El sector privado ha ganado espacios que antes únicamente ocupaba la Administración, en ocasiones se observa que adquiere amplio protagonismo donde las reglas del sector público no alcanzan a cubrir en su totalidad el control en todos los sectores, como ocurre con la ICANN, que asigna y administra los nombres y números de internet en todo el mundo y se administran en cada país por órganos públicos o privados.

Se prefiere, en algunos sistemas, formas de persuasión de las conductas o de justicia restaurativa que busca soluciones a través de métodos participativos y se adoptan decisiones mediante conferencias o grupos en la comunidad antes que acudir al cumplimiento a través de la coacción o el empleo de mecanismos represivos.

Se opta por adoptar técnicas semejantes a las utilizadas en el derecho blando que permiten dar una salida a los conflictos de competencias que incluye distintas formas de aplicación pero la mayoría se basan en el consenso, la cooperación, la colaboración y la coordinación, y se expresan en recomendaciones, instrucciones, circulares, que son aplicadas dependiendo del asunto a tratar. Estas formas adquieren fuerza hasta tomar carácter vinculante o convertirse en hardlaw. Por lo cual, se constituye en una técnica para la solución a la concurrencia competencial, es una herramienta que viabiliza las diferencias interpretativas entre los órganos administrativos y reduce las constantes solicitudes dirigidas al órgano decisorio de la competencia.

6. BIBLIOGRAFIA

ARAUJO OÑATE, Roció M., “Antecedentes y marco constitucional de la función legislativa, reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia”, En: RESTREPO, Manuel. El derecho administrativo en los albores del siglo XXI, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica) Comares S.L., Granada, 2004.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico. Modelo de estado, gestión pública, regulación económica, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

ARINO ORTIZ, Gaspar, “La regulación en América Latina”, En: Karim Flores Quintana, et al. Revista de Regulación Económica, Empresas y finanzas, Asier, Universidad ESAN, Monterrico, Surco, 2009.

ARIÑO ORTIZ Gaspar. “Políticas Regulatorias en Iberoamérica”, En: La regulación económica: Tendencias y Desafíos, Liliana Lizarazo y Marcela Anzola, editoras, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004.

AUSIN, Txetxu, Entre la lógica y el derecho: paradojas y conflictos normativos, Plaza y Valdez, México D.F., 2005.

BALBÍN, Carlos F., Curso de derecho administrativo, Tomo I., La ley, Argentina, 2007.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, 2da ed., señal editora, Medellín, 1985.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, 6ta ed., señal editora, Medellín, 2002.

BETANCUR, Luis I., “Política Pública y Regulación en Algunos Servicios Públicos”, En: LIZARAZO, Liliana et al. La regulación económica: tendencias y desafíos, Universidad del Rosario, Bogotá, 2004.

BRITO RUIZ, Fernando, Estructura del Estado Colombiano y de la Administración pública nacional, Ibáñez, Bogotá, 2010.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Tomo II, Heliasta S.R.L., Bs. As., Argentina, 2005.

CALATAYUD MAROTO, Manuel, “Liberalismo vs. Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes”, En: Jiménez, Luis y Nieto Martín, Adán, Autorregulación y Sanciones, Lex Nova, Valladolid, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo II, 9ª ed., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo I, 9ª ed., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Abeledo Perrot, Bogotá, 2009.

CUSTOS, Dominique, “La noción estadounidense de regulación”, En: MARCOU, Gerard y MODERNE, Franck, Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

DARNACULLETA, M. Merce, “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”, En: Jiménez, Luis et al., Autorregulación y Sanciones, Lex Nova, Valladolid, 2008.

DELPEREE, Francis, “La regulación y la protección de los usuarios consumidores”, En: Gerard, Marcou y MODERNE, Franck, Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

DEPOLO, RASMILIC, Radoslav, “Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia”, En: VELILLA, Marco, Derecho de la competencia, El navegante editores, Bogotá, 1998.

DEVIS GRANADOS, Isaac A., Aspectos constitucionales de los servicios públicos y las telecomunicaciones en Colombia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

DIMAS BARRERO, Cesar, Historia de las leyes, tomo XXII, Legislatura de 1963, Antecedentes Cámara de Representantes, Proyecto de Ley número 12, Imprenta Nacional, Bogotá D.E., 1980.

Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 6ª ed., ediciones ciudad argentina, Buenos Aires, 1997.

DROMÍ, José R., Derecho Administrativo Económico, tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1977.

FIORINI A., Bartolomé, Derecho administrativo, Tomo I, 2da ed, abeledo perrot, Buenos Aires, 1995.

GALINDO VACHA, Juan C., Lecciones de derecho procesal administrativo, vol. I, 1ª ed., Editorial Javeriana, Bogotá, 2003.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., Curso de derecho administrativo, tomo I, Temis, Bogotá, 2008.

GARCIA ROCA, Javier, Los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

GARCIA TREVIJANO, José Antonio, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Vol. I, 2ª ed., Revista de derecho privado, Madrid, 1971.

GARCÍA URETA, Agustín, La potestad inspectora en el Derecho comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites, Iustel, Madrid, 2008.

GAUDIN, Jean P., “La regulación política”, En: Gerard, Marcou y MODERNE, Franck, Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel, Derecho Contencioso-Administrativo Colombiano, 2ª ed., Retina, Bogotá, 1976.

GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel, Derecho Procesal Administrativo, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 1999.

JAUREGUI BERECIARTU, Gurutz, “Los conflictos entre los órganos constitucionales”, Revista Vasca de Administración Pública, No. 31, septiembre-diciembre, 1991.

JIMÉNEZ ARROYO, Luis, “Introducción a la autorregulación”, En: Jiménez, Luis et al., Autorregulación y Sanciones, Lex Nova, Valladolid, 2008.

LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos, La Autorización Administrativa, Arazandi S.A., Navarra, 2006.

LASHERAS, Miguel Á., La regulación económica de los servicios públicos, Ariel S.A., Barcelona, 1999.

LAURENT FRIER, Paul, “La regulación como función”, En: MARCOU, Gerard y MODERNE, Franck, Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

LENIS MEJIA, Ana L., “Las agencias independientes o comisiones de regulación”, Revista de la Maestría en Derecho Económico, no. 2, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF, Bogotá, 2004.

MAC ELDOWNEY, John, “Reguladores: tendencias y perspectivas”, En: Gerard, Marcou y MODERNE, Franck, Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

MARCOU, Gerard, “La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas de derecho comparado”, En: MARCOU, Gerard, y MODERNE, Franck, Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional, Tomo I, Comparaciones y comentarios, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

MATÍAS CAMARGO, Sergio R., Los servicios públicos domiciliarios en Colombia análisis socio jurídico, Universidad Libre, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Centro de investigaciones socio jurídicas, Bogotá, 2001.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, - MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos P., "Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación" Revista Universitas, no.108, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Diciembre de 2004.

MITNICK, Barry, M., La economía política de la regulación, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1989.

MODERNE, Franck, “Los usos de la noción de “regulación” en el derecho positivo y en la doctrina jurídica de los Estados de la Unión Europea”, En: MARCOU, Gerard, y MODERNE, Franck, Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

MORENO, Luis F., Servicios públicos domiciliarios. Perspectivas del derecho económico, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de Derecho administrativo y de Derecho público general I: La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho, 2ª. ed., Iustel, Madrid, 2006.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y de derecho público general II: el ordenamiento Jurídico, 1ª. ed., Iustel, Madrid, 2006.

MURCIA PÁEZ, Mónica, “Aspectos de supervisión en el ámbito de la competencia”, En: Constanza Blanco Barón, Memorias seminario supervisión y control en Colombia. ¿Colapso del Modelo?, Digiprint editores Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

NIETO, Alejandro, Derecho administrativo sancionador, tecnos (Grupo Anaya S.A.), 3ª ed., Madrid, 2002.

NUÑEZ LOZANO, M. del Carmen, Las Actividades Comunicadas a la Administración La potestad administrativa de veto sujeta a plazo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2001.

NUÑEZ LOZANO, M. del Carmen, Las Aseguradoras de Asistencia Sanitaria Intervención y Liberalización, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999.

OSPINA BERNAL, Camilo, “La reconceptualización del Estado”, En: Constanza Blanco Barón. Memorias seminario supervisión y control en Colombia. ¿Colapso del Modelo? Digiprint editores Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

PARADA, Ramón, Derecho Administrativo II. Organización y empleo público, 14ª ed., Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid, 2000.

PARDO, José Esteve, “El reto de la autorregulación o como aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya”, En: Jiménez, Luis et al, Autorregulación y Sanciones, Valladolid: Editorial Lex Nova, 2008.

PAREJO ALFONSO, Luciano, Organización y Poder de Organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración, Iustel, Madrid, 2009.

PAREJO ALFONSO, Luciano, Lecciones de Derecho Administrativo, 2ª. ed., tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PAREJO ALFONSO, Luciano, Lecciones de derecho administrativo, tirant lo blanch, Valencia, 2007.

PAREJO ALFONSO, Luciano – JIMÉNEZ BLANCO, Antonio – ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio, Manual de Derecho administrativo, parte general, 4ª. ed., Ariel, S.A., Barcelona, 1998.

PAREJO ALFONSO, Luciano – JIMÉNEZ BLANCO, Antonio – ORTEGA ÁLVAREZ, Luis I., Manual de derecho administrativo, 3ª. ed., Ariel S.A, Barcelona, 1994.

POLO, Miguel E., “De la comisión de regulación de Telecomunicaciones”. (Un acercamiento a su naturaleza jurídica, a sus principales funciones y a la problemática en cuanto a su ubicación en la estructura del Estado), Revista de la Maestría en Derecho Económico, no. 2, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF, Bogotá, 2004.

REICH, Norbert, Mercado y derecho. (Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana), 1ª ed., Ariel, S.A., Barcelona, 1985.

RESTREPO MEDINA, Manuel A., “Reflexiones sobre el ejercicio de las funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control”, En: Jaime Vidal Perdomo, et al. Temas de derecho administrativo contemporáneo, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.

RIVERO ORTEGA, Ricardo, Introducción al Derecho administrativo económico, 3ª ed., Europa Artes Gráficas, Salamanca, España, 2005.

RODRIGUEZ LIZARAZO, Liliana y ANZOLA GIL, Marcela, “Regulación, autorregulación y desregulación”, En: RODRIGUEZ LIZARAZO, Liliana, *La regulación económica: Tendencias y Desafíos*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004.

RODRIGUES, Stephane, “Contribución(es) del derecho comunitario al derecho de la regulación de los servicios públicos”, En: MARCOU, Gerard, y MODERNE, Franck., *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2004.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, La responsabilidad extracontractual de la Administración pública, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Medellín, 2004.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo General I, tomo I, 2da ed., Iustel, Madrid, 2009.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O., Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de la Administración pública y el derecho administrativo, tomo I, 3.ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

SARMIENTO, Daniel, El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración, Arazandi, S.A., Navarra, 2008.

SIERRA GARCÍA, Jaime, Diccionario jurídico: ajustado a la legislación colombiana, 3ª. ed., Librería Jurídica Sánchez R., Medellín, 2001.

TORNOS MÁS, Joaquín, “La actividad de Regulación”. En: SOSA WAGNER, Francisco, El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

YOUNES MORENO, Diego, Curso de derecho administrativo, Temis, Bogotá, 1997.

ZAMBRANO CETINA, William, “Los antecedentes de la función consultiva y su evolución institucional hasta la Constitución de 1991”, Memorias Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso administrativa, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá 7-11 de julio de 2008.

Bibliografía Jurisprudencial

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación 304-CE-SCA-1918-03-05 del 5 de marzo de 1918, Consejero Ponente Luis F. Rosales

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación C-343 del 25 de febrero de 1997, Consejera Ponente Dolly Pedraza de Arenas

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número C-703 de 10 de octubre de 2000, Consejero Ponente Delio Gómez Leyva

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número C-746 de 25 de septiembre de 2001, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación 11001-03-15-000-2001-0213-01(C-003) del 5 de marzo de 2002, Consejero Ponente Tarsicio Cáceres Toro

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 1412 de 11 de abril de 2002, Consejera Ponente Susana Montes de Echeverri

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número 11001-03-15-000-2002-0076-01(C-018) de 30 de abril de 2002, Consejero Ponente Reinaldo Chavarro Buriticá

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número 11001-03-15-000-200-0678-00(C) de 27 de julio de 2004, Consejero Ponente Filemón Jiménez Ochoa

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente 11001-03-06-000-2006-00102-00 del 4 de octubre de 2006, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos

Consejo de Estado, Radicado 11001-03-06-000-2006-00051-00 de 18 de mayo de 2006, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2007-00021-00(C) de 12 de abril de 2007, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Fallo 31447 del 3 de diciembre de 2007, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2008-00007-00(C) de 5 de marzo de 2008, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2009-00063-00(C) del 26 de noviembre de 2009, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2009-00074-00(C) de 11 de febrero de 2010, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente 11001-03-06-000-2010-00070-00 del 8 de julio de 2010, Consejero Ponente Augusto Hernández Becerra

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2010-00075-00(C) del 22 de julio de 2010, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2011-00026-00(C) de 7 de julio de 2011, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2011-00047-00(C) de 18 de noviembre de 2011, Consejero Ponente Augusto Hernández Becerra

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2012-00009-00(C) del 9 de febrero de 2012, Consejero Ponente Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2012-00004-00(C) de 23 de febrero de 2012, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación número 11001-03-06-000-2012-00095-00(C) de 14 de noviembre de 2012, Consejero Ponente Augusto Hernández Becerra

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 11001-03-06-000-2013-00229-00(C) de 6 de junio de 2013, Consejero Ponente Augusto Hernández Becerra

Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 11 de febrero de 1997, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional, Sentencia C- 350 de 29 de julio de 1997, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional, Sentencia C- 428 del 4 de septiembre 1997, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional, Sentencia C- 512 de 9 de octubre de 1997 Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía

Corte Constitucional, Sentencia C-272 del 3 de junio de 1998, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencia C-444 de 26 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara

Corte Constitucional, Sentencia C-298 de 5 de mayo de 1999, Magistrada Ponente Martha Victoria Sachica Méndez

Corte Constitucional, Sentencia 1162 de 6 de septiembre de 2000, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández

Corte Constitucional, Sentencia C- 805 del 1 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional, Sentencia C-815 de 2 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional, Sentencia C-482 del 25 de junio de 2002, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia C-805 del 27 de Septiembre de 2006, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, Sentencia C- 860 del 18 de Octubre de 2006, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional, Sentencia C-692 del 5 de Septiembre de 2007, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional, Sentencia C-909 del 31 de octubre de 2007, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sentencia C-726 del 14 de Octubre de 2009, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sentencia C-438 de 25 de mayo de 2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia C-903 de 30 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 27 de junio de 2012, Magistrada Ponente Adriana María Guillen Arango

Memorias del Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Memoria 2009, Imaginate Editores, Bogotá, febrero de 2010.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Memoria 2012, tomo I, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2012.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Memoria 2012, tomo II, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2012.

Documentos oficiales

Colombia, Archivo Nacional, Diario Oficial, Primer Semestre 1905, tomo 74, número 12.363 Bogotá.

MINISTERIO DEL INTERIOR, Comisión Asesora del Código Contencioso Administrativo, Bogotá D.C., 1983.

Gaceta Constitucional:

Gaceta Constitucional, Asamblea Nacional Constituyente del 11 de marzo de 1991, No. 19, Bogotá D.E.

Gaceta Constitucional, Asamblea Nacional Constituyente del 15 de abril de 1991, No. 46, Bogotá D.E.

Gaceta Constitucional, Asamblea Nacional Constituyente del 18 de abril de 1991, No. 53, Bogotá D.E.

Páginas web:

<http://www.congresovisible.org/democracia/congreso/funciones/leyesymayorias/>

http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf

http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo7.pdf. p. 329

<http://www.aifc.com.co/admin/docs/1283751847colombia2009.pdf>

<http://consejodeestado.gov.co/memoria/regulacion.pdf>

http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/Conozcanos/Filosofia/Filosofia/Historia.pdf

<http://site.ebrary.com/lib/urosariosp/Doc?id=10057489&ppg=15>

<http://www.derecho.com/c/Autocomposicion>

Normatividad:

Colombia. Constitución Política de 1991

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto Ley 528 de 1964

Colombia. Congreso de la República. Ley 50 de 1967

Colombia. Congreso de la República. Ley 99 de 1993

Colombia. Congreso de la República. Ley 142 de 1994

Colombia. Congreso de la República. Ley 130 de 1994

Colombia. Congreso de la República. Ley 182 de 1995

Colombia. Congreso de la República. Ley 222 de 1995

Colombia. Congreso de la República. Ley 454 de 1998

Colombia. Congreso de la República. Ley 489 de 1998

Colombia. Congreso de la República. Ley 555 de 2000

Colombia. Congreso de la República. Ley 734 de 2002

Colombia. Congreso de la República. SENADO, Proyecto de Ley 194/2004

Colombia. Congreso de la República. Ley 954 de 2005

Colombia. Congreso de la República. Ley 1122 de 2007

Colombia. Congreso de la República. Ley 1341 de 2009

Colombia. Congreso de la República. Ley 1340 de 2009

Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011

Colombia. Congreso de la República. Ley 1507 de 2012

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto Ley 2733 de 1959

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 01 de 1984

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 624 de 1989

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 1642 de 1991

Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2153 de 1992
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 663 de 1993
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto Ley 1290 de 1994
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 111 de 1996
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 380 de 1996
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 1359 de 1998
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 101 de 2000
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2741 de 2001
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 3266 de 2004
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 1220 de 2005
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2999 de 2005
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 4064 de 2008
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 3573 de 2011
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 4130 de 2011
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 381 de 2012
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 1260 de 2013
Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2462 de 2013

Resoluciones y Circulares:

- INVIMA. Circular Externa DG-100-0167-09

- Comisión de Regulación de Comunicaciones. Resolución número 2354 de 2010

- Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Circular CR 5202- 082-002 del 04 de Marzo de 2011

- Ministerio del Trabajo y la Superintendencia de la Economía Solidaria. CIRCULAR CONJUNTA 0025 de 2013

- Autoridad Nacional de Televisión. Resolución ANTV 759 de 5 de agosto de 2013
- Superintendencia de Salud. Circular 0001 de 26 de febrero de 2014
- Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 220-000008 01 de agosto de 2014
- Ministerio de Transporte .Circular 20144200356451 de 1 de octubre de 2014
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 82040 de 26 de diciembre de 2014
- Ministerio de la Salud y la Protección Social .Resolución 0122 de 21 de enero de 2015
- Ministerio de Comercio industria y Turismo.Resolución 0277 de 2 de febrero de 2015
- Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones Resolución número 0000254 de 27 de febrero de 2015
- Superintendencia de Puertos y Transporte. Circular No. 0022 de 24 de marzo de 2015
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución No. 0631 de 17 marzo de 2015
- Agencia Nacional de la Infraestructura. Resolución No.716 del 28 de abril de 2015