

**“LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO REGULADOR
(ENFASIS SECTOR TELECOMUNICACIONES)”**



ANDREA MUÑOZ GÓMEZ

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Bogotá D.C., Colombia
2013**

**“LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO REGULADOR
(ENFASIS SECTOR TELECOMUNICACIONES)”**

ANDREA MUÑOZ GÓMEZ

Trabajo de tesis para optar al título de Magister en Derecho Administrativo

Director de Investigación: Dr. Fernando Alberto García Forero

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Bogotá D.C., Colombia
2013**

Nota de aceptación

Tesis Laureada

**Christian Lizcano Ortiz
Jurado**

**Luis Ignacio Betancur E.
Jurado**

Bogotá D.C., 29 de Mayo de 2013

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
1. MARCO DE ESTUDIO: LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO REGULADOR	11
1.1 LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR LA ACCIÓN REGULATORIA	15
1.1.1 El concepto de regulación.....	15
1.1.2 Orígenes de la regulación frente a la responsabilidad del estado regulador.	17
1.1.3 Las normas facultativas de la regulación en el contexto de la responsabilidad.	20
1.1.4 La discrecionalidad técnica del estado regulador y su responsabilidad.	23
1.1.5 La regulación puede conllevar la vulneración de fines y principios obligatorios para la regulación o la violación de derechos de los regulados .	44
1.1.6 El catálogo de acciones del regulador para efectos de determinar la responsabilidad.	71
1.1.7 Responsabilidad por la expedición de regulación incorporada en reglamentos o normas de mayor jerarquía.	76
1.1.8 La regulación como el ejercicio legítimo de intervención económica: lesión jurídica?	80
2. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO REGULADOR	88
2.1 LA CONFIANZA LEGÍTIMA	89
2.1.1 Los derechos adquiridos y las expectativas legítimas.	89
2.1.2 La protección de la confianza legítima.	92
2.1.3 Los regímenes de transición en el sector de telecomunicaciones.	105
2.1.4 Régimen de transición en el sector de telecomunicaciones en Colombia. .	111
2.2 EL DAÑO ESPECIAL.....	116
2.2.1 Daño anormal.	122
2.2.2 Daño especial.	124
2.2.3 Margen de tolerancia del daño.....	131
2.2.4 Principio de igualdad ante las cargas público.	131
2.2.5 Ausencia de Alea.	134

2.2.6 Elementos adicionales de la responsabilidad por daño especial.	134
2.2.7 Hecho dañino.....	135
2.2.8 Aproximaciones doctrinales sobre la aplicación del régimen de daño especial para hacer responsable al estado regulador.	135
2.3 LA FALLA EN EL SERVICIO	139
2.3.1 Algunas referencias doctrinales a la aplicación de la falla del servicio por la función regulatoria.	145
2.3.2 Problemáticas para aplicar la responsabilidad por falla por omisión del regulador.	149
3. SINOPSIS DE CASOS RELEVANTES PARA ENCUADRAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO REGULADOR.....	152
3.1 COMUNIDAD EUROPEA	152
3.1.1 Control de discrecionalidad en la comunidad europea.	152
3.1.2 Fundamentos de responsabilidad patrimonial en la comunidad europea. ..	153
3.1.3 Caso Artegodán sobre justificación de la actuación compleja.	156
3.1.4 Caso discrecionalidad sobre precios máximos de roaming	157
3.2 ALEMANIA.....	160
3.3 FRANCIA	164
3.3.1 Caso Bengardem.	164
3.4 ESPAÑA	166
3.4.1 Actuación Banco de España en relación con Banco Credipas.	167
3.4.2 Actuación comisión nacional de valores frente a AVA, asesores en valores.....	167
3.4.3 Caso Canal Satélite.	168
3.4.4 Decisión GSM.	170
3.4.5 Caso Reino de España incumplimiento normativa de competencia	171
3.4.6 Caso de reducción de margen farmacéutico.....	171
3.4.7 Caso del Ayuntamiento de Aracena.....	172
3.5 ARGENTINA.....	172
3.5.1 Fallo Subestación Sobral.	172
4. CASOS NACIONALES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE INTERÉS PARA ESTE ESTUDIO.....	175
4.1 CASO BBVA	176
4.2 CASO FIJO MÓVIL.....	180

4.3 CASO ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR APLICACIÓN DE RÉGIMEN DE CARGOS DE ACCESO	185
4.4 CASO FLYCOM.....	187
4.5 CASO INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL EN MERCADO DE LARGA DISTANCIA.....	192
4.6 CASOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ANTE LA CAN	193
4.6.1 Caso ETB – Comcel cargos de acceso ante la comunidad andina.....	197
4.7 DEMANDA POR ENTRADA DE COMPETIDORES	203
4.8 DEMANDA RESTABLECIMIENTO ECONÓMICO DEL CONTRATO POR VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN NORMATIVO DE ENTREGA DE NUEVOS PERMISOS PARA USO DEL ESPECTRO.....	207
CONCLUSIONES	212
BIBLIOGRAFÍA.....	225

INTRODUCCIÓN

La regulación deviene en un conjunto de normas que otorgan mecanismos a la sociedad para reglar los comportamientos frente al Estado, los agentes en un mercado y los usuarios, que vienen a ponderar la colisión permanente de libertades públicas, derechos subjetivos, intereses generales, entre otros, permitiendo así el funcionamiento de un mercado. Bajo criterios de competencia efectiva se previenen y evitan prácticas contrarias a la competencia; se genera seguridad y respeto a la propiedad privada, eficiencia y protección de los derechos de las personas y un mercado concurrente.

La necesidad de la regulación surge de la realidad innegable de que la actividad de un individuo puede invadir los derechos e intereses legítimos de los demás que requieren ser protegidos, y entonces será la regulación la que vendrá a imponer restricciones o limitaciones a la libertad de actuación o de disposición del individuo.¹

La regulación vista bajo criterios más técnicos es entonces “un conjunto de normas externas a la actividad misma objeto de regulación mediante las cuales se trata de limitar el ejercicio de derechos para adecuar su actuación a los intereses públicos de carácter general: la protección de la seguridad, de la salud pública, del medio ambiente, del orden público y de las condiciones de la vida urbana.”² La regulación vendrá a intervenir, entre otros eventos allí donde se detecte una posición de dominio en el mercado que ponga en riesgo la competencia efectiva y necesaria en el mercado.

En el ámbito de las telecomunicaciones esos intereses públicos defendidos serán la competencia, la protección de los derechos de los usuarios, la libre elección en la escogencia del prestador del servicio, la seguridad en las redes y provisión de servicios con estándares de calidad.

La regulación en su sentido ontológico deviene, entonces, en una actividad técnica cuya competencia ha sido otorgada a autoridades especializadas, que imparten medidas bajo la sombra de la “discrecionalidad”. La tendencia a una mayor independencia ha venido precedida por un afán de excluir las decisiones del funcionamiento del mercado del poder político, buscándose así una mayor

¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar y CASSAGNE, Juan Carlos, SERVICIOS PÚBLICOS, REGULACIÓN Y RENEGOCIACIÓN, Lexis Nexis, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

² *Ibíd.*

transparencia, imparcialidad y especificidad en las decisiones que van dirigidas a recrear el mercado y ajustar la participación en el mismo acorde con los objetivos que se han definido en la Ley para el ejercicio de la regulación. En el estado actual, con un objetivo principal: una regulación para la competencia.³

No siempre la actividad de regulación y los fines que persigue, coincide con los intereses y derechos de los destinatarios de la regulación, y ahí cuando surge una colisión entre unos y otros; surge la pregunta, para cualquier inversionista: ¿por el sólo hecho de prestar una actividad sujeta a regulación del Estado, se debe soportar cualquier carga que se imponga por la Regulación?

Si llega a ser cierto que daño antijurídico es el que va más allá de lo que normalmente una persona debe soportar por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada, aun comportándose como un sujeto solidario, entonces podría decirse *a priori* que no es antijurídico el daño que impone la regulación, pues esto por principio no va más allá de lo que normalmente debe soportar como limitación o como marco de conducta impuesto a un operador por el hecho de actuar en un régimen regulado en el que libremente decidió ingresar sin quedar por ello excluido de cumplir la función social de la propiedad.

Este trabajo busca dar respuesta a cuáles son las garantías que ofrece el régimen jurídico de responsabilidad extracontractual, para proteger los derechos de quienes resulten afectados por los actos del Regulación. Este régimen cobra vigencia e importancia dada la tendencia a la desaparición de las concesiones en el régimen de telecomunicaciones para dar paso a la prestación de servicio bajo un régimen de habilitación general.

Los actos normativos que contiene la regulación han pasado por diversos estadios: desde la regulación de las mismas empresas públicas que prestaban los servicios, aquella dictada por el Gobierno, hasta aquella dictada por organismos especiales independientes o controlados por el poder central. Formas de regulación de comportamientos en las que pueden primar objetivos o intereses diversos, dependiendo del agente productor, las necesidades del mercado y el momento histórico.

Se expide regulación de carácter técnico a través de diversos actos normativos, y la misma puede ser fuente de controversias, en razón, por ejemplo, a medidas expedidas con base a competencias abiertas y discrecionales dadas al regulador

³ *Ibíd.*

en la norma competencial, la ausencia de razonabilidad en el ejercicio de la discrecionalidad que le ha sido otorgada, por los derechos o intereses que lesiona, por los parámetros de la actuación que no han sido considerados, por el daño anormal y especial que puede generar, por las omisiones o errores graves en los que incurre el Ente Regulador.

La especificidad de la figura de la regulación dispuesta por organismos independientes y técnicos, hace que el análisis de la responsabilidad del Estado Regulador tenga que revisarse desde una óptica diferente teniendo en cuenta la naturaleza de la misma, el dinamismo y flexibilidad que es connatural a ésta, los parámetros de las competencias otorgadas al Regulador, las diferentes tipos de actuaciones a cargo del mismo, los intereses y derechos en juego.

En este trabajo de grado se hace una aproximación de diferentes tópicos relevantes para encuadrar la responsabilidad patrimonial del Estado Regulador, por acciones u omisiones del Ente Regulador que generen perjuicios a personas que no están obligadas a soportarla, y principalmente por incumplimiento de los parámetros y derroteros de la acción regulatoria, por falla en el servicio público de regulación, desconocimiento del principio de confianza legítima y por aplicación de la figura del daño especial.

Importante entonces destacar que el daño antijurídico se le puede irrogar no sólo a los actores económicos que están sometidos a regulación, sino a los usuarios, por falta de una adecuada regulación.

A partir de la normatividad y una selección de casos y doctrina internacionales y nacionales se muestra tendencias en la aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado Regulador así como las dificultades que se evidencian frente al control de la actuación del Regulador. El marco liberalizador influirá sobre la concepción de control, tendiendo hacia un mayor margen de maniobra a las autoridades nacionales y en relación con actividades complejas.

Por último, se presenta una sinopsis de casos de importancia en Colombia, con énfasis en el sector de telecomunicaciones, sobre responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. También se muestran algunos casos relevantes en materia de responsabilidad contractual.

Lo anterior conlleva un esfuerzo en este recuento por tratar de abordar la responsabilidad patrimonial del Estado Regulador acudiendo a los aspectos

fundamentales de la responsabilidad y la regulación, para responder la siguiente pregunta: ¿Puede la actuación, omisión del Regulador o hechos antijurídicos generar perjuicios imputables al Estado a una persona que no está obligado a soportarlo?

1. MARCO DE ESTUDIO: LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO REGULADOR

Bajo la noción de regulación como un acto de invitación, el particular regulado y propiamente un prestador de servicios, está bajo el marco de la responsabilidad privada, por lo que le es predicable la noción de un buen padre de familia u hombre de negocios al que se le exige la suficiente diligencia para analizar los mercados regulados en los que interviene y los riesgos que asume para la inversión en una actividad. Esto supone una tensión entre responsabilidad patrimonial del Estado que es eminentemente pública y la responsabilidad predicable del regulado-concesionario que está en el marco de la responsabilidad civil.⁴

Lo anterior bajo el entendido de que las reglas establecidas para los operadores son claras y por definición no estarán sujetas a cambios bruscos que vayan más allá de las transformaciones que son inherentes a los avances tecnológicos del sector. De ahí que las decisiones de la administración reguladora, cuando son vistas *prima facie* como atentados contra la seguridad jurídica, en el fondo activan un debate en materia de responsabilidad en razón de los cambios abruptos, y a la discusión sobre si las consecuencias patrimoniales inherentes a tales cambios son imputables a la administración pública, o si más bien vienen determinadas por el mercado. Dicho de otro modo, se discute sobre si las consecuencias patrimoniales inherentes a los cambios regulatorios, son causadas por el mercado y, en ese sentido, las autoridades regulatorias tan sólo se han “disparado” a manera de fusible (causalidad material), o si por el contrario tales consecuencias patrimoniales han sido causadas por la decisión regulatoria (causalidad jurídica).

Si se visualiza este escenario frente a la regulación, este último punto puede generar interés en la actualidad, época en la que se está presentado una huida del derecho administrativo al privado, y en el que pareciera que en el ejercicio de la regulación, el operador viene a asumir ciertas responsabilidades mínimas predicables de los hombres de negocios, que le precisan una mayor

⁴ Existen ordenamientos jurídicos como el español que ya reconocen reclamaciones independientemente de que la actuación esté enmarcada en el derecho privado y público. Este punto presenta una primera solución en relación con el procedimiento ya que el artículo 144 de la ley 30 de 1992 remite las reclamaciones basadas en responsabilidad de derecho privado de la administración al procedimiento de las reclamaciones basadas en derecho público. Se trata en forma unitaria la reclamación administrativa cualquiera que fuere el tipo de relación de que derive, pública o privada. GALLARDO CASTILLO, María Jesús, La Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Disponible en: http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/resj/documentos/vol_5_1/17%20Indices%20Sociojuridicos%20V5%20N%201-18.pdf

responsabilidad frente a la medición de los riesgos que asume en la prestación de servicios y en la aceptación o negociación de los términos de la regulación.⁵

Para ARIÑO dado que la regulación interviene en las actividad y en los derechos de los particulares, se precisa entonces la aplicación del principio *res sic stantibus* a la regulación de tal forma que el agente regulado pueda participar en una especie de contrato regulatorio en el establecimiento de las reglas de juego para poder prever el ingreso a la actividad que le asegure unos costos de oportunidad de capital invertido más un razonable retorno a la inversión, independientemente de que la autorización para la prestación del servicio le sea concedida mediante autorización general o contrato de concesión. Esta aplicación es lo que ha generado los llamados costos de transición a la competencia, a los que nos referimos más adelante.⁶

Es ahí cuando entra en juego el tipo de vinculación del regulado a la actividad, en la medida en que puede variar la calificación de la responsabilidad y la vinculación del regulado a la determinación de la misma. Si el operador se vincula mediante un contrato de concesión jugará en un marco en que el Estado como titular del servicio le determina las condiciones reglamentarias de prestación del servicio, las cuales puede modular. El Estado entrará entonces a participar junto con el concesionario en la asunción de los riesgos anormales de prestación del servicio, pero igualmente también existirán unas aleas y previsiones que son predicables únicamente del agente regulado concesionario.

Si se trata de un contrato de concesión la equivalencia económica del contrato se romperá por aleas anormales o absolutamente extrañas al empresario, pero serán predicables de este último los riesgos empresariales que corresponden al giro ordinario de la empresa y que debieron haber sido previstos por este al momento de su celebración. Los riesgos anormales y externos al contratista se imputarán entonces a la Administración Pública, en este caso al Regulador.

⁵ Por algunos autores la huida ha sido causada, entre otras razones, por la participación directa de agentes públicos y privados en la gestión de actividades, lo que ha llevado a que se generen autoridades administrativas con independencia funcional de los centros de organización administrativa que puedan asegurar la independencia e imparcialidad en la adopción de la regulación preservando los principios de libre iniciativa y libre competencia. Estas autoridades tienen como cometido no sólo la acción y derechos de los particulares sino también los del Estado que puede concurrir en el mercado para la prestación del servicio, en procura del beneficio e interés social. TAFUR GALVIS, Álvaro. Estudios de Derecho Público. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 1997.

⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Fallos y logros de los Sistemas Regulatorios, en la obra Regulación, Desregulación, Liberalización y Competencia, Fundación Rafael del Pino, Colección economía y empresa, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid 2006.

Las aleas administrativas que surgen por la modificación del contrato y de las condiciones reglamentarias de prestación del servicio que hacen parte de este que surgen por modificaciones introducidas al contrato en ejercicio de la *potestas variandi*, o por la modificación de normas que inciden en el contrato (*Factum principis*) o por el incumplimiento de las obligaciones contractuales (responsabilidad contractual) serán imputables a la Administración y pueden generar compensación al contratista en virtud de los principios de garantía del patrimonio, reciprocidad de las prestaciones y buena fe.⁷

Pero si estamos en el marco de aleas anormales que surgen por situaciones imprevistas al concedente y concesionario (aleas coyunturales – imprevisión y revisión de precios, aleas naturales), o incluso en la prestación de actividades sin que exista un vínculo contractual propiamente dicho, estaremos en presencia de responsabilidad extracontractual. La responsabilidad patrimonial del Estado estará en uno y otro caso prevalido de los mismos principios de garantía del patrimonio y el principio de buena fe, y su compensación surgirá sobre la causación de un daño antijurídico al concesionario-regulado.

El estudio de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado adquiere importancia en un esquema de autorización general en el cual no se precisa un acto del Estado autorizando la actividad, y en la que el servicio deja de ser titularidad del Estado. El regulado entra por su cuenta y riesgo a una actividad regulada y por ende tendrá que asumir los riesgos y prever que las condiciones de prestación del servicio pueden variar en el tiempo. En este campo, ya no estaremos en un régimen de responsabilidad contractual sino en el campo de la responsabilidad extracontractual.

Pero aún tratándose de servicios públicos bajo reserva del Estado cuya prestación debe ser autorizada, y en las que existe una relación Concedente- Concesionario, Estado – Autorizado, podemos encontrarnos en situaciones en las que se pueda predicar responsabilidad contractual o en las que se pueda predicar responsabilidad extracontractual, o las dos. La escogencia de un tipo de responsabilidad para endilgar responsabilidad del Estado será necesaria.

Según ESCOBAR GIL, aun existiendo una relación contractual, al estarse en presencia de riesgos anormales, estos siempre serán catalogados como responsabilidad extracontractual⁸:

⁷ ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Legis, Segunda reimpresión, Bogotá 2000.

⁸ *Ibíd.*

“la responsabilidad extracontractual del Estado, no sólo permite restablecer la equivalencia económica del contrato alterada por una medida del poder público que revista las características de *Factum principis*, sino en general por cualquier otro riesgo anormal y extraordinario que no sea imputable al contratista. (...) “La diferencia entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual derivada de la ocurrencia de riesgos anormales y extraordinarios, radica en que en la primera el juicio de imputabilidad se le formula a la Administración Pública por una conducta reprochable consistente en el incumplimiento de obligaciones del contrato, mientras que en la segunda el juicio de imputabilidad se le formula a la Administración Pública por el beneficio que la colectividad obtiene por la colaboración que presta el particular para el logro de los fines del Estado mediante la ejecución del contrato (...) “por lo cual, la responsabilidad por los riesgos anormales y extraordinarios siempre se enmarcará como una responsabilidad extracontractual del Estado.”

Sobre la coexistencia de responsabilidad contractual y extracontractual, GONZÁLEZ PÉREZ⁹, analiza la responsabilidad de las administraciones públicas y la preferencia entre responsabilidad extracontractual y contractual, para señalar que se le dará prevalencia a la segunda cuando exista una relación contractual. No obstante este autor no descarta que se pueda apelar a la responsabilidad extracontractual cuando aún existiendo relación contractual, la lesión excede del campo de la responsabilidad contractual.

De ahí que revista interés la ubicación de la regulación en el derecho administrativo, en relación con el sistema de autorizaciones correspondiente, diferenciando el esquema tradicional de concesión de servicios públicos y el de autorización de actividades de interés general. De un esquema de concesión de servicio público en que la titularidad del servicio y los riesgos del negocio recaen prioritariamente en el Estado, y un esquema de autorización general en que la actividad de interés general es del resorte del prestador del servicio así como los riesgos que se generen. La facultad de modulación del Estado de las condiciones del servicio será menor y deberán estar prevalidas de una “negociación” con el prestador del servicio.¹⁰

⁹ GONZALEZ PEREZ, Jesús. Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Segunda Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

¹⁰ Por ejemplo, en audiovisuales y telecomunicaciones el esquema de licencias puede ser problemático, en tanto, dependiendo del grado de intervención del autorizador o concedente, se pueden establecer con mayor efectividad cargas de servicio público. Dependiendo del esquema de autorización para la transmisión de video en comunicaciones audiovisuales o para la prestación del servicio de televisión podrán incluirse obligaciones frente al contenido público. Esta problemática es abordada por Gerard Marcou. MARCOU, Gerard, “Regulación de los sectores de audiovisuales y telecomunicaciones, en la obra la Regulación Económica:

Por esta razón se estudiará en este nuevo marco de relación para la prestación de servicios con la consecuente desaparición de las concesiones, cuál es el terreno de responsabilidad del regulador, por su acción, omisión, falla en el servicio de regulación, violación de la confianza legítima y por daños especiales generados a las personas o regulados.

1.1 LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR LA ACCIÓN REGULATORIA

La responsabilidad por los actos administrativos está soportada en el principio de legalidad que obliga a que dichos actos estén acordes con la ley, lo cual puede controlarse a través del proceso contencioso administrativo de revisión de legalidad, y también mediante la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado que permite al administrado exigir pagos al Estado por los daños que le hayan causado su actuación u omisión.¹¹

Para abordar el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado y específicamente del Regulador debemos partir de la especificidad de la actividad regulatoria, de la actuación de la regulación, con sus límites, alcances y carácter de actuación, para así verificar si es generadora de responsabilidad del Estado.

En este capítulo veremos los elementos especiales de la regulación, las dificultades que aborda esta figura para el control judicial, la diferenciación de limitación y exclusión de derechos, la regulación dentro de la noción del daño jurídico, todos estos temas que impactan la aplicación de la figura de responsabilidad patrimonial del Estado Regulador.

1.1.1 El concepto de regulación.

Se parte de identificar el concepto de regulación como actuación en sí misma, para determinar si le resultan predicables los elementos de los demás actos normativos sobre los que se han pronunciado las autoridades judiciales en el ámbito de la responsabilidad del Estado.

Tendencias y Desafíos, Colección textos de jurisprudencia, Primera Edición, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, diciembre de 2004.

¹¹ BARCELÓ ROJAS, Daniel A. Responsabilidad Patrimonial del Estado en el sistema español. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos11/respo/respo.shtml>

Para efecto de este trabajo, retomaremos un concepto más estricto de regulación, acotado a aquella función ejercida en el sector de telecomunicaciones, emanada de organismos reguladores técnicos especializados, que hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, como es la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

En este capítulo analizaremos las principales características relevantes de la regulación, de cara a determinar el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado Regulador. La trascendencia normativa del concepto regulación, que ha sido ampliamente discutida en la jurisprudencia y doctrina nacional, no hace parte de este trabajo, en tanto, en nada aporta para dicho análisis.

Realizando una conceptualización propia, la regulación es una función de intervención en la economía que busca recrear el mercado o hacerlo posible; se desarrolla mediante elementos normativos y de control acorde con unos principios y reglas establecidos en la Constitución y la ley, que tienen la virtud de limitar la iniciativa privada en procura de objetivos públicos generales.

En términos simples la regulación es una función pública¹², principalmente normativa pero también material, que contiene los siguientes elementos distintivos: 1) Funcional: Establecida por organismos técnicos especializados en los que se despolitiza parte de la actuación administrativa de una actividad económica¹³. 2) Finalístico: para cumplir los objetivos y fines trazados en las normas legales y que sirven de marco de acción de la función regulatoria. 3) Objetivo: regula situaciones concretas, generales o particulares, que no se desarrollan en las normas de intervención económica o normas marco. 4) De intervención: para limitar derechos y establecer obligaciones que pueden invadir derechos como la iniciativa privada, la libertad de empresa y la propiedad privada. 5) Discrecional pero no ilimitada: porque el regulador, en calidad de autoridad administrativa, mantiene un margen de opinabilidad para elegir la solución justa o verdadera aplicable a un caso

¹² MARIN señala “Lo expuesto deja claro que la regulación no constituye una fuente de derecho positivo – como sí lo son la Constitución, la ley o el reglamento– sino una actividad o función pública a cargo del Estado, la cual bien puede servirse de diversas fuentes normativas para expresarse, ora puede materializarse en actividades de otro orden, no normativas, en operaciones materiales de intervención; empero, resulta innegable que en ocasiones la actividad regulatoria se plasma en normas de carácter general, expedidas en ejercicio de función administrativa, con vocación de permanencia en el tiempo –es decir, en reglamentos–, así como también puede traducirse en la expedición de actos administrativos individuales, particulares y concretos. MARIN, HUGO, Norma Regulatoria, mito o realidad? Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 3, segundo semestre/2009

¹³ MAGIDE HERRERO, Mariano, Límites Constitucionales de las Administraciones Independientes, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000

concreto y acorde con los objetivos y fines trazados¹⁴, acatando, principalmente, los principios de proporcionalidad y razonabilidad y los principios y fines que delimitan la actuación regulatoria. La regulación siempre está prevalida de un procedimiento y unas competencias regladas para su expedición. 6) Preventiva y correctiva: porque interviene para promover la competencia y otros objetivos deseados, actúa donde el mercado no sea posible y para solucionar fallas de mercado o conflictos entre sus agentes.

1.1.2 Orígenes de la regulación frente a la responsabilidad del Estado Regulador.

La regulación ingresa en un estadio en que el Estado ya no es prestador de los servicios públicos, pero interviene para garantizar su prestación. El Estado se desprende de la gestión del servicio público, y un tercero se encarga de colaborar en la prestación de dicho servicio, bajo las normas establecidas por el Estado y el regulador. El Estado no tiene la obligación directa de prestar el servicio, pero sí la obligación de garantizar que ese servicio público sea suministrado. El Estado pasa de una obligación de prestar, a la de establecer las condiciones que hacen posible su prestación en un régimen de competencia y acorde a los postulados propios del Estado Social de Derecho.

Como lo señala MARIN¹⁵ citando a Gellhorn y Pierce,

“la regulación económica, es más directa y específica que las normas legales, dado que se [...] sustituye las decisiones de la empresa o del mercado por las de los reguladores. El objetivo expreso de las decisiones reguladoras es asegurar precios justos, servicio razonable, calidad adecuada o cualquier política concreta que el mecanismo regulador está destinado a servir”.

Se justifica así la regulación cuando el mercado es inexistente, hay presencia de monopolios, notables deficiencias de funcionamiento (externalidades negativas,

¹⁴ MARIN, obra citada, añade. “Así pues, ha de entenderse que la función de regulación constituye una forma de intervención estatal en la economía, integrada por un haz de facultades de la más diversa índole – normativa, de adopción de decisiones singulares (autorizatorias, sancionatorias, entre otras) o de despliegue de actividades materiales– que apuntan a evitar que la sola operatividad de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales del Estado constitucional, social y democrático de derecho

¹⁵ MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, Ob. Citada.

competencia ruinosa, acceso a bienes públicos), buscando una finalidad: la reconstrucción artificial del mercado.¹⁶

Como el regulador debe garantizar las condiciones para la prestación del servicio, debe responder por las malas decisiones, y por adoptar, como un buen hombre de negocios, soluciones razonables predicables de su experticia y que obedezcan a las necesidades del mercado. Esto hace que el regulador, no pueda ser un objeto pasivo ante las fallas que se presenten, ni actuar sin criterios técnicos, con arbitrariedad o en forma irrazonable, porque incurriría en una acción, omisión o hecho que generaría responsabilidad patrimonial, en tanto se encuentren los demás elementos generadoras de la misma.

Si interviene en el mercado, afectando unos derechos o intereses que están prevalidos de una relación contractual, el Estado Regulador y/o el concedente responde en Colombia en tanto debe mantener el equilibrio económico del contrato de concesión, cumpliendo sus obligaciones para permitirle al contratista una utilidad o restableciendo sus condiciones iniciales afectadas por situaciones imprevistas, permitiéndole llegar a una situación de no pérdida.

Si interviene en el mercado, por fuera de una relación contractual, respondería en tanto debe procurar una estabilidad mínima de la regulación en respuesta al principio de buena fe o confianza legítima. Por generar a los regulados perjuicios anormales y especiales en aplicación de las medidas regulatorias o por fallas en el servicio de regulación.

El Estado que ya no es prestador, interviene el mercado, pero es responsable porque funcione lo mejor posible y que las normas que prescriba se acoplen a la actividad y consideren los intereses e impactos a los regulados. Si ello no se cumple, debe responder. Este elemento influye en la configuración de la regulación.

No debe pasarse por alto que la regulación es un acto innovador e invitante que procura por la participación de agentes para su construcción sobre la base de intereses contrapuestos, con intervención de sus destinatarios. Así CALANDRI¹⁷ señala:

¹⁶ DARNACULLETA, M. MERCE, GARDELIA, “La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación: el Debate en la República Federal Alemana”, Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Directores Santiago Muñoz Machado, José Esteve Pardo.

¹⁷ CALANDRI, LAURENCE, Recherche Sur la Notion de Régulation en droit Administratif Français, L.G.D.J. L’extenso éditions, 2008

“El estudio del acto de regulación permite establecer que el carácter invitante constituye una propiedad mayor de su definición. Técnica presente en derecho internacional público así como en derecho privado, el acto invitante es igualmente empleado en el derecho administrativo francés mediante el acto de regulación. Esta característica hace posible tanto la instauración de su definición intrínseca y su diferenciación de actos jurídicos formales o no decisorios. De esta forma, el acto de regulación parece poder ser definido como una invitación dirigida a destinatarios, públicos o privados, con miras a la adopción de un modelo de comportamiento definido por su autor que no ata jurídicamente a ninguno de sus participantes”.

De este carácter invitante y de los espacios que se crean para la participación ciudadana para su creación, mediante procedimientos regulados que no son ajenos a nuestro país, el regulador propone normas para llenar vacíos normativos para casos específicos que no son previsibles al expedirse la normativa marco y competencial, y también envía señales al regulado y mercado sobre las conductas deseadas. En algunas circunstancias el regulador busca concertar aspectos críticos con los destinatarios.

Como señala NALLAR¹⁸:

“El regulador también va a necesitar consensuar determinados aspectos críticos no sólo con el sujeto regulado sino además con los usuarios y la autoridad pública que otorgó la habilitación al regulado. Este ámbito de negociación se convierte en un procedimiento ordenador que determina principios para la prestación. Interpreta y renueva normas vigentes, acerca intereses contrapuestos y adecua los sistemas vigentes a la realidad del servicio.”

Existirá entonces una tensión entre lo consensuado contractualmente y los principios generales del derecho que se deberán resolver con su margen de discrecionalidad sobre la base de una decisión justa, razonable y proporcional. Del procedimiento regulatorio, el consenso y negociación pende entonces la legitimidad regulatoria y la seguridad jurídica del mercado.

¹⁸ NALLAR DERA, Daniel Mauro. Regulación y control de los servicios públicos, Marcial Pons, monografías jurídicas, administrativo, 2011.

En el caso colombiano, la regulación tiene también ese carácter vinculante sobre la que recae su legitimidad, porque vincula a sus destinatarios, a través de procedimientos de formación que participan en su proceso de adopción¹⁹, conociendo la regulación pretendida en forma previa, su justificación y participando con la formulación de observaciones. De no cumplirse dicho procedimiento, o cayéndose en un error de apreciación, será totalmente procedente endilgar responsabilidad al Estado Regulador, ya sea por incumplimiento de la normativa, falla del servicio por no acatar las obligaciones a cargo o por error manifiesto en que incurra el regulador por no considerar los impactos de la regulación.

1.1.3 Las normas facultativas de la regulación en el contexto de la responsabilidad.

La Ley que establece los lineamientos de la prestación de un servicio público como las telecomunicaciones, no puede predecir todas las situaciones específicas que será necesario intervenir, por lo que la regulación surge para acoplar la norma general a una necesidad, los cambios y para un caso concreto. Como señala MARIN²⁰ entre las disposiciones sean más generales y abstractas mayor campo de acción para la regulación.

En este sentido se ha pronunciado GUERRA²¹, jurista brasileño, cuando señala que para este tipo de actos (los regulatorios) no es un obstáculo mayor las normas legales. Dice GUERRA que lo más típico de la función reguladora es organizar un sector que se encuentra afectado, respetando las normas de mayor jerarquía (asegurándose de la apariencia de estabilidad, continuidad, permanencia) y adaptando las normas a casos concretos, que permiten cierto margen de discrecionalidad o flexibilidad. Además señala que los actos de las agencias reguladoras lo que hacen es interpretar o explicitar conceptos indeterminados especialmente de naturaleza técnica contenidos en los reglamentos.

La regulación entonces se convierte en la edición de una norma general para adaptarla a las necesidades específicas y fines generales que son derrotero de la actuación regulatoria, con lo cual dicha concreción conllevará efectos particulares que pueden generar daño a los sujetos destinatarios de la misma.

¹⁹ Decreto 2696 de 2004, por el cual se definen las reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las actuaciones de las Comisiones de Regulación.

²⁰ MARIN, HUGO, Norma Regulatoria, mito o realidad? Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 3, segundo semestre/2009.

²¹ GUERRA, SÉRGIO, Controle Judicial dos Atos Regulatórios, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005

JUSTEN FILHO citado por GUERRA coincide en que la función regulatoria realiza el gerenciamiento de múltiples y contradictorios intereses de la sociedad traducidos en limitaciones de la autonomía privada para evitar el ejercicio abusivo de ciertas prerrogativas que pongan en riesgo la realización de otros valores.

Las leyes marco establecen una serie de principios, fines y funciones que deben ser desarrollados por el ente regulador. La acción regulatoria tiene entonces un gran influjo de los principios generales del derecho, con preponderancia de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, legalidad, igualdad y buena fe, que como lo sugiere NALLAR²² para su operatividad, requieren de la posibilidad que tenga el regulador para reglamentarlos y aplicarlos.

Muchas veces estos principios y fines se formulan con conceptos generales, denominados en el argot jurídico como “*conceptos jurídicos indeterminados*”, que el organismo interpreta, desarrolla y pondera bajo su discrecionalidad técnica, algunos de los cuales obedecen a criterios técnicos. Dichos principios o conceptos sirven para encontrar una solución a cada caso concreto, según el criterio del regulador. Este tiene el privilegio de analizar la oportunidad y la conveniencia de la intervención, para encontrar una solución acotada a los objetivos perseguidos.

Y el balance del regulador y encontrar esa solución justa, es en suma, una labor bastante compleja, como por ejemplo en asuntos tecnológicos como lo menciona CASTILLO HOLGADO²³ que señala que

“Encontrar el punto justo, desde el punto de vista tecnológico, de la intervención regulatoria resulta muy complejo. Una regulación laxa puede provocar la aparición de nuevas situaciones de posición dominante que ahoguen a la competencia desde el punto de vista económico o tecnológico, así como el aprovechamiento de situaciones de arbitraje en el corto plazo que tengan consecuencias nocivas en la inversión en infraestructuras a largo plazo. Por el contrario, un exceso de regulación puede perjudicar seriamente la innovación tecnológica y la inversión”

²² NALLAR DERA, Daniel Mauro. Regulación y control de los servicios públicos, Marcial Pons, monografías jurídicas, administrativo.

²³ CASTILLO HOLGADO, Antonio, “Innovación tecnológica y regulación en Sector de las Telecomunicaciones y los sistemas de información”, Derecho de la Regulación Económica, IV. Telecomunicaciones, Director Tomás de la Quadra Fernández del Castillo, 2009

El fundamento de la regulación, que surge de la aplicación de normas generales que enunciadas en forma de conceptos jurídicos indeterminados, le dan cierto margen de maniobrabilidad al regulador, generan un reto en el encuadramiento de la responsabilidad del Estado Regulador.

Si el regulador, en últimas tiene un margen para acoplar un concepto a una situación específica, existiendo varias posibilidades de decisión, ¿cómo se puede endilgar responsabilidad cuando el regulador adopta una de esas posibilidades?

Para este punto, existe jurisprudencia y doctrina internacional y nacional, que se han prevalido de un concepto específico para analizar el alcance del control judicial frente a la regulación: “la discrecionalidad técnica”, en la que nos detendremos en el siguiente aparte de este documento.

Este punto es de vital estudio en la medida en que en Colombia, se impone al regulador la utilización de los principios generales del derecho y principios específicos del sector TIC. Los artículos 1 y 2 de la ley 1341 de 2009, los incluye como principios orientadores de las funciones de intervención de la economía. Específicamente el artículo 2, en el preámbulo, señala:

“Artículo 2º. Principios orientadores. La investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son una política de Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad, para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los Derechos Humanos inherentes y la inclusión social.

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional”.

Los principios y derechos que orientan la intervención económica y la regulación en el sector de telecomunicaciones en Colombia son: prioridad de acceso y uso de los servicios de telecomunicaciones, libre competencia, la protección de los derechos de los usuarios, la utilización de las redes y recursos escasos bajo principios de no discriminación y criterios de costos más utilidad razonable, la protección de la inversión, neutralidad tecnológica, masificación de Gobierno en

Línea, derecho de comunicación, a la información y a los servicios básicos de TIC. Estos principios también tienen relación con el derecho de propiedad y la libertad económica que son reconocidos por nuestra Carta Constitucional. Todas las normas existentes en la Ley 1341 de 2009, incluidas las normas competenciales deben interpretarse y desarrollarse con base en dichos principios, por expresa disposición del artículo 2 de la citada Ley.

1.1.4 La discrecionalidad técnica del Estado Regulador y su responsabilidad.

Todo el análisis de este punto, nos lleva a encuadrar la responsabilidad del Estado Regulador en ejercicio de su actividad discrecional o su margen de apreciación, por violación a los principios generales del derecho, los principios propios del sector y los parámetros predicables de toda actividad: proporcionalidad, razonabilidad, no arbitrariedad. También responderá por no seguir los criterios jurídicos y extrajurídicos predicables de la actividad regulatoria.

El estudio de este tópico y otros que se han construido paralelamente, como el de conceptos jurídicos indeterminados, será esencial para desentrañar la responsabilidad del Estado Regulador por su acción, por cuanto, como vimos, las normas de competencia del regulador son amplias y otorgan un margen de actuación sobre principios y fines generales. Estos principios y fines son amplios y se concretan por el regulador. Este a su vez al aplicar la norma para adaptarla a las necesidades del sector en una norma general o para aplicarla a un caso particular y concreto, debe a su vez realizar elecciones dentro del margen que le dan las normas.

La discrecionalidad de la actuación del regulador, con todos los matices en las que ha sido encuadrada, no impide que la actuación tenga que responder a ciertos parámetros o criterios. De no hacerlo, se desvirtuaría el carácter de juridicidad de la actuación de la administración y sería predicable la responsabilidad patrimonial de la misma.

Para entender la figura de la discrecionalidad técnica retomaremos el desarrollo de importante doctrina realizada por THURY CORNEJO que estudia al Tribunal Supremo Español. También los estudios de la doctora DESDESTADO DAROCA, MAGIDE HERRERO, ARIÑO, CASSAGNE, entre otros, y doctrina y jurisprudencia en Colombia.

No se trata en este lugar de realizar una exposición detallada de las teorías y posiciones existentes en relación con la discrecionalidad técnica estudiados en otras latitudes y nuestro país, tema que seguramente implicaría el detenimiento en una memoria particular de grado, sino perfilar ciertas teorías de interés para el caso de estudio, y como han sido abordadas por nuestro Consejo de Estado, para así, concluir cómo la responsabilidad del Estado Regulador no puede obviarse por aplicación de figuras como la discrecionalidad técnica.

➤ **TECNICIDAD DE LAS DECISIONES REGULATORIAS, CONTROL JUDICIAL Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO REGULADOR**

Esta noción evalúa cómo el Regulador tiene en virtud de la discrecionalidad pura o técnica un margen de apreciación o elección que le permite ejercer juicios valorativos o elecciones para el ejercicio de la acción regulatoria.

Para algunos, el hecho de que las reglas sean técnicas, dejan por fuera la discrecionalidad; para otros, el hecho de que sean técnicas no supone que éstas no tengan un alto margen de opinabilidad en una situación concreta.

También parte de la doctrina entra en la discusión sobre el alcance de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad. Algunos autores consideran que cuando se analizan dichos conceptos estamos en presencia de una potestad reglada; para otros su aplicación permite un margen de apreciación a la Administración y por ende hacen parte de la discrecionalidad de la Administración.

El desarrollo de esta tesis la podemos encontrar en una parte importante de la doctrina.

Por un lado, al abordar el estudio de THURY CORNEJO²⁴ sobre la discrecionalidad técnica sobre la base de sentencias del Tribunal Supremo Español, según el cual frente a dicha institución

"(...) nos encontramos en supuestos en que «la Administración tiene un cierto margen de «discrecionalidad técnica» (...), puesto que el legislador atribuye al órgano administrativo la facultad de apreciar en cada supuesto lo mejor para el interés público con libertad de elección entre alternativas justas, decidiendo por criterios de oportunidad, económicos o sociales (...)."

²⁴ THURY CORNEJO, VALENTÍN, Control de la actividad administrativa: discrecionalidad técnica y motivación: apuntes a partir de la reciente jurisprudencia española. Disponible en: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168496107&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168490952&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=CM_Revista_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU

Uno de los aportes que hace THURY CORNEJO es que muestra claramente cuál es la problemática que se vislumbra alrededor de la evaluación de decisiones enmarcadas dentro de la discrecionalidad técnica, más cuando las reglas técnicas pueden ser relativas. Dicho jurista hace un recuento de la posición del Tribunal Supremo Español y del organismo constitucional español que en algunas posiciones adopta decisiones señalando que el juez no debe involucrarse en el control de la decisión técnica. Según su opinión el procedimiento común de control no alcanza para el análisis de la discrecionalidad aunado a que la complejidad de la decisión conjuga una pluralidad de intereses y factores de diversa naturaleza. Entonces para el autor:

“La Administración es, de acuerdo con estas sentencias, la más capacitada para tomar decisiones en este campo, se haya habilitada por la ley para hacerlo y los jueces no pueden introducirse en el núcleo de esa decisión, porque comporta el uso de la "discrecionalidad técnica”.

Igualmente refiere como el control de las decisiones de la administración, se hace teniendo en cuenta ciertas modulaciones que parten de la presunción de certeza o razonabilidad de la actuación administrativa apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Para este autor entonces existe una presunción *iuris tantum* que puede desvirtuarse ya sea porque la medida no sea razonable o en ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado. Para este autor, la tecnicidad de la decisión no hace que la misma no sea controlable desde esta perspectiva, y de ahí que la motivación o justificación del acto adquiere total relevancia en este tipo de decisiones, como son las regulatorias.

Traemos a colación el importante estudio realizado por DESDENTADO DAROCA²⁵. Esta tratadista analiza varias teorías existentes sobre la discrecionalidad. Todo su estudio parte de que existe una discrecionalidad pura o fuerte referida a aquella en que la misma autoridad realiza elecciones que le han sido deferidas por el ordenamiento jurídico, como el caso del legislativo cuando decide sobre asuntos políticos que se incorporan en las Leyes. Y la discrecionalidad instrumental por la cual se realizan elecciones para el ejercicio de una función que no le son propias, por ejemplo cuando la administración aplica una norma jurídica, porque son los jueces quienes tienen la última palabra en la aplicación del marco jurídico.

²⁵ DESDENTADO DAROCA, Eva, Los problemas judiciales de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la Jurisprudencia), Cuadernos Civitas, 1990.

Lo que busca responder DESDENTADO DAROCA es hasta qué punto la administración tiene un margen de discrecionalidad en sus decisiones y cuándo estaremos frente a una discrecionalidad pura que no puede ser interpretada ni valorada por los jueces y cuándo ante una discrecionalidad de menor nivel o instrumental, en la que tienen y pueden tener injerencia los jueces.

La utilidad de este estudio de DESDENTADO DAROCA es que muestra que no hay claridad ni unanimidad sobre el concepto de la discrecionalidad, la diferencia entre actos discrecionales puros y técnicos, y el alcance del margen de maniobra de la Administración y por ende del control judicial. Todas las teorías analizadas por DESDENTADO DAROCA buscan dar respuesta a estas preguntas: ¿Hay un margen de elección de la administración en decisiones de discrecionalidad técnica o que precisan criterios técnicos? ¿Hay diferencias entre la discrecionalidad pura y técnica? ¿Tiene alguna utilidad el concepto de discrecionalidad técnica o el mismo debe descartarse? ¿Puede realizarse un control a las decisiones discrecionales de órganos técnicos o que precisan criterios técnicos? Todos los autores, con diferentes matices analizan estas preguntas, subsistiendo varios enfoques.

El primer enfoque se inclina por defender la existencia del concepto de discrecionalidad técnica, señalando que de todas formas en las decisiones, según se trate de hechos o decisiones complejas, subsistirá un margen de elección de la Administración para revisar lo que es oportuno, acorde al interés público o para valorar hechos en los que puede existir una opinión o una valoración subjetiva. Ese es el caso de CAMMEO y PRESUTTI²⁶.

Un segundo enfoque es que si bien los conceptos jurídicos indeterminados delimitan la actividad administrativa, cuando se aplican criterios extrajurídicos se le está dando un margen de acción a la Administración, siendo esta la posición de SANCHEZ MORÓN y SANDULLI. La Administración decide con base a criterios que escapan del derecho, que apelan a lo técnico y por ende se trata de una discrecionalidad pura. Para SORACCE y SANDULLI hay otro tipo de discrecionalidad en que la administración para aplicar conceptos jurídicos indeterminados utiliza instrumentos científicos o técnicos, y otro concepto denominado “actividad técnica” en la que sólo hay lugar a un resultado cierto. Para

²⁶ Según DESDENTADO DAROCA, CAMMEO y PRESUTTI comparten en que el tema no es de valoración de hechos conforme a criterios técnicos sino la valoración de hechos opinables. Según DESDENTADO “*el problema de la discrecionalidad técnica es, por tanto, el de la existencia de márgenes de apreciación subjetiva en la concreción de conceptos indeterminados conforme a diferentes tipos de criterios, sean de oportunidad, técnicos, de buena administración o de la experiencia común*”.

estos autores en la discrecionalidad técnica se aplican criterios técnicos pero subyace margen de opinabilidad o subjetividad.

Un tercer enfoque tiende a distinguir discrecionalidad técnica de actividades o decisiones de carácter técnico, para los cuales la tecnicidad elimina el velo de discrecionalidad. La decisión será entonces reglada existiendo sólo una decisión justa. Este enfoque lo comparten GIANNINI, GONZALEZ, SAINZ MORENO y GARCÍA DE ENTERRÍA.

Un enfoque similar lo tiene PELAGATTI pero por razones diferentes que apelan a la tendencia que existen en la administración moderna a tecnificar las decisiones. Según PELAGATTI una teoría que pretenda darle margen de discrecionalidad a una autoridad en últimas persigue la legitimación del ejercicio de poderes libres para realizar apreciaciones técnicas cuando existe una tendencia a la tecnificación de las decisiones políticas.

Con un enfoque intermedio BACHELET, LEDDA Y MARZUOLI, proceden a tener como objeto de estudio ya no la discrecionalidad técnica sino la técnica. BACHELET pasa a mostrar que la técnica no es característica de un tipo de decisiones administrativas y puede ser objeto de decisiones regladas o discrecionales, por lo cual no sirve para diferenciar una actividad. Curiosamente se adentra a estudiar las valoraciones técnicas para señalar que no hay soluciones unívocas existiendo siempre un margen de elasticidad en el que la administración puede elegir entre diferentes soluciones que le da la técnica. Según BACHELET entonces la técnica no le quita el carácter discrecional a las decisiones. Existe entonces un momento político en la decisión. La administración deberá elegir entre las diferentes construcciones y principios existentes y esa elección necesariamente estará guiada por las preferencias de valor o de política del órgano competente. La decisión entre diferentes criterios técnicos se realiza con criterios políticos o de oportunidad.

LEDDA, por el contrario le da otro alcance a la actividad técnica para mostrar que en cada decisión existen apreciaciones con juicios técnicos y apreciaciones con juicio de valor. Según LEDDA

“Los criterios técnicos deberán servir a la Administración para determinar el mejor modo de lograr la satisfacción del fin para el cual se ha configurado la potestad”.

LEDDA examina dos situaciones: cuando la conformación de la actividad administrativa obedece a la técnica y cuando la actividad remite a criterios técnicos. En el primer caso se tratará por ejemplo de autoridades que por su naturaleza están acotadas con normas técnicas teniendo para éstas relevancia jurídica. En la segunda, existiendo criterios técnicos para la decisión, la Administración debe utilizarlos y adoptar la decisión que estos indican como correcta. LEDDA en todo caso reconoce que las valoraciones técnicas no dan como resultados respuestas unívocas y que están imbuidas de un alto grado de opinabilidad, estando la Administración sujeta a la adopción de una solución técnicamente atendible, aunque sea opinable. Para LEDDA también cuando existen criterios técnicos estamos en presencia de una actividad administrativa reglada.

Para abordar la discusión, DESDENTADO DEROCA, prefiere profundizar en la naturaleza de las apreciaciones técnicas las que define como

“Una actividad de búsqueda de soluciones a problemas prácticos mediante la utilización de criterios técnicos, esto es, de conocimientos de saberes especializados”.

Para DESDENTADO DEROCA éstas no se sustentan en preferencias del sujeto sino en una actividad objetiva que se basa en observaciones de criterios científicos. Pero esos criterios científicos no arrojan respuestas unívocas por lo que

“Los operadores técnicos se ven obligados a ejercer su propio discernimiento en la elección o uso de criterios técnicos. Aparece, así, inevitablemente, una discrecionalidad de carácter puramente instrumental. Pero lo importante es que la autoridad en cuestión ha de operar con criterios y conocimientos técnicos y justificar sus decisiones en virtud de los mismos”.

DESDENTADO DEROCA viene entonces a diferenciar las actividades propias de la discrecionalidad fuerte en las que existe poca injerencia de los jueces y la discrecionalidad instrumental en las que dicho control es válido. El primer tipo de actividad que cabe en la discrecionalidad fuerte es cuando la administración tiene discrecionalidad técnica administrativa pudiendo elegir el modo de actuar para la consecución del interés público y la aplicación de la técnica no le ofrece una sola vía de acción sino varias para la consecución del fin público. La Administración habrá de seleccionar uno de ellos. El segundo tipo comprende las decisiones que

se realizan sobre supuestos científicos que no pueden corroborarse o tratarse de actividad de prognosis o que requieren el conocimiento anticipado de algún suceso.

DESDENTADO ROCA señala que la discrecionalidad instrumental comprende la actividad de aplicación de conceptos jurídicos que remiten a criterios técnicos a los que debe acudir la Administración. Para DESDENTADO ROCA no hay una solución única y la Administración deberá ejercer su discernimiento en la elección y uso de los conocimientos específicos necesarios, con la dificultad que existe para encontrar una única solución valedera. Según la autora, esto no hace que se esté en presencia de una discrecionalidad fuerte de la administración. La Administración no tiene un ámbito de decisión propio ya que se rige única y exclusivamente por el concepto o criterio establecido en la norma²⁷ y porque lo que es conveniente para el interés público ya viene definido en la misma.²⁸

En este enfoque de la viabilidad del control de las decisiones técnicas, también concuerdan distintos autores. Por ejemplo ROMERO REY²⁹, al hacer un estudio de las decisiones de planeamiento urbano, presenta un enfoque de cómo las decisiones tienen límites internos y externos, que hacen que sea posible su control.³⁰

²⁷ DESDENTADO DEROCA lo justifica con estas palabras:

“del mero hecho de que el ordenamiento remita a la utilización de criterios técnicos se desprende más bien lo contrario: que no se pretende atribuir a la Administración ningún ámbito de decisión propia, sino que la actuación administrativa se rija única y exclusivamente por el concepto establecido en la norma. Y, además, esto es necesariamente así si tenemos en cuenta que este tipo de regulaciones confiere auténticos derechos a particulares. (...) Por otro lado, la inexistencia de discrecionalidad administrativa se deriva también del hecho de que el ordenamiento jurídico prevé la utilización de la prueba pericial por los tribunales contencioso-administrativos para controlar la aplicación realizada por la Administración de este tipo de conceptos. De esta manera, la decisión final corresponde a los tribunales que pueden anular y sustituir la integración del concepto llevada a cabo por la Administración”. (...)

²⁸ DESDENTADO DEROCA difiere de todas las teorías que sustentan la discrecionalidad en la opinabilidad que existe para decidir que responde más al interés público. Para esta autora el interés público ya viene dado por la norma y “*consiste, precisamente, en que se produzca la consecuencia jurídica prevista cuando concurra el supuesto legalmente establecido*”.

²⁹ ROMERO REY, CARLOS, Los límites a la potestad de planeamiento urbanístico, Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente - Núm. 210, Junio 2004

³⁰ “Los límites externos, que analizan aspectos reglados de la potestad discrecional, que son los que tradicionalmente se han venido aplicando, así, los relativos a la competencia del órgano, el respeto al procedimiento legalmente establecido y el control del fin del planeamiento mediante la desviación de poder, a los que se añadió la comprobación de la existencia material de los hechos que sustenta el criterio o decisión de la Administración. Junto con estos límites externos, existen límites internos, que supone penetrar en el núcleo de la propia decisión discrecional mediante la aplicación de los principios generales del Derecho: la racionalidad, la proporcionalidad, la congruencia y la interdicción (prohibición) de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Otra posición que viene al caso traer a colación es la mostrada por ARIÑO ORTIZ Y CASSAGNE, según los cuales la discrecionalidad técnica y el arbitrio del regulador no hacen que esta actuación esté fuera de cualquier revisión. El control judicial entonces se limitará a la parte reglada de la competencia sin poder entrometerse en la parte técnica ya que tendrá que prevalecer el arbitrio y conocimiento de la autoridad administrativa, salvo que se esté en presencia de una decisión abiertamente irracional, arbitraria o contraria a principios generales de derecho. Aceptar lo contrario sería tanto como un desplazamiento de la decisión discrecional desde la administración hacia el juez, lo que puede poner en entredicho la capacidad del juez para decidir en lo normativo, si se entromete en los aspectos de oportunidad, conveniencia, necesidad y certeza científica.

El límite de la discrecionalidad técnica en la regulación es el marco normativo en tanto al ser una técnica de *soft law* no puede modificar o alterar el *hard law*. Estas normas no pueden abrir una discrecionalidad sin límites. Constituye una discrecionalidad técnica cognitiva que además de ser revisable por el juez, está rodeada de conceptos técnicos-económicos revisables. Esta discrecionalidad no quiere decir que el regulado quede al “arbitrismo del regulador” por cuanto debe prevalecer la seguridad jurídica.³¹ Para ARIÑO y CASSAGNE la actividad regulatoria debe cumplir los requisitos de la actividad administrativa, sin que se permitan dispensas ni tratamientos singulares ni alteración arbitraria y ocasional de las reglas de juego. La norma previa que defina el procedimiento del regulador será fundamental para limitar la discrecionalidad técnica del regulador.³²

Curiosamente para ARIÑO, esto no aplica para todas las normas ya que justifica un margen de elección para los actos de ordenación económica, como actos de gobierno difícilmente revisables por el juez. Dicho autor señala que la regulación entraña un juicio de oportunidad que el juez no podrá revisar, por cuanto estaría superando al gobierno o al regulador que fija la tarifa. Sólo podrá apreciar si la tarifa por exceso o defecto efectivamente está satisfaciendo los derechos patrimoniales del agente regulado y de los usuarios, pudiendo determinar compensación al uno o al otro, según se trate.³³

MAGIDE³⁴ en esta parte coincide con ARIÑO, haciendo una disertación de cómo en la administración subyace lo político; precisamente en ella se desarrolla lo político en el derecho. Las autoridades independientes son un esfuerzo de la ley

³¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar y CASSAGNE, Juan Carlos, SERVICIOS PÚBLICOS, REGULACIÓN Y RENEGOCIACIÓN, Lexis Nexis, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, Pág. 109.

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

³⁴ MAGIDE HERRERO, Mariano, Límites Constitucionales de las Administraciones Independientes, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.

para despolitizar parte de las decisiones de la administración y dar garantía de objetividad a la actuación administrativa. Pero cuando ésta debe definir cuál es el interés general para un caso específico ante la presencia de intereses contrapuestos, su actuación será de gobierno y no de administración y sin alcance del derecho administrativo. Muestra el peligro de caer así en una noción de actos de gobierno. Este autor, antes de abordar su conclusión se ha referido a que la actuación de la administración no puede ser arbitraria, en tanto existen técnicas de control, como el control de los hechos habilitantes, la aplicación de los principios generales del derecho, el test de racionalidad, entre otros.

MAGIDE se refiere al debate sobre la existencia de una solución justa en la actuación de la administración. Está de acuerdo con SANCHEZ MORON para el cual en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados la administración goza de un margen de apreciación lo que significa que la administración puede llevar a cabo aplicaciones del concepto que serían igualmente lícitas, por lo cual no puede hablarse de una solución jurídica aceptable. La Administración está desarrollando una potestad discrecional. Pero esta discrecionalidad estará más limitada cuando existen dichos conceptos que encuadran la valoración de la administración. Finalmente concluye que cuando se admite un margen de apreciación a favor de la administración en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado se está admitiendo que no cabe hablar de una solución justa.

MAGIDE así culmina concluyendo que no existe una discrecionalidad configuradora³⁵ de las autoridades independientes –como son los reguladores en Colombia-. Su margen de apreciación está condicionada por el control político de los ciudadanos y las facultades que le han sido otorgadas. Cuando estas facultades se precisan bajo criterios jurídicos indeterminados, ya se ha fijado el interés general en la norma y por ende este tipo de autoridades lo que hace es interpretar y aplicar el derecho. Su independencia respecto del Gobierno y de las demás fuentes de presión contribuye a evitar la interferencia de intereses parciales en la concreción de la norma, frente a la cual ya se hizo un ejercicio previo de ponderación de los intereses particulares y colectivos en presencia. Se deja en todo caso una flexibilidad a la autoridad independiente para facilitar una adecuada adaptación de la norma a la realidad.

➤ **BREVE RESEÑA DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA**

³⁵ Dícese de discrecionalidad configuradora cuando la autoridad define la política sectorial. No cuando se limita a ejecutar una serie de previsiones legales y reglamentarias, no dictadas por ella, ni realiza la conformación del sector.

Importante mencionar que la regulación en Colombia se expide con actos administrativos y está sujeto a los criterios del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. Sobre este concepto, la Corte Constitucional en Sentencia T-552/12, ha señalado:

“De acuerdo con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, los actos proferidos en uso de facultades discrecionales deben tener una estructura adecuada a los fines de la norma que las autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. Al ser un desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo se presenta como un límite jurídico al ejercicio de esas facultades, para que las autoridades no actúen por fuera del marco de garantías que supone ese derecho fundamental, señaló el alto tribunal”.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 22 de octubre de 1975, se ha pronunciado sobre la discrecionalidad administrativa describiendo la posibilidad de elección de la administración:

“la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse según las circunstancias; otras, la norma le dará la opción para escoger alternativamente entre varias formas de decisión, en algunas ocasiones la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente.”

El Consejo de Estado en un asunto minero³⁶ se refirió expresamente a la discrecionalidad técnica, mostrando que la decisión de la administración adoptada bajo dicho ámbito está sujeta al control judicial, estando el juez facultado para eliminar normatividad que no responda a los criterios técnicos y por error de apreciación de la administración.

Este criterio es totalmente aplicable a la normatividad expedida por el Regulador, en tanto la mayoría de sus decisiones están orientadas por criterios técnicos.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, sentencia del 31 de octubre de 2007, Radicación número: 11001-03-26-000-1997-13503-00(13503), Actor: *SOCIEDAD MINERA PELAEZ HERMANOS & CIA*; Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y OTRO

En dicho asunto minero se le negó una licencia minera para explotación de una cantera a la sociedad Peláez Hermanos, con base en un criterio de inviabilidad técnica establecida por la Secretaría de Minas y Energía de la Gobernación de Antioquia a la que le había sido delegada la función de su nombre por el Ministerio de Minas y Energía. Dicha Secretaría, tenía a su cargo revisar las explotaciones mineras que se habían establecido antes del 30 de noviembre de 1993 acorde con la ley 141 de 1994 y el decreto 2636 de 1994. Para dicha función, tenía a su cargo emitir concepto técnico después de una visita realizada sobre la explotación.

Según el decreto 2636 de 1994 “no habría lugar a la legalización de explotaciones mineras que a juicio de la entidad competente sean consideradas manifiestamente inseguras, presenten peligro inminente para la vida de los mineros o cuando la autoridad ambiental no autorice la actividad, se hayan acumulado sobre áreas restringidas para la minería o de reserva especial o la autoridad ambiental no autorice la actividad, dadas las condiciones ambientales de la zona”.

En este caso, la Secretaría realizó la visita y emitió su concepto técnico, considerando que la explotación minera era insegura y generaba riesgos para el personal, negando la autorización de la explotación. El Consejo de Estado le dio la razón a la administración, sobre la base de los criterios técnicos concluidos por ésta, que no fueron desvirtuados por la sociedad demandante.

El Consejo de Estado, denegó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento, dado que la decisión de la administración adoptada sobre la base de criterios técnicos realizados por dicha Secretaría, no fue desvirtuada por el demandante.

Para llegar a esa conclusión, realizó un importante estudio de la doctrina internacional, desde los orígenes de la noción de la discrecionalidad técnica en Alemania e Italia, y acogió, en parte, los estudios de DESDENTADO DAROCA sobre este tema, a los que nos referimos previamente.

A juicio de la Alta Corporación, DESDENTADO tiene una posición intermedia entre las posiciones que niegan la posibilidad de otorgar al juez incidencia sobre las decisiones de la administración, y las que consideran que la discrecionalidad técnica no existe, y que cuando existen criterios técnicos la decisión es reglada.

En criterio del Consejo de Estado, el juez puede resolver las discrepancias técnicas con mecanismos probatorios como puede ser la prueba judicial y específicamente los peritajes técnicos.

Así, señaló:

“Considera la Sala oportuno expresar los siguientes lineamientos generales en relación con la noción de discrecionalidad técnica, su incidencia en la naturaleza jurídica de las facultades que ejerce la Administración con base en criterios de naturaleza técnica y los alcances y límites del control judicial de las correspondientes decisiones. (...)

b. No obstante lo anterior, quiere la Sala ser enfática en sostener que la naturaleza técnica de las decisiones administrativas, incluso, el reconocimiento de la posibilidad de existencia de márgenes de apreciación o de discrecionalidad para su adopción, de ninguna manera se traduce en la consagración de ámbitos de actividad de la Administración inaccesibles al control por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo.

Las decisiones administrativas fundamentadas en criterios técnicos, incluso en aquellos casos que planteen “cuestiones técnicas complejas”, al igual que la entera actividad de los poderes públicos en un Estado de Derecho, se encuentran sometidas por completo al ordenamiento jurídico y, por tanto, son susceptibles de fiscalización judicial.

c. En consecuencia, cuando se trate de litigios en los cuales se controvierta la legalidad de decisiones administrativas sustentadas en cuestiones técnicas, **las autoridades judiciales no están obligadas, per se, a inclinarse por la valoración previamente efectuada por la Administración**, toda vez que ello contravendría la naturaleza y los propósitos de la actividad probatoria desplegada dentro del proceso y de la función jurisdiccional misma, que tienen por objeto, precisamente, permitir a las partes obtener —o cuando menos intentar— el convencimiento del juez en favor de sus pretensiones. Y como el tribunal se halla ubicado en una posición de imparcialidad, supra partes, debe resolver la discrepancia técnico valorativa entre demandante y demandado —que se encuentran en pié de igualdad en sede judicial— apreciando la prueba pericial —en la que sin duda puede apoyarse— y la totalidad del acervo probatorio disponible, conjuntamente con el juicio técnico de la Administración, de acuerdo con las reglas de la sana

crítica y valorando la fuerza de convicción atribuible a las diferentes soluciones presentadas por las partes, sin estar vinculado ni por el dictamen pericial, ni por la apreciación administrativa previa.” (Negrilla nuestra)

También el Consejo de Estado, se refiere a la existencia de una intensidad diversa para el control normativo de las decisiones de la Administración: (i) Cuando la técnica permite varias soluciones; (ii) Cuando la decisión está tomada sobre hipótesis científicas no corroboradas (hipótesis científicas o juicios de prognosis), teniendo la administración la elección última que estime más conveniente para el interés público. En cualquiera de estos supuestos, normalmente, el juez estará a la elección tomada por la administración, salvo que demuestre que la administración incurrió en un “error manifiesto de apreciación”³⁷.

El error manifiesto de apreciación ocurre cuando la elección resulte manifiestamente desproporcionada, irrazonable o arbitraria, siendo necesario un control negativo para verificar si se transgredieron los límites del ordenamiento jurídico. Importa la figura del error manifiesto de apreciación del derecho francés y la postura de VEDEL, mostrando una postura también intermedia en la cual darle un margen muy amplio a la apreciación, puede llevar a la arbitrariedad.

El Consejo de Estado señaló en otra sentencia³⁸, recogida en el caso estudiado:

“También el juez de lo contencioso administrativo francés ha recurrido, para fiscalizar el poder discrecional de la administración, a la noción de *«erreur manifeste d’appréciation»*³⁹, de acuerdo con la cual, en palabras de Rivero y Waline, si resulta que la calificación de los hechos es tan evidentemente equivocada que hasta alguien sin conocimientos técnicos podría determinarlo, anulará la decisión⁴⁰; o, como diría Vedel,

³⁷ Se encuentra como primera referencia de esta figura de error de apreciación en Francia en los años 70 como respuesta a la crisis económica. En dicho país también se observan desarrollos jurisprudenciales de técnicas tradicionales de control como la motivación y el balance costes-beneficios en el caso *Ville Nouvelle Test*, que darían origen posterior al principio de proporcionalidad como mecanismo de control de la actuación administrativa. Sobre el particular puede consultarse CIRIANO VELA, Cesar David, en su obra *Administración Económica y Discrecionalidad*, un análisis normativo y jurisprudencial, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, página 381 y siguientes.

³⁸ Consejo de Estado, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074.

³⁹ Nota original de la sentencia citada expediente 13074: MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Tratamiento de la discrecionalidad...*, cit., pp. 229-233.

⁴⁰ Nota original de la sentencia citada: Cfr. RIVERO, Jean, WALINE, Jean, *Droit administratif*, cit., p. 253. Insisten también en el carácter «flagrante» del error manifiesto de apreciación DE LAUBADÈRE, André, VENEZIA, Jean Claude, GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, cit., pp. 696-697. Braibant y

«se comprueba desde un punto de vista muy práctico: es manifiesto un error que salta a la vista sin necesidad de ser un experto muy sagaz»⁴¹.
(...)

“Vedel, en línea con lo que hasta ahora se ha venido exponiendo en esta providencia, explica de la siguiente manera la función que en la justicia contencioso administrativa desempeña la noción de error manifiesto: normalmente los motivos de Derecho, la materialidad de los hechos y su calificación jurídica, que son el fundamento de todo acto sometido al examen del juez del exceso de poder, están plenamente sometidos al control de éste. En cambio, la «apreciación de los hechos», especialmente cuando tiene un carácter técnico, «está cubierta por el poder discrecional de apreciación de la Administración». Sin embargo, reconocer a dicha discrecionalidad una extensión ilimitada conduciría, a abusos indudables —«tratándose, por ejemplo, de la apreciación de los inconvenientes estéticos de una construcción, se concibe que el abandono total de todo control jurisdiccional sería dar paso a la arbitrariedad»—”.

El tercer caso (iii) consiste en que administración aplica criterios jurídicos que remiten a criterios técnicos que permiten identificar la única solución ajustada a derecho y si se demuestra que no fue la elegida por la administración, la intensidad del control es mayor. Se realiza un control positivo, ya que el juez puede anular la decisión e imponer la única solución que es admisible, pudiendo sustituir la escogencia realizada por la administración cuando tenga el soporte para ello.

Dice el Consejo de Estado:

“d. Cosa distinta es que, en consideración a las particularidades de cada caso concreto y a la naturaleza y complejidad de la cuestión técnica debatida, el control judicial que se lleve a cabo puede tener una intensidad diversa. Así pues, tratándose de supuestos en los cuales (i) para llevar a cabo su escogencia la Administración acude a la técnica y

Stirn, por su parte, apoyándose en la afirmación del tratadista de Derecho Administrativo inglés H.W.R Wade, según la cual «es de la esencia del poder discrecional el implicar el poder de cometer errores», aseguran que ello también opera sí en el Derecho francés, pero hasta cierto límite, pues ciertamente la Administración tiene derecho a equivocarse en su apreciación, pero a lo que no tiene derecho es a cometer un error manifiesto, es decir, un error caracterizado a la vez por su gravedad y su evidencia. Cfr. BRAIBANT, G., STIRN, B., *Le droit administrative français*, cit., p. 282. Vid. también WADE, H.W.R., FORSYTH, C.F., *Administrative Law*, 8ª edición, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 315 y ss.

⁴¹ Nota original de la sentencia citada: Cfr. VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, cit., p. 504.

ésta no reconoce como posible una, sino varias alternativas de solución igualmente eficaces para alcanzar el propósito perseguido o (ii) de aquellos casos en los cuales la decisión administrativa está basada en hipótesis científicas que no han sido corroboradas —bien porque el estado de la ciencia no lo permite, ora por tratarse de juicios de prognosis—, de suerte que la Administración habrá de efectuar la elección última atendiendo a lo que estime más conveniente para el interés público, en estos dos tipos de supuestos, el control judicial habrá de contraerse, en principio, a excluir la alternativa seleccionada por la Administración cuando ésta incurra en “error manifiesto de apreciación”, esto es, cuando la elección resulte manifiestamente desproporcionada, irrazonable o arbitraria —control judicial “negativo”, en la medida en que se limita a verificar la no trasgresión de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico—. En cambio, en los supuestos en los cuales (iii) **la Administración decide aplicando conceptos jurídicos que remiten a criterios de naturaleza técnica que permiten identificar, en el caso concreto, la única solución ajustada a Derecho y se demuestra en el proceso que no fue ésa la elegida por el órgano administrativo, la intensidad del control judicial debe ser mayor y, entonces, se tratará de un control “positivo” en la medida en que el juez habrá no sólo de anular la decisión demandada, sino de imponer la única solución que resulta jurídicamente admisible, sustituyendo, por tanto, la escogencia previamente efectuada por la Administración, siempre que exista soporte acreditativo suficiente en el expediente para proceder de tal manera y el resultado de la apreciación conjunta de la comunidad probatoria, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, así lo impongan.** e. Una vez la Administración ha satisfecho la exigencia derivada de la previsión contenida en el artículo 207 numeral 6 del Código Contencioso Administrativo y ha remitido al expediente judicial los antecedentes administrativos de su decisión, incluyendo entre ellos el concepto técnico que la sustenta, corresponde al demandante la carga de aportar los elementos de prueba que conduzcan a evidenciar el error manifiesto de apreciación en el cual ha incurrido la valoración administrativa y, cuando haya lugar a ello, a acreditar cuál es la única interpretación del concepto técnico en cuestión que resultaría jurídicamente admisible. De acuerdo con los planteamientos efectuados por la Sala en el apartado anterior, los aludidos márgenes de valoración técnica —que, en los casos igualmente referidos en dicho acápite, sin duda pueden dar lugar a la existencia de facultades discrecionales (discrecionalidad técnica)— en manera alguna suponen que el Juez de lo Contencioso Administrativo se encuentre impedido para fiscalizar el fundamento técnico de los actos administrativos demandados.

Solamente, según se explicó, en los supuestos en los cuales la ciencia o el conocimiento técnico aplicable no aporte soluciones unívocas e indiscutidas, o se trate de pronósticos o juicios técnicos que **dan lugar a la aplicación de criterios de decisión que superan el ámbito de lo estrictamente científico, el juez, en principio, se estará al criterio objetivo elegido por la Administración para decidir, a no ser que se acredite que el mismo incurre en error manifiesto de apreciación.** En los demás casos, nada obsta —según igualmente se explicó— para que el control que se practique respecto del soporte técnico de la decisión administrativa pueda tener la mayor intensidad” (negrilla nuestra).

Para el Consejo de Estado, la carga de la prueba está en cabeza del demandante quien deberá: “controvertir dichos fundamentos técnicos, una vez la Administración los ha aportado al proceso, concierne al demandante, quien, entonces, está en la obligación de allegar o proponer la práctica de la prueba pericial idónea, pertinente y conducente a cuestionar el criterio técnico tomado en consideración para resolver por el órgano administrativo. Dicha experticia, además, ha de ser valorada por el juez conjuntamente con el resto de la comunidad probatoria obrante en el expediente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

La posición del Consejo de Estado a todas luces da una solución para guiar la actividad regulatoria y realizar su control, en tanto, si esta involucra criterios técnicos con varias soluciones posibles, el juez tendrá que acoger la elección del Regulador, salvo que se demuestre un error manifiesto de apreciación. Pero si la decisión alude a criterios técnicos que sólo permiten una única solución, entonces el Regulador está obligado a dicha solución, y de no acogerla puede verse abocado a que el Juez anule y sustituya su decisión. El error manifiesto en la apreciación, el no acogimiento a la única solución justa y la arbitrariedad de la administración, conllevarán entonces a su responsabilidad patrimonial.

Es también bastante didáctico el análisis de la figura de la discrecionalidad técnica realizado por la doctrina nacional. VARGAS citando a FERNÁNDEZ señala que la discrecionalidad siendo elemento esencial de las intervenciones y regulaciones económicas ha generado que se limiten los poderes de revisión a la simple verificación de la realidad externa o formal de las decisiones administrativas porque de otra forma se invadiría la órbita de competencias de la administración.

Adicionalmente VARGAS cita a GARCIA DE ENTERRIA trayendo a colación como a pesar de ser partidario del control fuerte de la administración rechaza que el juez

realice una estimación de la discrecionalidad de la actuación legítima de la administración porque ello puede involucrar desconocer la función política que la caracteriza. Se diferencia así el poder reglado de competencias, de aquel poder de arbitrio que permite a la administración dada su formación y capacidad técnica, la posibilidad de evaluar qué es lo más conveniente o adecuado para el interés general que le corresponde tutelar⁴².

Esta tesis contrasta con su estudio de la figura de la discrecionalidad⁴³, la que siempre encuentra vinculada al ordenamiento jurídico, haciendo posible el control jurídico. También VARGAS muestra como parte importante de la doctrina excluyó de las facultades discrecionales los conceptos jurídicos indeterminados, en tanto según dicho autor

“Donde no existe en estricto sentido una potestad de arbitrio, sino la obligación de actuar de acuerdo con ese concepto. (...) Si bien es necesario concretar y ponderar en cada caso ese concepto jurídico indeterminado, ello no alcanza a convertir la potestad en discrecional, pues, como señala Garrido Falla citando a Laun, la facultad es reglada cuando hay una orden categórica de la ley que no otorga una disyuntiva válida para el órgano administrativo”.

Para VARGAS en las decisiones discrecionales hay una disyuntiva de hacer elecciones legales y válidas pero eso no excluye el control judicial. Dicho control excluirá los actos discrecionales que sean contrarios al interés general, los que resulten arbitrarios, los que sean desproporcionados y en los que haya un error manifiesto de apreciación.⁴⁴ VARGAS se inclina por la posibilidad de que en la discrecionalidad haya varias soluciones válidas, por lo cual el juez contencioso revisará si se está en presencia de aquéllas razonablemente permitidas por la norma habilitante. El control de la discrecionalidad se hará entonces a partir de revisar si existe una desviación del poder por exceder los fines del acto o si se infringen los principios constitucionales y principios generales de derecho:

⁴² VARGAS ROZO, Oscar Eduardo. “Autonomía y Arbitrio. Dos paradigmas para el funcionamiento de los Bancos Centrales. Una visión desde el Derecho Público”, en la obra *la Regulación Económica: Tendencias y Desafíos*, Colección textos de jurisprudencia, Primera Edición, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, diciembre de 2004.

⁴³ VARGAS ROZO, Oscar Eduardo. “Discrecionalidad Administrativa: naturaleza, límites y garantías ciudadanas, *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*.

⁴⁴ Pero cuando se refiere a las razones de oportunidad y conveniencia que puede tener la Administración para expedir un acto, estas razones si las excluye del control del juzgador al considerar que con estos se abriría la compuerta de presión correspondiente a la política y se conduciría al decisionismo judicial, concepto que toma de SANCHEZ MORÓN.

razonabilidad, proporcionalidad y prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos.

➤ **CONCLUSIONES SOBRE LA DISCRECIONALIDAD DEL ENTE REGULADOR**

De todo este cúmulo de teorías, de las más escépticas del margen de acción en la decisiones de discrecionalidad técnica y las más ortodoxas que están convencidas de un margen de elección u opinabilidad de la actuación administrativa que limita el control judicial, y para el tema que nos ocupa, podemos concluir que en definitiva existe un marco de acción definido en las normas que definen la competencia del regulador que deben aplicarse siguiendo los principios que limitan su actuación, que aluden a conceptos jurídicos indeterminados, o que obedecen también a criterios técnicos que deben acatarse por el regulador como autoridad técnica.

Este marco de acción debe cumplirse y guiar el ejercicio de las competencias dadas al regulador. La acción regulatoria se convierte en reglada y por lo menos no exenta del control judicial. Será tarea del juez, con los recursos probatorios con los que cuenta, revisar la ponderación realizada por el regulador – tema en el que nos detendremos más adelante-, si hubo un error manifiesto de apreciación o no cumplió con los criterios técnicos aplicables. Será su tarea revisar en decisiones de índole política, a qué obedeció la ponderación realizada para adoptar la decisión, y si las diferentes alternativas se determinaron con criterios técnicos o en respuesta a los mismos. Y también verificar los límites internos de su actuación, en concordancia con los principios generales del derecho, los cuales son de aplicación obligatoria para el sector de tecnologías de la información y las comunicaciones según el artículo 1 de la Ley 1341 de 2009.

En caso de encontrarse una actuación que genera un daño antijurídico a un destinatario de la norma, se podrá endilgar responsabilidad patrimonial al Regulador. Aún si la decisión comporta una valoración política o de conveniencia, en tanto sea ejercida por una autoridad de la que se precisa la técnica o para la cual sus decisiones están sujetas a criterios técnico-administrativos, deberá sustentarse o apoyarse en los criterios que le sirvieron de base para la elección realizada. Si dichos criterios admiten varias soluciones o está sujeto a actividades de prognosis, el Juez podrá endilgar responsabilidad cuando encuentre que existe un error grave de apreciación. Pero si el criterio sólo admite una solución y el Regulador se aparta de ella, el juez podrá anular la decisión y sustituirla y condenarlo por los perjuicios generados por la misma.

Aunque una decisión sobre la base de una norma competencial implique una valoración, el regulador no podrá apartarse del concepto jurídico indeterminado o el criterio técnico que dicha norma comporta, porque incumpliría el margen competencial que le fue dado e incurriría en una decisión ilegal y generadora de responsabilidad.

Profundizando frente a la dicotomía control-responsabilidad que puede generar el Estado Regulador frente a asuntos políticos envueltos en sus actuaciones, debemos partir de que las autoridades que encarnan dicha función, por lo general, son organismos descentralizados frente a los cuales cabe, de una u otra forma el control de tutela del superior jerárquico.

Tratándose del organismo regulador de telecomunicaciones en Colombia, incluso el Ministro y el Director de Planeación Nacional o su delegado y tres comisionados conforman la Comisión de Regulación de Comunicaciones. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es el encargado de dirigir la política económica del sector, la que debe ser ejecutada por dicho Ministerio y ser considerada en las actuaciones de los organismos reguladores.

Contrario a lo que piensa parte de la doctrina⁴⁵, no puede pasarse por alto que los organismos reguladores por su naturaleza técnica, al aplicar los objetivos y metas de política pública deben basar sus decisiones y actos, en criterios de razonabilidad de la misma índole. No por volverse ejecutoras de la política, pueden basar su ejecución en razones de política.

La tecnicidad de sus decisiones es lo que marca su nacimiento, para flexibilizar o apoyar las tareas de la administración, y su autonomía, sugiere, por lo menos en un plano ideal, su separación de criterios eminentemente políticos, como también lo sugiere GUERRA⁴⁶.

“Como se ha dicho, las agencias regulatorias envuelven el desempeño de una función ejecutiva, normativa y judicial. Esas mismas funciones se subsumen al desenvolvimiento tecnológico que a su vez va ligado a

⁴⁵ Algunos autores notan que no es predicable la responsabilidad del Estado por la expedición de reglamentos sobre actividades económicas específicas cuando la intervención se realiza en procura de un interés general, en tanto dichos actos –dentro de los que puede catalogarse la regulación–, pueden equipararse a actos de gobierno. Sobre el particular puede revisarse: ALONSO GARCÍA, María Consuelo; *La Responsabilidad Patrimonial del Estado – Legislador*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Monografías Jurídicas, Madrid Barcelona, 1999.

⁴⁶ GUERRA, SÉRGIO, *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005

atender necesidades y finalidades de políticas públicas sectoriales al que estas entidades están vinculadas.

Como efecto, la creación de estas entidades autárquicas autónomas sirve dentro de esos objetivos a la segregación de estas funciones de la administración pública directa, de aquellas atribuciones de carácter eminentemente técnico.

Ese carácter técnico de la actuación de las autoridades regulatorias autónomas se revela por medio de los requisitos de la formación técnica que la ley le impone a sus dirigentes y principalmente, por el hecho de que esos actos o normas demandan un conocimiento técnico y científico especializado para que puedan ser emanadas, aplicadas y fiscalizadas.

Vale decir, la regulación ejercida por estos entes técnicos no debe ser orientada por criterios políticos o burocráticos, de modo que permanezcan equidistantes los intereses del poder concedente o autorizador, como los concesionarios y autorizados de los usuarios o consumidores”.

Como ya lo habíamos mostrado, en palabras de PELAGATTI, existe una tendencia hacia la tecnificación de las decisiones de los órganos administrativos, incluidos los políticos, lo que conlleva que incluso las decisiones sobre la base de la política deben tener una planificación y justificación.

Esto responde al fenómeno de la globalización y el neoliberalismo que ha traído nuevas nociones como la Gobernanza que tiende hacia la concertación y participación de los actores para la formulación y asunción de las políticas públicas. Se tiende a ampliar el ámbito de las normas para responder a necesidades globales, a través de principios y estándares internacionales que claman por hacer más eficiente y eficaz la administración pública en general. En palabras de ALLI ARANGUREN⁴⁷:

“Todas estas medidas, que proceden de la gobernanza empresarial, aplicada a la Administración, tienen como finalidad <<la transformación fundamental de los organismos y sistemas públicos para que se produzcan mejoras espectaculares en su eficacia, su eficiencia, su adaptabilidad y su capacidad para innovar. Esta transformación se logra

⁴⁷ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, Derecho Administrativo y Globalización. Garrigues Cátedra. Universidad de Navarra, Thomson Civitas, Madrid 2004.

cambiando su propósito, sus incentivos, su responsabilidad, su estructura de poder y su cultura>>. Las estrategias a utilizar con tal fin son la central o del propósito, la de las consecuencias que se deriven de los resultados, la del ciudadano como cliente, la de la reducción de los controles y la de la creación de una cultura empresarial en la Administración.”

1.1.5 La regulación puede conllevar la vulneración de fines y principios obligatorios para la regulación o la violación de derechos de los regulados

➤ PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN DE LA ACCIÓN REGULATORIA

Cuando de un análisis de la acción regulatoria se encuentre que ésta se muestra acorde con los principios y criterios abordados en el punto anterior, para examinar la responsabilidad del Estado Regulador se deberá analizar si su margen de apreciación desconoció o limitó derechos o intereses de particulares, que deban ser resarcidos. En este caso, nos encontraremos en presencia de la necesaria indemnización del Estado Regulador. Para alguna parte de la doctrina, esta indemnización obedece a la figura de expropiación, para otros a la de responsabilidad. Este tema puede tener aplicación práctica en Colombia, en tanto la figura de la expropiación hace parte de nuestra Carta Política⁴⁸.

La garantía patrimonial que se erige como uno de los elementos del Estado de Derecho junto a los principios de legalidad y la tutela judicial de los derechos, supone el derecho a mantener la integralidad del valor económico del patrimonio frente a las privaciones que este sufra. Esta protección no recaerá sólo sobre bienes sino también sobre derechos y para algunos las privaciones que ocurran sobre éstos por cualquiera de los poderes públicos sólo serán indemnizables por

⁴⁸ Art. 58. Derecho a la Propiedad Privada. Modificado. Acto legislativo 1 de 1999. Art. 1°. Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de la propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.

la singularidad del daño o despojo y por la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.⁴⁹

En materia de telecomunicaciones la garantía patrimonial se erige como un principio que se origina en la libertad de empresa y la libre iniciativa, que de no respetarse generaría el falseamiento de las condiciones de concurrencia y pondría en riesgo la innovación y el desarrollo del sector de las telecomunicaciones.⁵⁰

En materia de telecomunicaciones los principios y derechos que se yuxtaponen son: el derecho de propiedad privada, la garantía de acceso a los usuarios de servicios de buena calidad, la eficiencia en la prestación de servicios, la protección de los derechos de los usuarios, la utilización de las redes e infraestructura bajo principios de no discriminación y bajo criterios de costos más utilidad razonable, la protección de la inversión. Es más, nuestro Legislador colombiano recientemente ha adoptado la Ley 1341 de 2009 que estableció una carta de principios y derechos a los que debe dársele preponderancia en el ejercicio de la interpretación y su desarrollo vía regulación.

Esta garantía patrimonial no puede ser traspasada indebidamente por la regulación, más cuando uno de los principios sobre la que se sustenta es el de “*subsidiariedad*”. Dicho principio conlleva a que el Estado limite el nivel de intervención económica, de tal forma que no traspase las posibilidades de la iniciativa privada, esto es, que permita a los particulares el desarrollo de las actividades que ellos puedan y quieran realizar con su propio esfuerzo e iniciativa. De este principio surge el carácter de la intervención administrativa que limita la regulación, más cuando el riesgo del empresario es mayor⁵¹.

El principio de solidaridad es otro principio que pone el toque social al ejercicio de derechos de los particulares y que viene a limitar el derecho de propiedad, la libertad de empresa y que justifica la imposición de cargas sociales a los regulados.⁵²

⁴⁹ ARIÑO, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica, Fundación de Estudios de Regulación, COMARES, Tercera Edición Ampliada, Granada 2004.

⁵⁰ LAGUNA DE LA PAZ, José Carlos, “Telecomunicaciones, Regulación y Mercado”, Thomson Aranzandi, Segunda Edición Ampliada, Pamplona 2007.

⁵¹ CASSAGNE, Derecho Administrativo, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

⁵² ARIÑO, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico, Ob. Citada.

La ponderación de principios para determinar si existe una limitación excesiva de derechos se convierte así en un tema de preocupación en el análisis de la responsabilidad del Estado Regulador, en la medida en que se generan inquietudes de ¿Hasta dónde hay una limitación del derecho de propiedad que amerita indemnización o responsabilidad? ¿Cuándo una afectación desproporcionada de un principio frente a otro que se buscó prevalecer por la Constitución, debe ser indemnizada?.

Algunos autores han señalado que cuando se produzca una privación singular será necesaria su indemnización, lo que nos deja en la cuestión de cuándo estamos en presencia de un límite y cuando en una privación.

Como hemos dicho, en la regulación se hace la concreción de una norma general desde una perspectiva técnica, en la cual el Regulador se encuentra entre múltiples y contradictorios intereses sociales y privados⁵³ y principios en oposición, por lo cual la regulación debe ser practicada desde una forma prospectiva debiendo el regulador realizar una ponderación de los intereses y principios en juego buscando el mayor beneficio de la actuación regulatoria.

Pero si la regulación conlleva a que sea posible realizar una ponderación de intereses y principios en juego, haciendo prevalecer los que tienen más relevancia para un caso concreto, entonces ¿cómo se puede endilgar responsabilidad al Regulador cuando en dicha escogencia terminó afectando derechos o intereses en particular o desconociendo en forma desproporcionado cierto principio?.

Si el Regulador no justifica la ponderación realizada con una motivación suficiente, dado que sobre él recae la carga de la prueba de demostrar que su decisión está ajustada a la realidad del caso regulado y a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, entonces la medida podrá ser considerada ilegal y el Regulador puede estar llamado a responder patrimonialmente.

Como vemos de todo este desarrollo, para determinar si existe un sacrificio singular de un fin o principio establecido para el regulador se requerirá un ejercicio de ponderación, tema que tiene una complejidad en la cual no nos detendremos

⁵³ GALETOVIC, ALEXANDER Y SANHUEZA, Ricardo. “Regulación de Servicios Públicos: Hacia donde debemos ir, en Estudios Públicos, No. 83, 2002, explican porque la regulación muchas veces persigue intereses difusos y diversos a los de la competencia, en tanto la regulación arbitra intereses contrapropuesto, dado que por una parte las empresas reguladas les interesan precios monopólicos mientras que los usuarios quieren los precios lo más bajo posibles sujetos a que reciban un servicio de calidad razonable.

aquí. Sólo bastará decir que el ejercicio de ponderación que puede hacer el Regulador, por su misma tecnicidad, requerirá de una argumentación y sustento técnico sobre el peso que se le da a un principio, fin, interés u a otro.

Otro punto de interés es precisar cómo debe realizar el regulador dicha ponderación.

Para ello pueden tomarse como base ejercicios como los realizados por ROBERT ALEX⁵⁴. Dicho autor muestra como si los intereses del acusado que se oponen a la intervención tienen en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquél interés a cuya preservación está dirigida la intervención estatal, entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad y con ello el derecho fundamental del acusado. El autor explica la regla de precedencia condicionada como aquella en que un principio o derecho tendrá precedencia sobre otro en un caso concreto y ante el acaecimiento de ciertas circunstancias. Entonces la realidad y las necesidades que se ha previsto el Regulador para intervenir una actividad, prevalecerá en un análisis del caso concreto.

GUERRA trae lo dicho por ALEXANDRE SANTES DE ARAGAO. Éste señala que para la consideración fructífera entre los intereses públicos y privados envueltos, la agencia regulatoria debe buscar dentro de una metodología propia la realización de la mayor efectividad posible de todos ellos -“*mandato de optimización*”- alcanzando en lo posible el consenso. Aunque GUERRA sugiere que el regulador debe buscar un punto óptimo en que se logre hacer efectivos la mayor cantidad de intereses y derechos, esta noción desde la perspectiva de la teoría de la responsabilidad del Estado puede ofrecer problemas.

No obstante, propiamente GUERRA no se detiene en determinar un procedimiento para que el regulador realice esa escogencia o preponderancia de principios o derechos y para que dicha selección sea considerada razonable y lícita. Simplemente presenta como solución el que se le dé preponderancia a los derechos individuales fundamentales.

⁵⁴ ALEX^Y ROBERT, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, página 90. Dicho autor muestra como si los intereses del acusado que se oponen a la intervención tienen en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquél interés a cuya preservación está dirigida la intervención estatal, entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad y con ello el derecho fundamental del acusado. El autor explica la regla de precedencia condicionada como aquella en que un principio o derecho tendrá precedencia sobre otro en un caso concreto y ante el acaecimiento de ciertas circunstancias.

CASSAGNE por su parte, habla de una “*interpretación integrativa*” de los fines u objetivos fijados, sin asignarle prevalencia a uno sobre otro. Lo que es similar al mandato de optimización que sugiere GUERRA. Según CASSAGNE:

“De este modo, si uno de los fines de los marcos regulatorios consiste en la protección de los usuarios o consumidores, esta protección no puede traspasar las normas regulatorias y las cláusulas de los contratos de concesión o licencia afectando los derechos de los concesionarios o licenciatarios. Tampoco se podría interpretar que corresponde a beneficiar al usuario en perjuicio de la calidad técnica del servicio. Se trata de un límite implícito de los poderes que tienen asignados los entes reguladores para proteger a los usuarios”.

GARCIA MACHO, establece que en caso de conflicto entre dos principios, se debe optar por la protección de aquél que resulte desproporcionadamente afectado con relación al beneficio que la protección del otro principio en conflicto presenta⁵⁵.

También puede utilizarse la técnica del test de igualdad y de proporcionalidad que ha sido objeto de arduo desarrollo por nuestra Corte Constitucional⁵⁶, sobre el cual nos detendremos en este trabajo en el punto 1.5.3.

No tiene sentido que esta ponderación se convierta en una discrecionalidad de las autoridades. Ya como vimos en el punto anterior, las decisiones tendrán que basarse en criterios técnicos, y aunque exista una valoración de los mismos, esta debe ser objetiva y orientada por los principios generales del derecho.

Hoy en Colombia la escogencia de una decisión regulatoria en Colombia en telecomunicaciones, no parte de un ejercicio ontológico de ponderación de principios. Esta práctica es más usual o sólo ha sido adoptada en la aplicación del derecho o en la revisión judicial de una norma jurídica ordinaria, pero no así para decidir cuál es la solución más razonable para unas necesidades específicas del sector específico. Esto puede conllevar a que el ejercicio de ponderación sea útil para el control judicial de la medida o para sugerir una modificación del procedimiento de la actividad regulatoria.

⁵⁵ GARCÍA MACHO, R.: “Contenido y límites del principio de confianza legítima”, en *Libro Homenaje al Prof. Villar Palasí*, Madrid, 1989, ed. Civitas

⁵⁶ En cuanto a la intensidad del juicio de igualdad pueden consultarse las sentencias C-112 de 2000, C-227 de 2004, C-741 de 2003, C-1054 de 2004, C-179 de 2007, C-675 de 2007 y C-875 de 2005, entre otras.

Establecer criterios para parametrizar la acción regulatoria en el ejercicio de la ponderación, se convierte en una labor esencial para el sector de telecomunicaciones, para que no incurra en decisiones irrazonables o desproporcionadas, que pueden incluso desbordar en juicios de responsabilidad para el regulador. Lo ideal es que se construyan parámetros de conducta que deben cumplirse por el regulador, que de no hacerlo, pueden generar responsabilidad por falla en el servicio.

➤ **DELIMITACIÓN DE DERECHOS VERSUS EXPROPIACIÓN**

Una de las formas en que se ha analizado la ponderación realizada por el regulador es verificando si ha existido privación o delimitación de los derechos de los reguladores. Para analizar si existe privación, se utiliza la figura de la expropiación, que tiene interés en el ámbito de una primera aproximación de la responsabilidad del Estado Regulador por la limitación del derecho de propiedad y del contenido esencial de otros derechos.

No obstante téngase en cuenta que aunque la expropiación genera derecho a indemnización no es una figura equiparable a la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que en la primera, existe la voluntad del Estado de causar un menoscabo a los gobernados.⁵⁷

De todas formas, de toda la doctrina estudiada se encuentra una tendencia a diferenciar la limitación del derecho, de la exclusión del mismo, siendo lo más frecuente que sólo la segunda genere indemnización a cargo del Estado. Pero como señalamos esta ya no será a título de responsabilidad patrimonial sino por la indemnización que corresponde por el desconocimiento de los derechos por medidas expropiatorias, y que también pueden ser de aplicación en Colombia a la luz del artículo 58 de nuestra Carta Política.

En el derecho español se ha abordado el estudio de esta institución en tanto está comprendida en la Constitución Española y la Ley 30 de 1992 correspondiente al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁵⁷ BARCELÓ ROJAS, Daniel A. Responsabilidad Patrimonial del Estado en el sistema español, Pág. 3. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos11/respo/respo.shtml>

El artículo 33 de la Constitución Española dispone el derecho a la propiedad privada, la función social de este derecho que permite la limitación de su contenido y establece explícitamente la prohibición de que nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. Lo cual se reglamenta con el citado artículo 139 de la Ley 30 de 1992 que reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizado de toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y regula explícitamente la responsabilidad por actos legislativos expropiatorios⁵⁸, estableciendo varios requisitos: (i) La aplicación de actos legislativos de naturaleza “no expropiatoria” de derechos; (ii) Que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar; (iii) Siempre que así se especifique en dichos actos.

Los actos expropiatorios son regulados por la Ley de Expropiación Forzosa, Ley de 16 de diciembre de 1994 que da un margen amplio a esta figura. El Artículo 1⁵⁹ de dicha ley incluye la privación singular de la propiedad privada o de intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

- **Intereses Legítimos y Derechos Subjetivos**

No podemos pasar a realizar un análisis de la figura de la expropiación y limitación de derechos sin hacer un estudio de conceptos incluidos en el derecho español como el de interés legítimo, figura ésta que ha tenido origen en el derecho italiano y que surgió como una forma de controlar los actos discrecionales de la administración⁶⁰. Estos conceptos ya han sido superados en tanto la responsabilidad de la administración alude a la posición de la víctima y la lesión antijurídica y no sobre la posición de la administración, pero aún así, sigue siendo objeto de mención en la doctrina y la jurisprudencia.

⁵⁸ Ley Española 30 de 1992, Art. 139. Principios de la Responsabilidad (...)

3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

⁵⁹ Ley Española 16 de 1994, “Artículo 1.

1. Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

⁶⁰ El surgimiento de estos conceptos se dio para analizar la responsabilidad del Estado por actos discrecionales, de tal forma que con uno u otro concepto se analizó si los actos generados eran resarcibles o irresarcibles.

Si la administración actuaba en forma “culposa” y violaba los derechos de los administrados, entonces se consideraba que se habían violado los derechos subjetivos de los administrados.

BOTERO⁶¹,⁶² señala frente a dichos conceptos que:

“el derecho italiano ha tenido múltiples dificultades en la recepción de la responsabilidad del Estado por violación del derecho comunitario, particularmente por la distinción tal fundamental en dicho sistema entre **interés legítimo y derecho subjetivo**”.

Para la jurisprudencia italiana hay un derecho subjetivo en aquellas situaciones en donde la norma no da un margen de discrecionalidad al ente responsable por la violación, criterio que ha sido aplicado a los casos de derecho comunitario. También frente a actos discrecionales frente a los cuales sólo procede una sola decisión lícita y frente a actos reglados de declaración o comprobación, como la autorización para la explotación de una actividad económica. Frente a las concesiones demaniales como son las que rodean la explotación del espectro radioeléctrico, no se generaba resarcimiento de daño alguno, en tanto no se afectaba derecho subjetivo alguno.

MEDINA⁶³, viene a abordar el desarrollo de esta teoría frente a las normas que se expiden para la intervención en servicios públicos, de la siguiente forma:

“Hay en cambio, otras normas, como las reguladoras de la prestación de servicios por parte de la Administración (las normas de relación), que disciplinan las relaciones de ésta con los administrados preocupándose por sus intereses particulares y reconociéndoles derechos subjetivos. La infracción de estas reglas no trastorna el interés general, pero entraña una lesión de un derecho subjetivo cuya reparación sólo puede realizarse a través del resarcimiento”.

⁶¹ BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe, Responsabilidad Patrimonial del Legislador, Universidad del Rosario, Legis, Serie Lex Novo, Bogotá, 2007.

⁶² También explica la diferenciación entre normas de relación y normas de acción que han rodeado el debate en Italia. Las primeras gobiernan la relación entre la Administración pública y los ciudadanos, dando nacimiento a los derechos subjetivos. Las normas de relación regulan la función administrativa propiamente dicha, de donde sólo nacen intereses legítimos. La importancia de esta distinción consiste en que la violación de las normas de relación es la única que da lugar a una acción de responsabilidad contra el Estado y a favor de los particulares.

⁶³ MEDINA ALCOZ, Luis, La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo, Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Thomzon Civitas, Primera Edición, España, 2005.

La figura de interés legítimo vino a tener un alcance diferente después de la Sentencia de Casación Italiana 500 de 1999, que eliminó la posición subjetiva de la administración, trasladándola desde la posición jurídica de la administración hacia el carácter objetivo de la lesión, tomando como punto de partida el daño sufrido por el administrado. Esta nueva tendencia marcó un hito en el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, en tanto supone concentrar los esfuerzos probatorios en demostrar la lesión antijurídica y en el deber de la víctima de soportar el daño.

Se deja así atrás la protección de posiciones jurídicas, para dar paso a la reparación del perjuicio.⁶⁴ La antijuridicidad no se conecta con el comportamiento o hecho ilícito, sino con los efectos perjudiciales que éste provoca en la esfera patrimonial de la víctima. El daño antijurídico no es el producido *contra ius*, sino sencillamente el realizado *no iure* o en ausencia de un título jurídico legitimador.

El interés legítimo del administrado viene a tener entonces un enfoque neutral a efectos indemnizatorios. Esto es, sólo se indemnizará el incumplimiento de una norma de relación si efectivamente se causa un daño al administrado.

A pesar de estos criterios objetivos de antijuridicidad, MEDINA señala que está muy extendida la opinión de que sólo la tutela resarcitoria opera cuando la posición jurídica del afectado no es configurable como derecho subjetivo⁶⁵, por lo cual, esta teoría de derecho subjetivo e interés legítimo seguirá siendo vital para analizar la responsabilidad por actos discrecionales, como son los del regulador.

Visto todo el desarrollo teórico de los derechos subjetivos e intereses legítimos, podemos entrever que aún desde un análisis de la actuación de la administración y de los actos que se pueden dictar para permitir a un administrado el ejercicio de una actividad económica, aunque estemos en presencia de actos discrecionales, puede generarse responsabilidad por violación a derechos subjetivos o intereses

⁶⁴ MEDINA obra citada, señala:

“El jurista puede abordar el estudio de la responsabilidad civil de la Administración con plena autonomía respecto de la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas y sin tener que adelantar, como punto de partida, la posición adoptada, de entre las múltiples que ofrece la doctrina, en torno al concepto de interés legítimo”. (...) “(...) el daño – no el interés lesionado-, constituye el núcleo central de la responsabilidad civil, porque, afirmada la estricta función resarcitoria de este instituto, **no se propone castigar conductas ni reintegrar posiciones jurídicas concretas**, sino, *si et simpliciter*, paliar en lo posible las consecuencias perjudiciales de un determinado hecho. De esta forma la concepción subjetiva de la antijuridicidad, que informa la regla de la irresarcibilidad, pero también las dos formas descritas de acceso a la responsabilidad por acto administrativo, se inserta en un sistema desfasado que adjudica al ilícito civil un papel protagonista que, en realidad no le corresponde”. (negrilla nuestra)

⁶⁵ MEDINA ALCOZ, Luis, Obra citada.

legítimos del mismo, en tanto, se trate de actos de la administración irregulares o ilícitos en tanto desconocen un procedimiento regular o en cuanto excluyen derechos previamente concedidos al particular o incluso respecto a aquellas normas emanadas de facultades discrecionales, en las que sólo era factible una única solución.

Para el análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado Regulador con MEDINA encontramos también una forma de dar solución a la tensión interés general resguardado por el regulador frente a los derechos de los particulares, desde una perspectiva de la lesión que se le ha generado al regulado y no desde la subjetividad de la acción regulatoria.

Esta situación nos inclina a endilgar la responsabilidad del Estado Regulador sobre la base de un régimen de responsabilidad objetiva como la del daño especial que abordaremos más adelante.

- **Aplicación de la noción de expropiación y limitación de derechos en el Derecho Español**

En desarrollo de la figura de los intereses legítimos inmersa en el derecho español, se consideraron como leyes expropiatorias aquellas que suprimen o privan derechos subjetivos o intereses legítimos. También subsisten las leyes no expropiatorias que causan un daño intenso sin suprimirlos. Ambas tipo de leyes o medidas son indemnizables⁶⁶.

El Consejo de Estado Español ha diferenciado este tipo de situaciones⁶⁷:

- a) Aquellas normas con rango de Ley que producen una privación singular de bienes o derechos totalmente consolidados que podrían tener carácter expropiatorio. Se debe estudiar si existe el deber jurídico de soportar el daño. Se requerirá declaración de inconstitucionalidad de la Ley y que hubieren pactado un perjuicio concreto.
- b) Otras normas que sólo causan una privación de expectativas o de intereses legítimos.

⁶⁶ JINESTA LOBO, Ernesto, Responsabilidad del Estado Legislador. Disponible en: <http://www.ernestojinesta.com>

⁶⁷ TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, Javier, “La Doctrina del Consejo de Estado en materia de Telecomunicaciones y de Servicios de Sociedad de la Información, Un estudio de Derecho Administrativo Económico, Consejo de Estado, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2005.

Dicho organismo ha señalado que existe un deber general del administrado de soportar las ablaciones que resulten de “la modificación general del régimen administrativo específico diseñado para cada sector económico”. También existirá tal deber cuando la situación normativa se proponga eliminar un resultado dañoso, ilícito o inmoral al que podría contribuir su destinatario o cuando ello resulte del contenido del título habilitante.

Según el Consejo de Estado Español no existirá tal deber cuando estemos en presencia de un daño singularizado y especial, esto es, bajo un título de imputación conocido en nuestro derecho como daño especial. Esta fue la posición en el caso Canal Satélite⁶⁸, en el que nos detendremos más adelante.

Tampoco se tuvo como expropiación la privación de derechos de Telefónica de gestionar el servicio en régimen de monopolio, en tanto el Consejo de Estado en un dictamen⁶⁹ relativo a la supuesta ruptura de equilibrio económico del contrato de concesión de dicho operador, señaló que Telefónica carecía del derecho contractual de ser indemnizada y no se acreditó que el conjunto de modificaciones en su contrato de 1991 con la entrada en vigencia de la ley 11 de 1998 haya producido el rompimiento de los supuestos económicos que le dieron origen al contrato.

- **La Aplicación de la figura de la expropiación y la limitación estudiada por GARCIA DE ENTERRIA**

Según lo muestra GARCIA DE ENTERRÍA, en el derecho español se han tenido como expropiaciones indemnizables la privación de simples situaciones de precario de actividades meramente toleradas por no contar con las autorizaciones o licencias exigibles, por el “*cambio de estrategia*” a que se ve forzada la industria que se traslada, pérdida de publicidad determinada por el traslado del local, incremento de ruidos, para lo cual se citan referencias de los fallos ocurridos desde 1979 hasta 1997, en los que se responsabilizó al Estado por dichas medidas.⁷⁰

⁶⁸ Dictamen del Consejo de Estado número 3399/98 relativo a la responsabilidad del Estado Legislador formulada por Canal Satélite Digital, SL), tomado de TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA.

⁶⁹ Dictamen del Consejo de Estado número 1598/2002 por la reclamación de Telefónica y Telefónica de España.

⁷⁰ Este punto reconfirma nuestra alusión a que el tratamiento de responsabilidad patrimonial del Estado se ha dado en relación con medidas administrativas de intervención económica, así las mismas no sean o se hayan catalogado propiamente de medidas regulatorias.

Se ha tenido como expropiación entonces todas las medidas *ablatorias*, las cuales han sido calificadas igualmente por la Corte Constitucional Italiana como “ la privación de bienes o derechos individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial” “Debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social”.

Pero aunque pareciera que esta tesis llevaría a que no se pueden desconocer en ningún momento los intereses legítimos, GARCÍA ENTERRÍA restringe dicha tesis. Señala así que una cosa es la expropiación y otra la delimitación del derecho de propiedad vía legal para concretar su función social. Admitir una tesis contraria, según GARCÍA ENTERRÍA, sería tanto como petrificar el derecho y haría imposible legislar.

Prosiguiendo con GARCÍA DE ENTERRÍA éste soporta la tesis de delimitación de los derechos, mostrando como en Estados Unidos sigue presente la regla de la inmunidad de responsabilidad patrimonial por los poderes públicos, y aún de sus agentes, salvo consentimiento expreso del propio poder, que se ha dado en virtud de la Federal Claims Act de 1946. Para finalmente evidenciar que no hay responsabilidad absoluta de la Administración porque en dicho país también opera las *discretionary functions* entre las cuales se incluyen también los reglamentos y los reglamentos inválidos.

Finalmente retoma el caso francés en el cual no existe control de constitucional posterior, para señalar que el Consejo de Estado francés ha legitimado << toda Ley que interviene en interés general y preeminente contiene implícitamente la exclusión >> de toda indemnización” (...) La indemnización se excluye igualmente cuando la Ley ha sido adoptada en vista de un interés económico general y social de orden general>>

La conclusión más importante del tema radica en que el núcleo fundamental del derecho de propiedad no implica que no se pueda limitar “*atientes*”. “Hay que hacer una distinción fundamental entre << atientes>> que implican <<desposesión>>, <<privación>> o <<desnaturalización>> de dicho derecho, de aquellas otras que no llegan a ese extremo, de modo que sólo las primeras están condicionadas por su validez al régimen de la expropiación indemnizada”.

El derecho es una alcachofa y se le pueden arrancar las hojas, más no el corazón. De esta forma se ha declarado por el Consejo Constitucional francés que no hay desposesión en medidas de intervención económica como: sujeciones inherentes al control fiscal que impiden el uso de un bien, someter a autorización ciertas infraestructuras e instalaciones, regulaciones que fijan reglas en caso de explotación de fincas, la prohibición por una Ley de que las empresas periodísticas puedan realizar operaciones financieras, ni las medidas de prohibir situar instalaciones de una estación de televisión radiodifundida en la parte superior de un edificio. Por el contrario sí constituyen medidas expropiatorias que desconocen el derecho de propiedad, las nacionalizaciones y las privatizaciones.

Un aporte a la discusión lo tiene su estudio profundo de la sentencia de la Ley de Costas sobre una nueva regulación de aguas, para analizar cuales innovaciones de la ley traen un despojo de situaciones individualizadas indemnizables y cuales simplemente delimitación. De estos casos se concluye que no hay derecho de propiedad tratándose de concesiones demaniales concedidas para la utilización de aguas que son de dominio público, por lo cual no puede hablarse de expropiación, sino simplemente de limitación de derechos. Si la ley fuera expropiatoria y no trajera la indemnización cuantificada con criterio de “proporcional equilibrio”, puede ser declarada inconstitucional.

- **Posición de otra parte de la doctrina sobre expropiación y limitación de derechos**

CASSAGNE diferencia entre limitación de derechos y delimitación de los mismos. La limitación opera sobre el ejercicio de los derechos mientras que la delimitación actúa sobre el contenido normal del derecho. Según CASSAGNE dado que los derechos son relativos y si no se desnaturaliza la esencia del derecho, la limitación del derecho no será indemnizable. Caso contrario, tratándose de los daños provocados por la ejecución del acto administrativo que la impone o cuando el ataque que se infiera al derecho de la propiedad sea sustancial⁷¹.

La diferencia entre expropiación y delimitación de derechos también es abordada por MESTRE DELGADO⁷² para el cual existe una diferencia entre la expropiación y el acto realizado por el Legislador para delimitar derechos, aunque resulte en la práctica difícil realizar una distinción entre una y otra figura. Este autor trae a colación las consideraciones realizadas por el Tribunal Constitucional Español

⁷¹ CASSAGNE, Derecho Administrativo, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

⁷² MESTRE DELGADO, Juan Francisco, La Responsabilidad del Estado Legislador, en la obra Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2004.

frente a las medidas adoptadas para el sector funerario en 1996 cuando se excluyó de su prestación a las autoridades locales y se permitió la libertad de entrada para su prestación a cualquier persona que cumpliera los requisitos.

El Tribunal señaló que:

“las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, aunque impliquen una reforma restrictiva de derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no dan por sí solas derecho a una compensación indemnizatoria, sino que, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos, es ésta procedente teniendo en cuenta las exigencias del interés general. En este caso, el legislador ha regulado de forma diferente la prestación de los servicios funerarios pero no ha privado a quienes los prestaban de su derecho a continuar haciéndolo, si bien ajustándose a un régimen de libre competencia, con lo que sólo ha limitado el modo de hacerlo por considerar la concurrencia en su prestación, previa autorización municipal reglada, más útil o conveniente para la economía”.

La expropiación indemnizable de los derechos se presenta para MESTRE cuando se afecta el contenido esencial de los derechos, representado en la privación efectiva de los mismos. Habrán otros criterios adoptados por los tribunales españoles para la distinción referida, que pueden servir de base para el análisis de la responsabilidad del Estado Regulador como es la necesidad de *consolidación patrimonial de los derechos relevantes económicamente* para que su desaparición por obra de la nueva regulación pueda ser considerada como una privación singular susceptible de dar derecho a indemnización.⁷³

ORIOI MIR PUIGPELAT⁷⁴ es otro expositor de la diferenciación de la delimitación de derechos y la expropiación siendo bastante crítico de los criterios para realizarla en tanto para él es un *continuum*: donde termina la una empieza la otra de tal forma que su diferenciación es de carácter eminentemente subjetivo. Para MIR PUGPELAT se ha dado un alcance muy amplio al concepto de expropiación, lo que tampoco quiere decir que se pueda permitir que el legislador pueda regular como quiera los derechos patrimoniales a cambio de una indemnización al afectado. Cuando una delimitación de derechos rebase cierto punto se convertirá

⁷³Ibídem

⁷⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol, La Responsabilidad Patrimonial de la Administración hacia un nuevo sistema, Civitas, Madrid 2002-

en expropiación. Pero para MIR PUIGPELAT esto no es posible en el contexto español donde claramente la Constitución otorga garantía al contenido esencial del derecho de propiedad, entonces cuando no se respeta el derecho esencial del derecho de propiedad no estamos en presencia de una expropiación sino ante una norma inconstitucional.

Para este autor, las tesis amplias del concepto de expropiación que surgieron en Alemania ya han dado un paso atrás. Y viene a distinguir (i) la expropiación, (ii) la delimitación constitucional de derechos sin derecho a indemnización y (iii) la delimitación inconstitucional de derechos, en la cual se recibirá indemnización no por aplicación de la expropiación sino de otras figuras (responsabilidad extracontractual); en la primera se privan total o parcialmente posiciones jurídicas patrimoniales mediante un acto jurídico de Derecho público dirigido a producirla, realizada para la satisfacción de determinadas finalidades públicas. La delimitación de derechos constitucional sobre el derecho de propiedad que requiere configuración legal, para determinar qué pertenece a ese derecho de propiedad con base en los lineamientos constitucionales de función social, proporcionalidad y razonabilidad. Y la delimitación inconstitucional que no la hace según MIR PUIGPELAT una ley expropiatoria sino inconstitucional. Para este autor, la delimitación de derechos es eminente normativa y modificadora del derecho y la expropiación, no es normativa ni muta el derecho, éste sigue siendo el mismo después de la medida ablatoria.

Una variación que establece MIR PUIGPELAT es que no toda delimitación de derechos es no indemnizable. En nuestro criterio la delimitación de derechos la sustenta sobre la base de una carga excepcional del afectado, lo que la acerca mucho a la figura de daño especial que analizaremos posteriormente.

“Cuando una regulación legal limite la propiedad de una forma en general ajustada a la Constitución, pero, en algunos casos concretos produzca cargas especiales injustificables o inexigibles desde la perspectiva de los principios de proporcionalidad o igualdad, y ello pueda ser corregido mediante una compensación económica, la Ley deberá preverla, porque, de lo contrario, será inconstitucional”.

La expropiación vendrá en una etapa posterior a la delimitación del derecho. Esta última será constitucional cuando se pasa un ejercicio de ponderación frente a los demás valores o preceptos constitucionales en juego. Una vez verificada que supera esa ponderación se deberá revisar que “la misma resulte proporcionada al fin perseguido, que respete el contenido esencial del derecho limitado y otros principios como el de igualdad, y señaladamente, el de confianza”.

Haciendo alusión a la aplicación de este último principio, surge así para MIR PUIGPELAT la necesidad del derecho transitorio que palie los efectos de la limitación de derechos, ya sea mediante ayudas para la adaptación o compensaciones económicas.

No obstante aunque para algunos la simple delimitación de derechos no genera responsabilidad patrimonial del Estado, es importante ver como algunos autores como JIMENEZ LECHUGA⁷⁵ al referirse a la Responsabilidad del Estado Legislador presenta la posición de los Tribunales Españoles que reconocen responsabilidad por leyes que no son inconstitucionales ni expropiatorias, procediendo ésta cuando se trate de daños inmerecidos, singulares o especialmente intensos, trayendo a la mesa incluso elementos éticos para la calificación del daño indemnizable. A mi modo de ver, más acotada su interpretación a la generación de responsabilidad por daño especial.

Dicho autor señala “en tales supuestos se producen, efectivamente daños que, valorados desde un punto de vista ético o equitativo, podrían calificarse de <<inmerecidos>>, por lo que <<deberían merecer>> correlativamente, <<algún género de compensación>>”.

Para este autor, esto debe entenderse frente a la ley en sentido lato, por cuanto los reglamentos son plenamente fiscalizables en vía contenciosa, directa o indirectamente.

- **Regulatory Takings**

Esta materia se aborda a partir del completo análisis realizado por MARMOLEJO GONZALEZ⁷⁶, de la Universidad Santo Tomás de Chile en su estudio de las Expropiaciones y Tratados de Protección de Inversiones (*Regulatory y Takings and Bilateral Investment Treatis.*). Este autor después de hacer un análisis concienzudo de esta teoría concluye que es susceptible de ser aplicada a distintas situaciones de derechos de propiedad en cualquier sistema económico que reconozca y ampara la libertad económica. La opción de los Estados se mueve entonces entre la expropiación y la regulación.

⁷⁵ JIMENEZ LECHUGA, Javier, La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español, Una visión de conjunto, Marcial Pons, Monografías Jurídicas, Madrid Barcelona, 1999-

⁷⁶ MARMOLEJO GONZALEZ, las Expropiaciones y Tratados de Protección de Inversiones (*Regulatory y Takings and Bilateral Investment Treatis.*), Universidad Santo Tomás – Chile.

El tratamiento en el derecho surge de la doctrina del Juez OLIVER WENDELL HOLMES⁷⁷ sentada en el caso Penn vs Coal, que establece que “while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes to far it will be recognized as a taking”.

GARCIA ENTERRÍA también se refiere a esta teoría norteamericana, ya que diferencia entre expropiación (*taking*) y la regulación de un derecho, en el cual la responsabilidad por el hecho de las leyes sólo sería viable cuando una ley se considera expropiatoria. Dicho autor cita el caso Miller vs. Schoene, 1905 para aclarar la diferencia de dichos conceptos:

<<Aunque “no hay un fórmula para determinar cuándo una *regulation* concluye y cuando comienza un *taking*” (...) puede decirse, como proposición general, que el *eminent domain* toma (*take*) una propiedad y la aplica para un uso que beneficia al público, mientras que el *police power* (fuente normal de la *regulation*) restringe al propietario en el uso o disfrute de su propiedad porque un ejercicio ilimitado de los derechos de propiedad es considerado contrario al interés público, formula impuesta en la Corte Suprema desde 1920>>-

Notar que esta teoría de “*regulatory takings*” fue abandonada entre los 40 y 60 en Estados Unidos y su sustento puede verse retomado con la teoría económica de *property rights* que inició con el Teorema de Coase⁷⁸, que terminó con el proceso desregulador y privatizador llevado a cabo en la década de los 60. Luego resurgiría con el nacimiento de la escuela de *Law & economics*.

Un expositor de dicha escuela, THOMAS ERGER de la Universidad de Hamburgo, definió también la expropiación regulatoria de la siguiente forma: “If the regulatory act causes a considerable reduction in value of the asset, <<regulation>> becomes <<regulatory taking>> and compensation had to be paid”⁷⁹.

⁷⁷ Citado por MARMOLEJO GONZÁLEZ.

⁷⁸ Se le atribuye a Ronald Coase el resurgimiento del análisis de los derechos de propiedad. El teorema señala que cuando los costes de transacción son cero o equivalentes a cero y los derechos de propiedad están bien asignados, las regulaciones se hacen innecesarias puesto que el acuerdo de las partes resulta ser más eficiente que una intervención externa. Vale decir, la eficiencia de la regulación dependerá de esta cuándo emule el acuerdo de las partes o de la asignación correcta de los derechos de propiedad.

⁷⁹ ERGER THOMAS, “Protection of private ownership rights against interference by private persons and by government”, <http://igidr.ac.in/~babu/law/course.html>

De los precedentes y doctrina citados por MARMOLEJO para explicar la teoría de regulatory takings, llaman la atención las siguientes reglas propuestas para diferenciar las expropiaciones regulatorias:

- a. COOTER⁸⁰, propone una solución para los tribunales basada en el principio de elasticidad según la cual “cuando el Estado responde elásticamente al precio de una restricción y los privados responden inelásticamente al riesgo de una restricción las Cortes debieran concluir que una restricción estatal en una expropiación”.
- b. BEST que diferencia expropiaciones categóricas de las expropiaciones regulatorias. En las primeras se trata de aquellas acciones que derivan de una expropiación a causa de la naturaleza y propósito esencial de una política gubernamental, de la extensión de una restricción sobre el uso y disfrute de una propiedad o bien de una pérdida económica que afecta al propietario. Las expropiaciones regulatorias refieren a cuando dicha regulación tiene un efecto demasiado oneroso para el propietario o bien si este considera la acción gubernamental demasiado intrusiva para sus intereses.
- c. Caso *Goldblatt v. Hempsted*, 369 U.S. 590 (1962) que analiza cuando termina el efecto de una regulación y comienza el de la expropiación, en la cual el efecto económico del daño en el patrimonio del propietario debe ser considerado.
- d. Casos *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987); *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374 (1994) que tratan sobre el criterio de coherencia que debe existir entre el acto y la legitimación sustancial de los intereses del Estado.
- e. Casos *Hodel v. Irving*, 481 U.S. 704 (1987) y *Babbitt v. Youpes*, 519 U.S. 234 (1997), que refieren al criterio de interferencia de algunos de los atributos del dominio.

Como podemos ver los criterios de *regulatory takings* no se alejan mucho del desarrollo de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de que trata la doctrina europea y colombiana, dado que si la decisión es razonable y proporcional con unos principios o intereses públicos definidos, las medidas se deben tomar como *regulation* y no como *taking*. También podemos encontrar una similitud entre esta figura y la que conocemos en nuestro derecho como la de daño especial.

⁸⁰ COOTER, Robert, “The Strategic Constitution”, Princeton University press, 2000, pag. 455, Citado por MARMOLEJO.

Otro tema de utilidad abordado por MARMOLEJO GONZÁLEZ es la procedencia del derecho a compensación cuando se presenta una expropiación, siendo estos los precedentes o doctrina citados, más importantes para nuestro análisis:

- a. LUECK & MICELI (2004) establecen doctrinas sobre los mecanismos de compensación distinguiendo (i) la doctrina del uso nocivo según la cual no se compensa la regulación por salud, valores o seguridad de la comunidad; (ii) doctrina de la prueba de disminución de valor por la cual procede la compensación cuando la regulación va más lejos de lo razonable en la reducción del valor de los sitios o propiedades objeto de su ámbito y (iii) la excepción de molestias que considera la compensación improcedente para las regulaciones que prevengan molestias para el bien común en la salud, por ejemplo. Se mide la compensación considerando la eficiencia del uso de propiedad y la decisión del gobierno. Si el gobierno sobre regula la propiedad habrá derecho a compensación, si la regulación tiene una respuesta óptima, no habrá derecho a la compensación.
- b. Caso Metlacad⁸¹ sobre un conflicto entre dicha empresa y el Gobierno de México con base en el TLCAN. Sobre dicho caso MARMOLEJO transcribe la fórmula del cálculo de la compensación que se realiza sobre el valor justo del mercado de la inversión sobre la que se realiza la expropiación considerando el valor corriente, el valor de los activos y otros criterios para calcular el valor justo del mercado. La sentencia de Metalclad afirma en su párrafo 119 que “normalmente el valor justo de mercado de una empresa en actividad que ha tenido una trayectoria de rentabilidad puede basarse en la estimación de ganancias futuras, sujeta a un análisis de actualización de los flujos de fondo”. Si la empresa no estuviera operando entonces se debe tener en cuenta la inversión realmente afectada por la inversión.

El tratamiento internacional de la figura de expropiación regulatoria en materia de inversión extranjera, que no es objeto de estudio concienzudo de esta memoria de grado, nos interesa desde la perspectiva de los criterios para calificar las medidas como expropiatorias y no expropiatorias, entre los cuales se encuentra la revisión de que las medidas no sean discriminatorias, estén ponderadas con los fines perseguidos y respondan a materias de reconocido interés público.

⁸¹ Esta es la reseña del caso realizada por MARMOLEJO: “Dicha empresa adquirió una instalación para disponer desechos peligrosos en San Luis de Potosí. El historial de la instalación incluía descargas tóxicas sin regular y conflictos con comunidades locales. El Gobierno federal mexicano aprobó provisionalmente la instalación de la planta en 1995. Metaclad presionó y finalmente demandó al Estado Federal mexicano bajo el Capítulo XI del Nafta alegando que las demoras en la aprobación de la planta a nivel federal constituían expropiación”.

En el terreno internacional se cataloga la expropiación de directa e indirecta. La directa será aquella cuando la inversión es nacionalizada o de otra manera directamente expropiada a través de transferencia del título de propiedad mediante medidas físicas.

La desposesión, “*taking*”, privación también son usadas. Pero no todas las medidas que interfieren la propiedad son expropiación. De esta forma se diferencian los criterios para distinguir entre expropiación y medidas legales aceptadas en el marco internacional:

“las medidas estables, en principio, son el ejercicio legal de poderes públicos, que pueden afectar intereses foráneos considerablemente sin calificarse de expropiación. Es más, los activos foráneos pueden ser objeto de impuestos, restricciones al comercio que envuelven licencias o cuotas, o medidas de devaluación. Aunque singulares hechos pueden alterar los casos citados, en principio estas medidas no son ilegales y no constituyen expropiación” (...) “medidas no discriminatorias, relacionadas con anti-trust, protección al consumidores, seguros, protección ambiental, planeación de la tierra y <<non-compensable takings>> son consideradas esenciales para funcionamiento eficiente del Estado.”⁸²

Nótese que la figura de *regulatory takings* ha sido retomada en los Acuerdos Bilaterales de Inversión o BITS, en los que no ha sido deslindado en forma clara la expropiación directa e indirecta. La jurisprudencia ha utilizado diversos criterios para diferenciarla como son el grado de interferencia con el derecho de propiedad, el carácter de las medidas del gobierno y la interferencia con las expectativas razonables del inversionista. Para estos efectos los tribunales no sólo revisan el efecto de la medida sino también su propósito y proporcionalidad para determinar si procede la compensación. Aunque los conflictos por inversión extranjera crecen, lo cierto es que los casos tienden a no considerar expropiatorias las medidas gubernamentales no discriminatorias relacionadas con el medio ambiente, salud y seguridad, integridad del mercado y políticas sociales.

Queda claro que en el terreno del marco internacional de protección a la inversión, la medidas regulatorias que limiten derechos de sus destinatarios, no podrían catalogarse como expropiatorias.

⁸² OECD, “Indirect Expropriation” and the “Right to regulate” in internacional investment Law”. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>

➤ LIMITACIÓN DE DERECHOS EN EL DERECHO COLOMBIANO

En Colombia también se reconoce la posibilidad de que el legislador y el regulador en ejercicio de su función de regulación y control puedan limitar los derechos de los particulares. Para este efecto la Corte Constitucional, respondiendo a tendencias internacionales., ha construido dos metodologías, frente a derechos de relevancia en la normatividad de intervención económica: (i) Para las limitaciones en relación con el derecho de igualdad; (ii) Para las limitaciones en relación con el derecho de libertad económica.

En relación con el análisis del derecho de igualdad, la Corte ha traído las tendencias del derecho norteamericano y europeo, para revisar su viabilidad⁸³.

Se comienza con analizar si se está en presencia de una norma que otorgue un tratamiento desigual a dos personas comparables y situaciones de hecho similares. La Corte señala⁸⁴:

“6. Ahora bien, como el análisis del derecho a la igualdad parte de una concepción relacional que se construye en las situaciones concretas, el intérprete debe definir y aplicar tres etapas: i) debe establecer cuál es el criterio de comparación (“*patrón de igualdad*” o “*tertium comparationis*”), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza⁸⁵; ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual. Este análisis consiste en la valoración de los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. De ahí que el intérprete se detendrá en el estudio de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de los medios empleados respecto del fin perseguido”.

⁸³ QUINCHE RAMÍREZ, Miguel Fernando, Derecho Constitucional Colombiano, de la Carta de 1991 y sus reformas, Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-684A/11 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

⁸⁵ Sobre la explicación del concepto “término de comparación”, pueden verse, entre muchas otras, las sentencias C-022 de 1996, C-1191 de 2001, C-810 de 2007 y C-106 de 2004.

Los postulados de igualdad y no discriminación, a pesar de ser amplios en su concepción, poseen limitaciones que tienen como fundamento esa misma diferencia que el mandato constitucional consagra como un derecho, restricción frente a la cual la Corte Constitucional ha sido lo suficientemente explícita. Y es por eso, que frente a la igualdad y la no discriminación hemos de advertir que se admite que situaciones análogas reciban trato diferente, dado que no toda diferenciación implica discriminación⁸⁶. Razón por la que se ha afirmado que el tratamiento disímil debe estar justificado en razones de orden objetivo.⁸⁷ Es decir, pueden existir tratos diferenciales siempre y que, exista una justificación razonada y razonable para ello.

Para verificar si la distinción es razonable se utiliza el test de razonabilidad, para lo cual se procede a verificar de qué diferenciación se trata para analizar qué tipo de test utilizar. El test débil, leve, flexible es el que se utiliza para verificar las realizadas en materias económicas. En este caso el criterio es verificar que la medida sea adecuada para alcanzar el propósito que no esté prohibido por el ordenamiento⁸⁸- Aunque las nuevas tendencias de la Corte muestran que el criterio busca un fin *razonable* (respetar los derechos adquiridos de personas que reciben un servicio público)⁸⁹.

A pesar de que GALEANO muestra los cambios jurisprudenciales en la materia, acogeremos la tesis tradicional que ha sido objeto de análisis de BERNAL⁹⁰ y QUINCHE⁹¹, por sólo mencionar unos pocos. Según estos tratadistas se analiza: (i) Si el fin buscado y el medio empleado son legítimos, es decir, que no están constitucionalmente, prohibidos, y (ii) Establecer si el medio es adecuado, es decir, si es adecuado para alcanzar el fin propuesto. Si se cumplen estos criterios la norma dictada a pesar de tener un tratamiento disímil para personas iguales puede ser considerada constitucional.

⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, C-310 de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Expediente D-2102 - Acción de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. - Demandante: Benjamín Ochoa Moreno. Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA. Bogotá, D.C., noviembre 12 de 1998.

⁸⁸ QUINCHE RAMIREZ, obra previamente citada. Hace referencia a la sentencia de la Corte Constitucional C-093 de 2001, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁹ GALEANO, Fernando “Test de Igualdad en la jurisprudencia constitucional”, Observatorio Constitucional, Universidad de los Andes. Disponible en: http://www.observatorioconstitucional.com/test_igualdad.pdf

⁹⁰ BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004, citado por QUINCHE, obra previamente citada.

⁹¹ QUINCHE RAMIREZ, Obra citada.

El test de igualdad si ha sido objeto de utilización en decisiones de trascendencia en el sector de telecomunicaciones colombiano. Es así como con base en dicho test, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones no permite pujar por la banda AWS en la próxima subasta 4G a celebrarse en junio de 2013, al operador dominante en el mercado de voz móvil, dadas sus condiciones diferenciales con otros operadores y el riesgo del contagio de dominancia del mercado de voz móvil al mercado de datos móviles.⁹²

En relación con la limitación al derecho de la libertad económica, la Corte Constitucional utiliza una metodología⁹³, en la que se analiza entre otros si se respeta el núcleo esencial de la libertad de empresa:

“en materia de restricción de las libertades económicas la jurisprudencia constitucional ha señalado que son constitucionalmente legítimas de cumplir las siguientes condiciones: (i) debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) debe respetar el “núcleo esencial” de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (iv) debe responder a criterios de razonabilidad y **proporcionalidad en sentido lato**”.

En relación con la limitación de derechos fundamentales, estas son posiciones más recientes de la Corte Constitucional en las que muestra la imposibilidad de inferir el núcleo esencial de un derecho de las normas legales y su carácter cambiante de acuerdo al entorno. También una tendencia a aplicar la teoría de derechos subjetivos para determinar dicho núcleo necesario del derecho⁹⁴:

⁹² Sobre el particular pueden revisarse considerandos de la Resolución MINTIC 449 de 2013, “Por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para otorgar permisos para el uso de hasta 225 MHz de espectro radioeléctrico en las bandas de 1.850 MHz a 1.990 MHz, 1.710 MHz a 1.755 MHz pareada con 2.110 MHz a 2.155 MHz y 2.500 MHz a 2.690 MHz para la operación y prestación del servicio móvil terrestre”. Citando jurisprudencia sobre el derecho de igualdad de oportunidades en el acceso al espectro, dicha entidad concluye: “Que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional citada, la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético debe ser garantizada sin desconocer las condiciones que determinen un desequilibrio ya sea jurídico, social o económico, en tanto debe estar orientado a promover la competencia, y a evitar las prácticas monopolísticas en el uso del mismo. En ese contexto, al determinar las condiciones de acceso la administración deberá considerar la equivalencia de situaciones y circunstancias de manera que los diferentes agentes que requieren el acceso al uso del espectro no podrán gozar de ventajas carentes de justificación”.

⁹³ Sobre el particular pueden consultarse las sentencias de la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-392/07, Sentencia C186 de 2011, sentencia C 974 de 2002 y sentencia C 1162 de 2000.

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-743 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“La Corte ha indicado que respecto de los derechos fundamentales, la reserva de ley estatutaria no se predica de la regulación de todo evento ligado a los derechos fundamentales sino solamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales, de modo que las leyes estatutarias no deben regular en detalle cada variante o cada manifestación de dichos derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio; y para definir los elementos estructurales esenciales, la jurisprudencia constitucional se ha valido de la teoría del núcleo esencial, según la cual, los derechos fundamentales tienen: **(i) un núcleo o contenido básico que no puede ser limitado por las mayorías políticas ni desconocido en ningún caso, ni siquiera cuando un derecho fundamental colisiona con otro de la misma naturaleza o con otro principio constitucional; y (ii) un contenido adyacente objeto de regulación.** De conformidad con la jurisprudencia constitucional es competencia del legislador estatutario desarrollar aspectos importantes del núcleo esencial, siendo, asuntos importantes del núcleo esencial propios de leyes estatutarias: (i) la consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones de alcance general; y (ii) los principios básicos que guían su ejercicio. Otro elemento que puede deducirse a partir de un examen de la estructura de los derechos fundamentales es la definición de las prerrogativas básicas que se desprenden del derecho para los titulares y que se convierten en obligaciones para los sujetos pasivos” (subrayado nuestro).

(...)

En relación con los **mecanismos de participación ciudadana**, la Corte ha señalado que aquellas disposiciones que comprometen el núcleo esencial del derecho de participación deben ser tramitadas como estatutarias. Por consiguiente, **“aquel reducto esencial que es absolutamente necesario para que tal derecho pueda ser ejercido y sea efectivamente tutelado, debe ser regulado mediante este trámite especial. En este sentido, las disposiciones que tengan el significado de introducir límites, restricciones, excepciones, prohibiciones o condicionamientos al ejercicio del derecho”⁹⁵, están sometidas a los procedimientos especiales “.** (...)

“Una respuesta que se dio en los primeros años de la Corte es que el núcleo esencial es **definido por la Constitución y corresponde a la ley estatutaria desarrollar el contenido adyacente más cercano al**

⁹⁵ Pie de página que viene de la Sentencia C-743 de 2011: *Cfr.* sentencia C-580 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

núcleo⁹⁶; sin embargo, en esta línea jurisprudencial no se define cuál es el contenido adyacente más cercano al núcleo.⁹⁷ Además, como ha reconocido la propia Corte, las cláusulas constitucionales sobre derechos fundamentales tienden a ser abstractas y generales, lo que hace difícil extraer de ellas un contenido mínimo de los derechos.

Una segunda respuesta que se ha expuesto en la jurisprudencia constitucional es que es competencia del legislador estatutario **desarrollar aspectos importantes del núcleo esencial**, con lo que parece sugerirse que tal núcleo es delineado tanto por el constituyente como por el legislador estatutario.⁹⁸ Algunos de los asuntos importantes del núcleo esencial que son propios de las leyes estatutarias y que han sido señalados por la Corte son: **(i)** la consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones de alcance general⁹⁹, y **(ii)** los principios básicos que guían su ejercicio¹⁰⁰. Otro elemento que puede deducirse a partir de un examen de la estructura de los derechos fundamentales es la definición de las prerrogativas básicas que se desprenden del derecho para los titulares y que se convierten en obligaciones para los sujetos pasivos.

La segunda respuesta parece ser la más coherente con los recientes desarrollos de la jurisprudencia constitucional, en los que se evidencia la adopción de un criterio histórico de construcción de los derechos

⁹⁶ Pie de página que viene de la Sentencia C- 743 de 2011: En la sentencia C-313 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte afirmó: “*Obsérvese, finalmente, que la ley estatutaria se refiere, en cada caso, a un derecho determinado y su fin es desarrollar su ámbito a partir de su núcleo esencial definido en la Constitución*”. Luego, en la sentencia C-408 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte precisó: “(...) *cuando de la regulación de un derecho fundamental se trata, la exigencia de que se realice mediante una ley estatutaria, debe entenderse limitada a los contenidos más cercanos al núcleo esencial de ese derecho, ya que se dejaría, según interpretación contraria, a la ley ordinaria, regla general legislativa, sin la posibilidad de existir; toda vez que, se repite, de algún modo, toda la legislación de manera más o menos lejana, se encuentra vinculada con los derechos fundamentales*”. (negrilla fuera del texto) Ver también la sentencia C-981 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁷ Pie de página original de Sentencia C-743 de 2011: En algunas sentencias no se habla de núcleo esencial sino de contenido mínimo del derecho o de elementos estructurales esenciales. Ver por ejemplo la sentencia C-646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁸ Pie de página original de sentencia 743 de 2011: En este sentido, en la sentencia C-993 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, la Corte sostuvo: “*Cuando una ley **regule aspectos principales e importantes del núcleo esencial** de un derecho fundamental, en este caso del habeas data, el proceso de formación de esta ley debe haber sido el de una ley estatutaria so pena de ser expulsada del ordenamiento jurídico por vicios de forma.*” (negrilla fuera del texto).

⁹⁹ Pie de página original sentencia C743 de 2011. Ver sentencias C-425 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-247 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-374 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-251 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1338 de 2000, M.P.(E) Cristina Pardo Schilesinger, C-981 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰⁰ Pie de página que viene de la sentencia C-743 de 2011: Ver sentencia C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

fundamentales. Según este criterio, **los derechos fundamentales se amplían con el paso del tiempo y dependen de lo que en una sociedad considera fundamental en un momento histórico y a partir del concepto de dignidad humana.**¹⁰¹ Por tanto, el contenido de los derechos cambia y se expande, para lo cual es importante la labor de actualización del legislador estatutario y del juez constitucional.¹⁰²

¹⁰¹ Pie de página original sentencia 743 de 2011. Esta tesis puede apreciarse en sentencias como la T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, y T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En la primera la Corte recordó que el concepto de dignidad humana evoluciona y, por tanto, también los derechos fundamentales. La Corte aseguró: “(...) *el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la ‘libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle’ y de ‘la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad’, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias. || En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica). Así, por ejemplo, en la actualidad existe consenso en torno a la absoluta necesidad de que los procedimientos judiciales y administrativos estén fijados normativamente (principio de legalidad) y que prevean la posibilidad de controvertir pruebas, presentar las propias y de rebatir argumentos y ofrecer los propios (derecho de defensa), para que la persona pueda ser libre y activa en sociedad; mientras que serán las circunstancias concretas las que definan si una cirugía estética únicamente persigue intereses narcisistas o responden a una necesidad funcional, para que la persona pueda ser activa en sociedad (v. gr. alteraciones funcionales y dolor que exigen una reducción de senos). Resulta ejemplarizante la discusión en torno al reconocimiento de derechos fundamentales a personas jurídicas, en la cual el consenso logrado únicamente se explica por la necesidad de proteger elementos funcionalmente indispensables para la correcta operación jurídica de estas instituciones. || Lo anterior, debe precisarse, no implica que en sí mismo derechos constitucionales no tengan carácter fundamental. La existencia de consensos (en principio dogmática constitucional) en torno a la naturaleza fundamental de un derecho constitucional implica que prima facie dicho derecho se estima fundamental en sí mismo. Ello se explica por cuanto los consensos se apoyan en una concepción común de los valores fundantes de la sociedad y el sistema jurídico. Así, existe un consenso sobre el carácter fundamental del derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad. Los consensos sobre la naturaleza fundamental de estos derechos claramente se explica por la imperiosa necesidad de proteger tales derechos a fin de que se pueda calificar de democracia constitucional y de Estado social de derecho el modelo colombiano. No sobra indicar que, en la actual concepción de dignidad humana, estos derechos son requisitos sine qua non para predicar el respeto por dicho valor.” (subrayado nuestro)*

¹⁰² Pie de página original sentencia C-743 de 2011: Esta labor de delimitación y actualización es reconocida en la sentencia T-227 de 2003, en la que la Corte explicó que la definición de las obligaciones reclamables y que hace que una exigencia de la dignidad humana se traduzca en derecho subjetivo, es producto de decisiones constitucionales, legislativas e, incluso, jurisprudenciales.

Con esto se muestra una tendencia de la Corte a aceptar que puede existir una limitación a los derechos, en contrapartida a la exclusión del derecho, que ocurriría cuando no se cumplen con todos los criterios definidos en su metodología o cuando se desconoce el contenido básico de dicho derecho.

➤ **CONCLUSIONES SOBRE PONDERACIÓN DE LA ACCIÓN REGULATORIA Y LIMITACIÓN VERSUS EXCLUSIÓN DE DERECHOS**

De todo este recuento, vemos que no existe una noción única para revisar la ponderación que realiza la Administración, y en nuestro caso, el Regulador, respecto a principios, fines y la afectación a derechos de los regulados.

Pero si se encuentra algunas tendencias: la primera a que existan criterios de control para revisar la ponderación frente a los fines y principios considerados para lo cual se deberá apelar a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a la utilización de técnicas como los test de igualdad y de proporcionalidad, y sin que se descarten los parámetros dados por las normas competenciales. Para esta revisión será esencial constatar claramente las competencias del ente regulador que se han consagrado en la ley así como la motivación sustentada de las decisiones realizadas por el Regulador. El juez entonces podrá utilizar mecanismos probatorios asequibles en nuestra legislación, como pueden ser los peritajes técnicos, para revisar qué criterios técnicos utilizó el regulador para aplicar una ponderación específica y verificar los parámetros de ley.

La otra tendencia es a que se distinga entre delimitación y expropiación de derechos, para efectos de verificar si el Estado debe indemnizar al perjudicado independientemente de que sea por aplicación de la figura de responsabilidad, para el primer caso o de expropiación en el segundo caso.

La delimitación del derecho tendrá que realizarse por ley o enmarcarse en el desarrollo de una norma competencial, por la actividad reguladora. La delimitación del derecho, por regla general, no genera responsabilidad ni derecho a indemnización, pero no se descarta que pueda imputarse al Regulador el daño especial generado al regulado.

Cuando se presenta una privación del derecho de tal forma que se afecta su contenido esencial y se hace vía una ley o una norma reguladora, entonces el Estado deberá indemnizar los daños causados. Si una ley decide expropiar derechos patrimoniales legalmente protegidos entonces establecerá las medidas

compensatorias para restaurar el derecho o interés que muta por vía legislativa. Si no lo hace, la norma será inconstitucional y surgirá el deber de indemnización a cargo del Estado Regulador.

1.1.6 El catálogo de acciones del Regulador para efectos de determinar la responsabilidad.

Este acápite nos servirá para mostrar las tendencias en cómo la naturaleza de la acción ejercida por el Regulador puede variar el alcance de la responsabilidad o puede hacer al Regulador no responsable.

En definitiva el Regulador cumple diferentes tipos de actuaciones: la normativa, de autorización, correctiva y de solución de conflictos. Citando a MARIN¹⁰³:

“Así pues, ha de entenderse que la función de regulación constituye una forma de intervención estatal en la economía, integrada por un haz de facultades de la más diversa índole –normativa, de adopción de decisiones singulares (autorizatorias, sancionatorias, entre otras) o de despliegue de actividades materiales– que apuntan a evitar que la sola operatividad de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales del Estado constitucional, social y democrático de derecho” (...)

“Lo expuesto deja claro que la regulación no constituye una fuente de derecho positivo –como sí lo son la Constitución, la ley o el reglamento– sino una actividad o función pública a cargo del Estado, la cual bien puede servirse de diversas fuentes normativas para expresarse, ora puede materializarse en actividades de otro orden, no normativas, en operaciones materiales de intervención; empero, resulta innegable que en ocasiones la actividad regulatoria se plasma en normas de carácter general, expedidas en ejercicio de función administrativa, con vocación de permanencia en el tiempo –es decir, en reglamento³⁵–, así como también puede traducirse en la expedición de actos administrativos individuales, particulares y concretos”.

GUERRA también diferencia las diversas categorías de funciones regulatorias involucradas: la función normativa, en la cual la regulación lo que busca es

¹⁰³ MARIN, Hugo, Norma Regulatoria, mito o realidad? Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 3, segundo semestre/2009, Universidad Externado de Colombia

determinar que ciertas conductas sean obligatorias, prohibidas o permitidas en fase del derecho. En este punto comienza realizando un análisis de la regulación como norma y su naturaleza jurídica lo que es muy útil para abordar el primer punto de análisis de este documento. Otra, la función ejecutiva de las autoridades reguladoras, las que equipara a la función de policía administrativa y que se presenta cuando la autoridad regulatoria regula y otorga permiso para el ingreso a una actividad o para la utilización de cierto recurso. Y por último la facultad judicial, que se refiere a la capacidad de volcar la actuación regulatoria a la solución de conflictos.

MAGIDE, por su parte, sorprende con una visión distinta sobre el alcance de la regulación, para mostrar cómo las autoridades independientes en un régimen constitucional, no ejercen verdaderas funciones normativas de intervención económica, ya que su actuación responde a normas generales que vienen de la Constitución, la ley y el reglamento. De esta forma las facultades normativas de las autoridades regulatorias son simplemente de ordenación porque no gozan de una discrecionalidad configuradora^{104, 105}. Para MAGIDE una discrecionalidad configuradora es aquella cuyo ejercicio permite a una determinada organización administrativa contribuir, siempre en el marco de la ley, de modo innovativo y relevante a la determinación de las condiciones que caracterizan un sector de actividad administrativa, participando así de manera decisiva en la definición de una determinada política sectorial. La discrecionalidad configuradora se predica de la potestad y del efecto que produce en un determinado ámbito.

MAGIDE para definir las facultades de supervisión de las autoridades independientes muestra la tendencia a equipararlas como funciones de policía administrativa y estudia a varios autores alemanes como STOBER, GRÖSCHNER y BELLINGER. El primero la asimila a una función de policía administrativa que permite el dirigismo en la actividad económica. El segundo, la ve como una protección contra los peligros que pueden surgir de actividades empresariales tipificadas en las normas que regulan la supervisión. El tercero considera que la supervisión está dada por la ordenación de la respectiva actividad que limita la esfera de libertad de los particulares. Para BADURA no sólo es una medida de

¹⁰⁴ Para dicho autor téngase como ordenación la elaboración de las normas y el dictado de los actos administrativos que establecen con cierta unidad de sentido la organización y funcionamiento de una determinada parcela de la vida de la comunidad, o al resultado de dicha actividad, es decir, a ese conjunto de normas y actos discrecionales conformadores.

¹⁰⁵ Justifica esta posición retomando a BELLINGER, tratadista alemán, quien muestra como la supervisión carece de un carácter innovador y se dirige a asegurar el cumplimiento de las exigencias impuestas por la actividad del gobierno y encauzamiento de la economía. La dirección de la economía corresponde al condicionamiento de la actividad de los particulares por motivos de conveniencia mientras que la supervisión es el control de la actividad de acuerdo con parámetros previamente definidos.

policía sino de dirección de la economía. Retomando el mercado de valores la supervisión viene a ser el cierre del sistema de regulación.

MAGIDE define la supervisión como la actividad de la administración mediante la cual se busca garantizar que los sujetos privados o públicos que actúan en un régimen de derecho privado que operan en un determinado sector o desarrollan una determinada actividad se ajusten en su actuación a lo establecido en la ordenación de dicho sector o actividad. Incluye las facultades de vigilancia e inspección, en la posibilidad correctora de imponer mandatos imperativos y un control represivo por imposición de sanciones. La supervisión depende de la ordenación dada en la norma competencial.

Todo lo anterior nos conlleva a pensar que la actividad de supervisión y control debe verse más como una obligación de medio y no de resultado. El regulador no es garante de que se obtenga un resultado específico en el mercado de telecomunicaciones o un beneficio para los consumidores o destinatarios de la regulación. Ello no es óbice para que por aplicación de los títulos de imputación de falla de servicio y daño especial se pueda imputar responsabilidad al Estado Regulador.

➤ **LAS FACULTADES DE REGULACION Y VIGILANCIA EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO DE TELECOMUNICACIONES**

Retomando esta conceptualización de MAGIDE, tenemos que en Colombia la función de vigilancia e inspección está dividida entre dos entidades: el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Superintendencia de Industria y Comercio.

La primera en relación con el cumplimiento de las normas del sector¹⁰⁶ y la segunda en relación con la verificación ex post de la sujeción al régimen de libre y leal competencia en el sector¹⁰⁷ y del régimen de protección de usuarios dispuestos por el organismo regulador¹⁰⁸. No obstante, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, organismo regulador objeto de nuestro estudio, también tiene una función de verificar el funcionamiento del sector para prevenir prácticas anticompetitivas en el sector de telecomunicaciones¹⁰⁹ y de televisión¹¹⁰, pudiendo

¹⁰⁶ Artículo 18, numeral 11. Ley 1341 de 2009.

¹⁰⁷ Decreto Ley 2153 de 1992 modificador por la Ley 1340 de 2009.

¹⁰⁸ Decreto 4886 de 2011.

¹⁰⁹ Artículo 19 y Artículo 22 numeral 2 Ley 1341 de 2009.

imponer medidas generales o particulares previa la constatación de fallas de mercado en el sector. Las medidas particulares corresponden a reglas de comportamiento diferenciales a los operadores según su posición en el sector y previa verificación de fallas de mercado. Esto hace que también pueda mostrarse la actividad regulatoria de promoción de competencia ex ante como de supervisión.

El caso de la CMT de España al que se refiere MAGIDE, puede traerse a colación para notar que las medidas de supervisión del mercado y los remedios correctores de la CRC, no son en sí misma una discrecionalidad configuradora dado que la finalidad de promoción de competencia está dada por la ley¹¹⁰.

Las demás facultades normativas del regulador colombiano en telecomunicaciones, corresponden a facultades normativas simples, en tanto, el regulador tiene unas facultades generales que debe desarrollar con base a principios, lo que hace que éste si tenga una discrecionalidad configuradora y ejerza funciones normativas propiamente dichas.

➤ **ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD SEGÚN LA FUNCIÓN REGULATORIA INVOLUCRADA**

Claramente los diversos alcances de cada una de estas funciones abordadas por la actuación regulatoria, puede generar disímiles grados del análisis de la responsabilidad del Estado regulador. No podrá predicarse igual responsabilidad cuando el regulador dispone una norma general, a cuando aplica una norma específica a ciertos destinatarios en la solución de un conflicto o un operador dominante previa la verificación de una falla de mercado. O puede exigirse mayor grado de diligencia o un más alto estándar de actuación para catalogar si ha existido una falla en la función de regulación.

Aunque en Colombia no existe una graduación de la falta para endilgar responsabilidad patrimonial, como sucede en Francia, si servirán estos criterios incorporados en la jurisprudencia y doctrina internacional para calificar la acción del regulador que genera falla en el servicio por incumplimiento del marco normativo o de sus obligaciones.

¹¹⁰ Artículo 12, Ley 1507 de 2012.

¹¹¹ MAGIDE, obra citada.

CALANDRI¹¹² muestra como en el terreno francés se exigen diferentes estándares de conducta según se trate de la facultad de regulación pura y simple- o como llama GUERRA, normativa-, para la cual bastaba con que el Regulador hubiera incurrido en falta simple para que se generara responsabilidad del Estado Regulador, o si se trataba de la facultad de control, se exigía que el regulador hubiera incurrido en falta grave. La falta grave es una exigencia que están realizando los tribunales franceses a instancias de permitir la actuación de la administración en asuntos de gran trascendencia que trató de llevarse al campo del control de la regulación. Sobre este punto nos detendremos al referirnos a este título de imputación.

GUERRA también toma en cuenta, su diferenciación de las actividades de regulación, para realizar un tratamiento diverso de la responsabilidad, de tal forma que si la actuación es de policía administrativa como en el caso de concesiones o permisos, la responsabilidad será objetiva cuando el regulador actúa excediendo las competencias legales que le han sido conferidas o por omisión o la inercia en un punto que reclamaba su actuación; si la función es normativa, será por violación de los límites de la actividad y si es de control, tendrá que revisarse la teoría de la responsabilidad predicable del error judicial siendo posible que se endilgue responsabilidad a los directivos de la agencia reguladora, por dolo o fraude.

TORRES DE SILVA Y LOPEZ DE LETONA, se refieren también a la facultad de supervisión haciendo referencia a los asuntos de responsabilidad extracontractual del Estado que se han dado en el sector financiero español, frente a los cuales nos referiremos más adelante. El alcance de la facultad de supervisión no puede ir hasta que las entidades de control y vigilancia tengan el carácter de garantes de solvencia o de correcta actuación de las entidades supervisadas. No se vuelven garantes de la solvencia ni del éxito de las entidades supervisadas. Si la entidad supervisada incurre en prohibiciones dispuestas en la regulación que producen problemas de solvencia y perjuicios en el ahorro del público, no puede imputarse responsabilidad a la entidad de vigilancia y control, salvo que se pueda acreditar que el funcionamiento normal o anormal de dicho servicio público produjo causalmente a los particulares inversores una lesión que no tenían el deber jurídico de soportar.

En España también se han encontrado casos que notan una tendencia a ser más rigurosos en el examen de la actuación del regulador cuando se trata de funciones de vigilancia y control, y más cuando está en juego la protección del interés público del ahorro público en el sistema financiero. Un elemento que marca la

¹¹² CALANDRI, LAURENCE, Recherche Sur la Notion de Régulation en droit Administratif Français, L.G.D.J. L'extenso éditions, 2008.

pauta en el análisis es hasta qué punto puede responsabilizarse al ente regulador de acciones perpetradas por los vigilados. ¿En qué punto comienza la responsabilidad del que incurrió la falta y donde comienza la responsabilidad del regulador encargado de realizar el control? En el caso de España, demostrado que la entidad actuó con diligencia y no siendo factible demostrar el nexo causal entre los actos de la entidad de vigilancia y los perjuicios causados, no es viable que se lo responsabilice por los perjuicios causados por incumplimientos o violaciones normativas de los vigilados. Sobre estos casos nos detendremos en el capítulo 3.

1.1.7 Responsabilidad por la expedición de regulación incorporada en reglamentos o normas de mayor jerarquía.

Retomemos entonces ahora, el análisis que se ha realizado sobre la responsabilidad en la expedición de reglamentos, que pueden tener en común, que es expedida para el ejercicio de funciones de intervención económica, como la regulación.

MAGIDE¹¹³, recomienda una tesis restrictiva de la regulación en el derecho continental como el nuestro, para considerar sólo la actividad de ordenación desarrollado por un organismo que tiene dependencia funcional de la ley y el Gobierno y supervisa la actuación de los regulados con base en un marco normativo dado. En oposición al esquema amplio de intervención que tienen las autoridades regulatorias independientes de Estados Unidos, que fijan la política del sector, fijan su estructura y las pautas esenciales de su funcionamiento, esto es, que dirigen, la economía de un sector determinado¹¹⁴. Sería pertinente retomar esta posición en otro trabajo en el que se aborde el alcance de la actividad regulatoria, tema que excede esta memoria de grado. No obstante se menciona para notar como aún en un sentido amplio de la regulación, el Estado regulador puede verse llamado a responder patrimonialmente por sus actuaciones.

¹¹³ MAGIDE HERRERO, Mariano, Límites Constitucionales de las Administraciones Independientes, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000

¹¹⁴ MAGIDE muestra como la incorporación en el derecho continental de las administraciones independientes trajo que se les diera unas amplias facultades que no son propias de nuestra tradición de derecho y conformación de la administración pública. Si bien puede tener razón, lo cierto es que esa importación ha hecho que en la práctica se les de unas facultades regladas definidas en unas leyes marco competenciales, con un margen de apreciación que hace que incluso puedan ir más allá de la mera supervisión de un sector, sino también en la ordenación de su conformación.

Para nuestro estudio, aún la regulación realizada por reglamentos expedidos por el Gobierno, y no realizada por una autoridad regulatoria técnica, tiene sus límites y puede generar responsabilidad del Estado Regulador.

En el abanico de autores que trabajan el tema del desarrollo de la responsabilidad de la Administración vale la pena destacar ALONSO¹¹⁵ quien aduce que, en principio, no podía generarse responsabilidad cuando la lesión provenga de ciertos actos administrativos como aquellos generales que concretan el ejercicio de potestades normadoras destinadas a conformar y ordenar la vida social. La exoneración de la responsabilidad vendrá dada entonces por el criterio de oportunidad política que necesariamente ha de asistir a la administración cuando realiza sus funciones.

Esta autora muestra como tesis nugatorias de la responsabilidad fueron reconocidas en sentencias referidas a la intervención económica, como pudieran ser la ordenación de precios o las desviaciones monetarias.

En su estudio, esta etapa viene a ser superada por una de admisión de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por la adopción de reglamentos, la que justifica en el propio carácter de la potestad reglamentaria, sobre las cuales no se puede predicar la soberanía – en cuanto no constituye la legítima expresión del pueblo- ni su preeminencia dado que están sometidas al principio de jerarquía normativa.¹¹⁶

Retomando al doctor GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ALONSO, señala que desde la perspectiva de la responsabilidad administrativa, el daño es indemnizable cualquiera sea su origen, ya sea reglamento, un acto administrativo, legal o ilegal, o una actuación material o una simple omisión.

Existen otros trabajos que pueden ser novedosos pero no tan recientes que hacen un análisis de la arbitrariedad en los reglamentos, como es el caso de DAVID BLANQUER¹¹⁷, para quien siendo la potestad reglamentaria eminentemente discrecional pasa a analizar, según lo describe en el prólogo GARCÍA DE ENTERRÍA, cómo pueden controlarse los reglamentos analizando el límite de su

¹¹⁵ ALONSO GARCÍA, María Consuelo; La Responsabilidad Patrimonial del Estado – Legislador, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Monografías Jurídicas, Madrid Barcelona, 1999.

¹¹⁶ Criterios como este harían que hoy fuera más plausible endilgar responsabilidad por la regulación técnica proferida por organismos especiales, que hacerlo por los daños que pueda generar la misma Ley.

¹¹⁷ BLANQUER, David, El control de los Reglamentos Arbitrarios, Prólogo de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, CIVITAS, Primera edición 1998

contenido y los principios del control de sus hechos determinantes como son los de proporcionalidad, de incongruencia, de desviación de poder, de prohibición de diferenciaciones arbitrarias y de enriquecimiento injusto, y la necesidad de la existencia de un fundamento objetivo, racional y razonable.

Esto puede aplicarse válidamente a la expedición y control de los actos normativos de regulación. Esta doctrina va en la misma línea de lo que se ha encontrado en este trabajo de grado, y es que las actividades de ordenación económica, como la regulación, pueden generar responsabilidad por desconocimiento de los principios generales del derecho, los que sustentan la actividad administrativa y la ordenación en sí misma.

El control de arbitrariedad en los reglamentos hasta la época de edición del trabajo de BLANQUER había sido escaso destacándose unas pocas sentencias. Las primeras de ellas fueron promulgadas por el Tribunal Supremo a finales de la década de los 50 y otras con ocurrencia desde 1978, lo que asombra en la medida en que la Constitución Española establece claramente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes públicos.

Su aplicación al tema regulatorio surge de que las sentencias referidas se refieren a medidas regulatorias impugnadas referidas a actividades económicas como la producción de aceite para el consumo humano y la actividad taurina. En el primero de los fallos se omite el control de la arbitrariedad del reglamento al entender el Consejo de Estado que dicha entidad no puede entrar a discernir sobre las medidas técnicas asumidas para la protección de la salud y la vida humana en la producción de aceite. Para BLANQUER una cosa es que mediante el control se pueda discernir sobre la adecuación de las medidas y otra, sobre si tienen un fundamento objetivo y racional, si son proporcionadas o abusivas.¹¹⁸ En el segundo caso citado, el Tribunal Supremo omite el control del reglamento para la seguridad social de los toreros al considerar que quererlos mejorar en ese aspecto era una decisión política que no era susceptible de control.

Según palabras de BLANQUER

“nadie cuestionará que optar entre favorecer a unos o a otros es una decisión política no controlable por un Tribunal, pero ello no quiere decir que un Tribunal no pueda controlar si esa diferencia de trato es

¹¹⁸ Esto parecería sugerir la necesidad de que sean entidades técnicas y especializadas las que se encarguen de controlar si la regulación es adecuada o no.

discriminatoria, si tiene un fundamento objetivo y razonable, o si (por decirlo con las propias expresiones de la Sentencia del 30 de octubre de 1985) << existen contradicciones injustificadas o iniquidades manifiestas>. Examinar si la opción del Gobierno es incoherente o si es desproporcionada no implica cuestionar que se favorezca a unos o a otros, no constituye una vulneración de la división de poderes, sino una prueba de su existencia”.

El no control de la arbitrariedad de los reglamentos, preeminente en los fallos referidos, no es la regla general, ya que se evidencian casos de control de arbitrariedad de la intervención en un caso de la fijación de cuotas en la producción de azúcar. En éste se verificó si la norma tenía un fundamento racional y objetivo. Para el control de la arbitrariedad de los reglamentos señala BLANQUER:

“se pueden utilizar técnicas jurídicas bien conocidas como la exigencia de la prueba (la exigencia de pruebas empíricas que acrediten que el contenido científico o técnico de un Reglamento tiene un fundamento constatable), o instituciones jurídicas comúnmente admitidas (como el principio de proporcionalidad o la desviación de poder)”.

BLANQUER retoma también la experiencia norteamericana que ha anulado reglamentos irrazonables pese a haber respetado el mandato conferido por el Legislador. En el asunto *Manhattan Gen. Equip. Co. V. Commissioner of Internal renevue*, el Tribunal Supremo declaró que para ser válido un Reglamento no sólo debe ajustarse a la Ley sino que además debe ser razonable.

La arbitrariedad de los reglamentos entra a valorarse entonces desde la revisión de los principios generales del derecho como la prohibición del enriquecimiento injusto y desde el test de proporcionalidad y razonabilidad, para revisar si existe congruencia entre los medios utilizados y los fines perseguidos, la medida representada para revisar si se utilizaron los medios adecuados para alcanzar el fin determinado, si existe desviación de poder en razón a que los fines de la norma son distintos a los que le son propios, si la medida crea discriminación en contradicción al principio de interdicción de arbitrariedad.

Se marca entonces una diferenciación entre el control de arbitrariedad de los actos administrativos y los reglamentos, señalando BLANQUER que frente a estos últimos no pueden los tribunales dictar un pronunciamiento de plena jurisdicción ni suplantar a la Administración en el ejercicio de la potestad discrecional, no se

podrá imponer al Gobierno cuál será el contenido material de la norma que debe dictar.

Como podemos ver, las disertaciones sobre el control de los actos del regulador y su potencial de generar responsabilidad patrimonial del Estado, no distan mucho de las referentes a los reglamentos de ordenación económica.

Bajo este criterio, es claro, que aun tratándose de reglamentos que se expidan en ejercicio de la actividad regulatoria, se puede predicar la responsabilidad del Estado Regulador, por tratarse de reglamentos arbitrarios o irrazonables, que permitirá imputar el daño antijurídico a la autoridad regulatoria correspondiente.

1.1.8 La regulación como el ejercicio legítimo de intervención económica: ¿lesión jurídica?

Si no se ha podido encuadrar la acción regulatoria como violatoria del ordenamiento legal, los principios generales del derecho, los principios propios del sector o contrario a los criterios que la obligan, y el Regulador expide una regulación o ejerce una acción, en cumplimiento de las funciones y fines que le han sido dispuestos, se puede justificar su acción al estar en presencia de un daño jurídico, esto es, que el destinatario estaba obligado a soportar.

En desarrollo de la noción del daño jurídico, al existir una norma o principio que pueda servir como causal de exoneración que conlleve a que se tenga que soportar el daño, no podría endilgarse responsabilidad por la acción regulatoria.

Al referirnos al daño entendemos por “toda aminoración patrimonial sufrida por la víctima”¹¹⁹, por lo cual podrá generarse daño por todo aquello que pueda ser objeto de valoración patrimonial y que está efectivamente protegido por el Estado. Es ahí cuando desde la Constitución podemos observar que el título jurídico de las personas cuya vulneración generaría daño resarcible sería los derechos de los ciudadanos y la sociedad que son reparables por el Estado si se tiene en cuenta las obligaciones correlativas que en la garantía de su ejercicio le recaen.

¹¹⁹ HENAO, Juan Carlos, El Daño, Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Julio 1998.

La obligación de reparar del Estado Regulador genera incertidumbre cuando encontramos que el daño antijurídico es aquel que la víctima no está obligado a soportar. Aunque el daño que haya sido producido sea imputable a la acción de la administración, no genera responsabilidad cuando la víctima si estaba obligada a soportar el daño. Pueden ser casos de daño soportable por la víctima el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa judicial, el pago de un impuesto, el cumplimiento de una obligación impuesta por ley.¹²⁰ Sumado a estos casos en que la Ley necesariamente impone el sacrificio al particular, también están aquellos en que el interesado se coloca voluntariamente en una situación de riesgo concurriendo o no su voluntad de aceptar sus consecuencias, lo que está aparejado a la concurrencia de la culpa de la propia víctima. También se genera la obligación de reparar el daño cuando se hace un uso fraudulento de las posibilidades que brinda el ordenamiento jurídico.¹²¹

Estos últimos presupuestos que generarían la obligación de soportar el daño, revisten importancia en materia regulatoria, en tanto puede considerarse que por el sólo hecho de prestar un servicio objeto a regulación, el particular se somete de entrada a la misma, o incluso si el mismo decide prestar una actividad o utilizar un recurso del Estado, asumiendo los riesgos de dicha decisión, los que son manifestados en forma expresa por la Administración¹²². También surgiría dicha

¹²⁰ HOYOS DUQUE, Ricardo, La Evaluación jurisprudencial y doctrinaria de la responsabilidad patrimonial del Estado: ¿Un concepto limitado o absoluto? Centro de Estudios sobre Gerencia Jurídica, Bogotá, julio-diciembre de 2008.

¹²¹ LOPEZ MENUDO, Francisco, GUICHOT REINA, Emilio y CARILLO DONAIRE, Juan Antonio, la Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, Editorial Lex Nova, 2005.

¹²² Sobre el particular considerar que en materia regulatoria en Colombia las autoridades tienden a dejar cláusulas de asunción de riesgos por el operador, que pueden considerarse como cláusulas de exoneración de responsabilidad de las que puede predicarse su inconstitucionalidad e ilegalidad. No obstante, puede considerarse que el operador asumió el riesgo si decide prestar la actividad aún a sabiendas de que existe dicha cláusula y no hace ninguna salvedad expresa frente a ella. Sobre el particular tener presente que el Acuerdo 10 de 2006 de la Comisión Nacional de Televisión respecto a la prestación del servicio de televisión por suscripción estableció una cláusula según la cual:

“Artículo 24. Determinación de la asunción de riesgos en las concesiones de televisión por suscripción. El riesgo de operación, de orden comercial (demanda y cartera), de financiación (consecución de financiación y condiciones financieras, regulatorio (distinto de la regulación de la Comisión Nacional de Televisión, tales como nuevas disposiciones legales o interpretaciones realizadas por la autoridad competente) y de obtención de licencias y/o permisos, entre otros, serán asumidos por el concesionario, que haya participado en la licitación pública o solicitado permiso para operar el servicio de televisión por suscripción cableada o satelital, respectivamente, que haya presentado solicitud para expansión de cobertura o que haya presentado solicitud de prórroga del respectivo contrato de concesión. Parágrafo primero.- Dentro del riesgo de operación, entre otros, se encuentra la posibilidad que tiene la Comisión Nacional de Televisión de adjudicar nuevas concesiones de televisión en cualquiera de sus modalidades. Parágrafo Segundo.- La presentación de la oferta o de la solicitud para el otorgamiento de una concesión, así como la solicitud de expansión de cobertura y/o prórroga del contrato, implica su declaración en el sentido de haber realizado los análisis correspondientes y la consecuente inclusión en sus modelos de rentabilidad económica en la asunción de riesgos mencionados.

obligación de soportar el daño, en tanto sea el mismo particular el que ha realizado conductas frente a las que pueda cuestionarse su legalidad, como cuando suceden fallas de mercado con ocasión de conductas de operadores dominantes en el mercado.

Aquí surge un debate interesante alrededor de que el destinatario de la regulación por el sólo hecho de vivir en sociedad y estar en un mercado que puede ser objeto de intervención económica del Estado y por ende de regulación, estaría obligado, en principio, a asumir la acción regulatoria del Estado y las consecuencias de ésta. En el mismo sentido, un destinatario de regulación en virtud de un contrato que está sujeta a la acción reglamentaria del concedente, tema que alude más al concepto de responsabilidad patrimonial contractual del Estado, que no se aborda en esta memoria de grado.

Esta parecería ser la tesis del Tribunal Constitucional Español que en relación con leyes de contenido económico ha considerado que aunque generen perjuicios a los administrados, están dentro del margen de configuración del legislador democrático.¹²³

La construcción de esta tesis se basa, entonces, en que la lesión proveniente de la regulación deviene en jurídica y por tanto el destinatario está obligado a soportarlo, y más cuando la Administración ha actuado conforme a derecho, cumpliendo con todos los parámetros y derroteros en su actuación.

En ese sentido encontramos sentencias del Tribunal Supremo Español que acogen la teoría del margen de tolerancia que opera según LOPEZ MENUDO y otros¹²⁴ cuando la Administración adopta una decisión compleja en un contexto

Una cláusula similar existe en la Resolución 449 de 2013 referente a la subasta 4G, en la cual se establece en el artículo 14 inciso 2:

“La explotación del espectro radioeléctrico será por cuenta y riesgo del asignatario del permiso y tanto la oferta como el costo de las obligaciones asociadas al permiso serán asumidas con base en su propio cálculo y, en consecuencia, no habrá lugar a devolución o reconocimiento alguno sobre los valores pagados por el asignatario por concepto del uso del espectro, ni procederá reclamación alguna por parte del asignatario en este sentido, derivada de la ocurrencia de hechos de cualquier naturaleza, tales como, pero sin limitarse a ellos, reajustes por cambios en las variables del entorno económico, regulación expedida con posterioridad a la asignación, variaciones en las condiciones de utilización, impuestos, cambios en el mercado de telecomunicaciones, o cualquier otro elemento que le haya servido para realizar su oferta y asumir las obligaciones de la presente resolución y demás normas pertinentes”.

¹²³ BARCELÓ ROJAS, Daniel A. Responsabilidad Patrimonial del Estado en el sistema español. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos11/respo/respo.shtml>

¹²⁴ LOPEZ MENUDO, Francisco, GUICHOT REINA, Emilio y CARILLO DONAIRE, Juan Antonio, la Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, Editorial Lex Nova, 2005.

fáctico que se presenta; aunque se determine que la decisión es ilegal y se causó un perjuicio al ciudadano, no procedería la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta figura del margen de apreciación proviene de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que ha sido acogido en algunos casos por el Tribunal Supremo Español. Como señala LOPEZ MENUDO y otros:

“Si se indaga lo <<razonable>> del ejercicio de facultades discrecionales o de la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados, bien que en conexión- en el razonamiento del Tribunal Supremo- no ya con la conducta de la Administración, sino con el concepto de lesión antijurídica” (...)

“El Tribunal Supremo (haciendo relevancia a STS de 29 de octubre de 1998) aborda las relaciones entre potestad discrecional, concepto jurídico indeterminado y responsabilidad. Su razonamiento da relevancia, a los efectos de la responsabilidad, al margen de apreciación de que dispone la Administración, si bien trata de conciliarlo con el principio de responsabilidad objetiva. El elemento en que apoya su argumentación es el de la antijuridicidad”.

LOPEZ MENUDO y otros recogen estos apartes importantes de la STS del 29 de octubre de 1998, que es un esfuerzo importante del Tribunal Supremo por encuadrar la figura del margen de apreciación de la administración con el régimen de responsabilidad objetiva existente en España. En resumen, el ejercicio del margen de apreciación haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión:

“En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución Española. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables debería entender que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste se lleve a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo”.

En otra Sentencia STS del 24 de enero de 2002, referente a la denegación de una licencia de un supermercado por los problemas de tráfico que genera, en la que el Tribunal consideró que no estaba justificada dicha decisión, tampoco declaró la indemnización en tanto no podía preverse que se obtendría la licencia. El análisis de LOPEZ MENUDO y otros analizan varias sentencias del Tribunal Supremo mostrando que el Legislador ha facultado el ejercicio de las facultades discrecionales para que la administración actúe dentro de unos márgenes de apreciación siguiendo únicamente unos parámetros reglados, estando el particular obligado a soportar el daño. Dichos autores muestran a lo largo del escrito como una decisión razonada y razonable, está llamada a soportarse.

Este análisis no deja de ser novedoso, en tanto existiendo los títulos de imputación, como la confianza legítima, falla del servicio o daño especial, la decisión puede haberse adoptado siguiendo los derroteros reglados, ser razonada y razonable, pero aun así presentarse la responsabilidad del Estado Regulador al ocurrir un daño antijurídico que el particular no está obligado a soportar. Claramente, podrá presentarse mayor obligación de soportar el daño ante una decisión discrecional respecto a la cual se cumplan los principios de proporcionalidad, razonabilidad, y en la que no se viole el núcleo esencial de derechos o se limiten los mismos, pero no así ante una decisión que enmarque una falla en el servicio de regulación o que genere un daño especial al destinatario.

La responsabilidad del Estado por la actuación lícita que encaja si se tienen en cuenta los elementos caracterizadores de la regulación previamente analizados, se ha enmarcado bajo la premisa de que se genera responsabilidad siempre que se genere un sacrificio anormal o especial de la víctima. Con lo cual si además de que la actuación es legítima, el sacrificio no es anormal, también estaremos en presencia de un daño no indemnizable.

Esta figura del sacrificio especial puede ayudar a analizar la oposición intereses generales – intereses de los particulares, principios de orientación regulatoria versus derechos privados. Para este efecto parece útil mencionar la teoría de la conversión construida sobre el derecho alemán, que se erige sobre la siguiente premisa:

“la prevalencia del interés público sobre los derechos privados se refleja únicamente en la posibilidad de conversión de los mismos en su equivalente o giusta indennità”.¹²⁵

SANTAMARÍA citando a ALESSI y a GARRIDO FALLA establece como se soluciona dicha dicotomía: haciendo la distinción entre limitaciones y sacrificio; se debe tratar de un sacrificio y no de una limitación abstracta del derecho, de la exclusión del daño ocasionado a los intereses legítimos, al tratarse de una lesión legítimamente impuesta.¹²⁶

Nuevamente para analizar entonces la juridicidad del daño, se pueden utilizar las técnicas para diferenciar la delimitación y la privación del derecho y así verificar si estamos en presencia de un sacrificio especial, o simplemente utilizar las técnicas para verificar la existencia un daño especial, tema al que nos referiremos más adelante.

Ahora bien, en desarrollo de la noción del daño jurídico, al existir una norma o principio que pueda servir como causal de exoneración que conlleve a que se tenga que soportar el daño, no podría endilgarse responsabilidad por la acción regulatoria. El problema será entonces en el tipo de norma que debe señalarse, y si incluso, todas estas teorías señaladas previamente como la discrecionalidad de la acción regulatoria, la prevalencia de los intereses resguardados por la regulación, puede servir a la larga para exonerar la responsabilidad del Estado Regulador.

Según AFANADOR GARCÍA¹²⁷ la norma que sirva de justificación debe ser una en la que se encuentre un supuesto de hecho que sea materia de prueba y una consecuencia, que es la obligación o el deber de soportar el daño. La calificación estará dada por un supuesto de hecho, un hecho general, una hipótesis de conducta general, individualizarse y luego hacer un juicio de calificación haciendo que el hecho particular concuerde con el hecho general y abstracto señalado en el supuesto hecho de la norma legal o del principio constitucional que me sirva como causal de exoneración para demostrar la existencia de un daño jurídico. Para este administrativista es un error ubicar el daño jurídico en el terreno de la imputación.

¹²⁵ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislativo. Disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1972_068_057.PDF

¹²⁶ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, obra citada.

¹²⁷ AFANADOR GARCÍA, Fabio Iván; Causales de Exoneración de la Responsabilidad del Estado, Centro de Estudios sobre Gerencia Jurídica Pública, Julio-diciembre 2008.

Tesis contraria a la esbozada es presentada por PITA BRONCANO para quien la amplitud de la actividad administrativa que supone la relación de causalidad tiene un límite y una excepción en tanto sólo son indemnizables las lesiones producidas del daño que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportar, pero la relación de causalidad se rompe cuando existe una norma que justifica el daño, sin que ello pretermita la responsabilidad de la administración.¹²⁸

Este punto conlleva a la problemática de si el Regulador imparte una norma para resguardar la competencia y en procura del bienestar general, entonces estaría el regulado obligado a soportarla, así la misma le genere perjuicios. Esto supone un ejercicio de ponderación de los principios que se oponen, llámese libre competencia versus libertad de empresa, interés general versus derecho de propiedad, para considerar si efectivamente el regulado está obligado a soportar el daño, lo que nos deja en un campo eminentemente subjetivo, y al arbitrio de la autoridad jurisdiccional.

Para este efecto, vienen a ser útiles nuevamente las reflexiones de MIR PUIGPELAT, según el cual “la admisibilidad de las medidas delimitadoras de derechos dependerá del resultado de ponderación con otros valores y derechos constitucionales y de su respeto al contenido esencial del derecho afectado (cuando, naturalmente, se trate de un derecho de los del capítulo segundo del Título I CE) y a principios como el de igualdad, proporcionalidad o confianza. Dichos principios exigirán, en ocasiones, que la delimitación venga acompañada de indemnización”.¹²⁹

También es importante señalar que lo que protege la Constitución colombiana son los derechos adquiridos de acuerdo con las leyes civiles por lo cual no se estará en presencia de un daño antijurídico cuando se trata de derechos que se ejercen sin el resorte de la legalidad.¹³⁰ En materia de telecomunicaciones por ejemplo podría pensarse en un operador que presta servicios o utiliza espectro sin la debida autorización, y que pretenda derivar responsabilidad del Estado por no poder explotar posteriormente la actividad. En este caso no estaríamos en presencia de un daño antijurídico. Pero si lo estaríamos si se trata de una actividad autorizada previamente, que luego no puede seguir prestando el servicio,

¹²⁸ PITA BRONCANO, Carmen Piedad, La Responsabilidad patrimonial de la Administración-

¹²⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol, La Responsabilidad Patrimonial de la Administración hacia un nuevo sistema, Civitas, Madrid 2002.

¹³⁰ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier, Daño Antijurídico, Títulos de Imputación y carga de la prueba, Centro de Estudios sobre Gerencia Jurídica Pública, julio diciembre de 2008.

lo que nos lleva a las medidas ablatorias que han sido calificadas como expropiación que no son aceptables.

Sobre este tema COLAUTI, señala la diferencia que existe entre una actividad prohibida y una actividad permitida. Esta última tendrá sustento en el derecho al trabajo y a la libre empresa, para mencionar como en el campo de los permisos vinculados a las concesiones se ha aceptado responsabilidad del Estado, cuando estas concesiones no provienen de un título precario. Se deniega la responsabilidad del Estado si se trata de la imposibilidad de realizar actividades que eran prohibidas por la administración con fundamento en el poder de policía. También citando un caso resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos de América, en el caso de *Red Lion Broadcasting Co. Versus Federal Communications Commission*, no puede haber responsabilidad en la adjudicación de permisos sobre bienes escasos en tanto no todos los que solicitan el permiso, lo obtienen.¹³¹

Por esta razón se concluye que la acción regulatoria, tiene un carácter especial, discrecional y prospectivo, que tiende a la edición de normas jurídicas para adaptarlas a situaciones concretas, previo un ejercicio de ponderación y teniendo en cuenta el elemento de oportunidad y conveniencia, siendo sólo controlable cuando se traspasan los límites de la acción regulatoria. Normalmente las personas pueden verse como obligadas a soportar los efectos de la regulación y más si se presenta una norma jurídica o contractual que lo obliga a ello o la misma persona asume un riesgo que le produce el daño. El análisis de la obligación de soportar el daño surgirá entonces de un análisis de dichas normas y revisar también si se genera un sacrificio especial a las personas. De ser así, el daño será antijurídico y no se generará la responsabilidad de soportar el daño.

¹³¹ COLAUTI, Carlos E., Responsabilidad del Estado, Problemas Constitucionales, Rubinzal Culzoni Editores, Argentina 2003.

2. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO REGULADOR

El presente capítulo busca concretar los títulos de imputación que pueden utilizarse para responsabilizar al Estado Regulador, pero de ninguna manera hacer un estudio exhaustivo de cada uno de estos títulos que por su relevancia jurídica ha ocupado a muchos tratadistas y ha generado diversas discusiones a nivel internacional y nacional.

Cuando estamos en presencia de los títulos de imputación estamos en presencia de aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifica atribuir a éste el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone.¹³²

Como se explicó en los antecedentes del artículo 90 de la Constitución nacional, que consagra el principio de responsabilidad del Estado - según el cual está obligado a reparar todo daño antijurídico que le sea imputable, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas-, la imputabilidad del daño, responde a la transferencia que se hizo del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado, a la antijuridicidad del daño que se produce, para lo cual deberá revisarse si existe un título jurídico que permita hacer recaer el daño antijurídico en el afectado o no. No basta la mera relación de causalidad entre la acción y el daño sino que tendrá que atribuirse al órgano del Estado el deber jurídico de indemnizarlo, tema que quedará a determinación de la Ley y la jurisprudencia.¹³³

Por esta razón hemos decidido centrarnos en esta memoria de grado en hacer un análisis de los títulos de imputación que han sido objeto de estudios de tratadistas o la jurisprudencia para referirse a la responsabilidad del Estado, y en algunos casos, frente a la Responsabilidad del Estado Regulador.

¹³² GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa, Madrid, Civitas, 1984.

¹³³ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, “Mecanismos de protección del orden jurídico y los particulares, subcomisión tercera, antecedentes del artículo 90 de la C.N., publicado en Gaceta Constitucional No. 56, 22 de abril de 1991, p. 14. Tomado de análisis realizado por CONSUELO SARRIA OLMOS, Algunos comentarios sobre la evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad civil extracontractual del Estado, publicado en “Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, el Régimen de las libertades, la Responsabilidad de la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003.

2.1 LA CONFIANZA LEGÍTIMA

En el primer capítulo de esta tesis vimos como existen principios que sirven de límites de la actividad regulatoria, como son los de proporcionalidad, razonabilidad, igualdad, entre otros. La Confianza Legítima es un principio de creación jurisprudencial que también cumple esta misión, y que ha sido desarrollado en la doctrina internacional y nacional como fuente directa de responsabilidad patrimonial del Estado.

Esta figura, que puede verse antagónica con la figura de los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas defendidas por DUGUIT, tampoco va dirigida a proteger los derechos subjetivos clásicos de los individuos sino a defender su confianza en la estabilidad de las situaciones sobre las que actúa y a proteger sus expectativas legítimas.

2.1.1 Los derechos adquiridos y las expectativas legítimas.

La importancia de la distinción entre estos dos conceptos radica en el carácter limitativo que tienen los derechos adquiridos para deferir efectos legales¹³⁴. Será fundamental establecer en materia regulatoria, cuando nos encontramos ante derechos adquiridos y cuando frente a expectativas. Los derechos adquiridos tienen un especial medio de protección. Las expectativas legítimas serán las que merecen protección por aplicación del principio de confianza legítima y no así las meras expectativas.

¹³⁴ “10- Tal y como esta Corte lo mostró en anteriores decisiones, la noción de derecho adquirido ha sido ampliamente discutida por la ciencia jurídica, a fin de distinguirla de las meras expectativas, pues mientras el primero no puede ser desconocido por las leyes ulteriores, por el contrario las segundas no gozan de esa protección (CP art. 58). **Esta distinción se relaciona entonces con la aplicación de la ley en el tiempo y la prohibición de la retroactividad, pues en principio una norma posterior no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior, pero en cambio la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho.** A su vez, esta prohibición de la retroactividad es consustancial a la idea misma del derecho en una sociedad democrática, pues la regulación social a través de normas jurídicas pretende dirigir la conducta de personas libres, por lo cual es necesario que los individuos conozcan previamente las normas para que puedan adecuar sus comportamientos a las mismas. Una aplicación retroactiva de una ley rompe entonces no sólo la confianza de las personas en el derecho, con lo cual se afecta la buena fe (CP art. 83) sino que, además, desconoce la libertad y autonomía de los destinatarios de las normas, con lo cual se vulnera su dignidad (CP art. 1º)”. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-478 de 9 de septiembre de 1998. M.P. Dr. Alejandro Martínez. (resaltado por fuera del original). En el mismo sentido, revisar: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-147 de 19 de marzo de 1997. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-058 de 4 de febrero de 2002. M.P. Dr. Álvaro Tafur. Sentencia C-168 de 20 de abril de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria

Al tenor de lo señalado por el artículo 58 constitucional, el Estado colombiano garantiza:

“la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

Los derechos adquiridos surgieron para garantizar los derechos ya consolidados respecto los cambios, alteraciones y modificaciones de leyes posteriores. Se trata así de derechos que ya han ingresado al patrimonio de un individuo mediante actos idóneos. No obstante, los derechos adquiridos no vienen a ser más que otro criterio indeterminado utilizado por nuestra Constitución que tendrá que analizarse en cada caso concreto.

En nuestro sistema legal se refiere a situaciones jurídicas ya consolidadas que pueden exigirse al Estado y que han sido adquiridos por justo título con arreglo a las leyes civiles. La Corte Constitucional los ha definido como situaciones jurídicas individuales que han quedado establecidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que en tan virtud se entienden incorporadas al patrimonio de la persona.¹³⁵

Aunque los derechos que se protegen por la Constitución Colombiana son los adquiridos con base a las leyes civiles y no las administrativas que pueden ser las de intervención económica¹³⁶, lo cierto es que nuestro derecho protege las

¹³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-789 de 2002, Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil

¹³⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: JACOBO PEREZ ESCOBAR, Sentencia del 26 de agosto de 1983. Señala el Consejo de Estado:

"De esta primera y ligera confrontación surge obvio el criterio de que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes administrativas, no son los que protege el artículo 30 de la Constitución. Y son leyes administrativas aquellas que ordenen la intervención del Estado en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas y de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Y los actos que se dicten en cumplimiento de tales leyes forman parte del derecho administrativo y no del derecho civil. (...)

Esto no quiere decir, sin embargo, que la legislación administrativa, leyes y otros actos formalmente legislativos, haya de estar presidida por el signo de la arbitrariedad o sea el fruto de poderes discrecionales, (Sentencia de 3 de octubre de 1963 de la Sección Cuarta, Anales del Consejo de Estado, Nos 419 y 420, pág. 188 y 189).

En cuanto a los actos administrativos se refiere, ha sido por mandato de la ley que se ha consagrado el respeto de los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas individuales o concretas por ellos creadas, al disponer en el artículo 24 del Decreto Ley 2733 de 1959 que "cuando el acto administrativo haya creado una situación

situaciones particulares y concretas creadas por actos administrativos de carácter particular incluyendo las que surjan del ejercicio de funciones de regulación, control y vigilancia del Estado¹³⁷. Esto por ejemplo puede tener mucha aplicación en relación con los permisos o autorizaciones otorgadas por el Regulador u otros entes del respectivo sector.

Respecto de normas de carácter general en materia regulatoria, como lo vimos anteriormente, en Colombia, como en la totalidad de los Estados de Derecho de carácter social, no existen derechos absolutos, ni inmutables. El ejercicio de todas y cada una de las facultades adquiridas con justo título, siempre está acotado por la existencia de los derechos del resto de los asociados y especialmente por el interés general¹³⁸. No obstante, como vimos la limitación de los derechos de libertad de empresa, deben pasar un test de razonabilidad, para efectos de determinar si la limitación es acotada a la Constitución y nuestro derecho. Lo cierto es que en nuestro país esta doctrina de los derechos adquiridos se ha utilizado preferentemente en materia laboral.

No existe ningún derecho en Colombia que sea inmutable. Como bien lo ha expresado el constituyente, cualquier derecho, aún si tiene el carácter de

jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".

¹³⁷ Ley 1437 de 2011. Artículo 97. *Revocación de actos de carácter particular y concreto*. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. (...)

¹³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 26 de junio de 2002. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido, ha dicho la Corte: "3. La propiedad privada y su función social constitucional El artículo 58 de la Carta Política de Colombia dispone que el ordenamiento jurídico nacional preservará la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles. Esta protección, común a todo régimen constitucional que reconozca la primacía de los derechos individuales, no es absoluta. La limitación del ejercicio del derecho de propiedad atiende al reconocimiento de que, según el artículo 95 de la Carta Política, el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, toda vez que las decisiones humanas no repercuten exclusivamente en la órbita personal del individuo sino que afectan, de manera directa o indirecta, el espectro jurídico de los demás.

"(...) Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos "absolutos", el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los "derechos absolutos" tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho. (...)". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-475 de 25 de septiembre de 1997. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes.

adquirido, ha de ceder ante el interés general. En otras palabras, el estudio de los derechos adquiridos respecto de normas regulatorias de carácter general no puede efectuarse buscando una fórmula que garantice la inmutabilidad e incolumidad de los derechos; se reitera, aún cuando una persona detente un derecho adquirido, si media un interés público, el primero habrá de subordinarse al segundo. De todas formas la afectación de los derechos puede ir más allá, afectando su núcleo esencial, o constituyendo una expropiación regulatoria, que el Estado está llamado a compensar.

El titular del derecho adquirido puede solicitar una indemnización que resarza la cesión a favor de la colectividad. En un Estado Social de Derecho los asociados no están obligados a soportar el sacrificio de sus propios intereses legítimos, a favor de los propósitos comunes. Si bien es cierto que el administrado no se puede oponer a la satisfacción del interés público, no lo es menos que dicho sacrificio ha de serle compensado. Para estos efectos podrá utilizarse una de las teorías más decantadas: la responsabilidad por el daño especial.

En materia regulatoria, consideramos que en materia de responsabilidad extracontractual no puede utilizarse la figura de derechos adquiridos, en tanto como hemos visto la tradición jurídica colombiana la utiliza en casos excepcionales, teniendo que realizarse el análisis desde la perspectiva de la limitación del derecho, de si ha sido limitado en forma excesiva o puede haberse conformado una expropiación regulatoria. Otra situación puede presentarse en materia de responsabilidad contractual respecto a derechos del contratista que se desconozcan por la Administración, asunto que no es materia de estudio en esta memoria de grado.

2.1.2 La protección de la confianza legítima.

En la siguiente tabla retomamos a título ilustrativo y sin querer hacer un recuento de cambios jurisprudenciales, que excederían el alcance de este trabajo de grado, las diferentes consideraciones que genera el principio de confianza legítima, con énfasis en el derecho español y colombiano.

Notamos que efectivamente este principio puede tener una importancia palmaria en la regulación, y con mayor medida en el sector de telecomunicaciones. En primer lugar, por la propia naturaleza de la regulación en tanto una actividad económica esta permeada de condiciones económicas y sociales cambiantes y

por la innovación tecnológica, de tal forma que la regulación surge para dar mayor flexibilidad y respuesta a las adaptaciones en la intervención económica¹³⁹.

En segundo lugar, por cuanto el Estado como garante de la prestación de servicios de telecomunicaciones debe asegurar que sus destinatarios tengan un término razonable para adaptarse a la regulación sin exigirle cambios drásticos o repentinos que no puede prever y que generan impactos ostensibles en los planes de negocios para la prestación de servicios.

Esta figura también adquiere importancia en la regulación de telecomunicaciones en Colombia en tanto la normativa competencial en telecomunicaciones es de estructura amplia y genera un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades del sector.¹⁴⁰

Claramente la confianza legítima no puede aplicarse para garantizar la permanencia de derechos para explotar los servicios, ya que los cambios tecnológicos y la entrada de nuevos competidores son connaturales al mercado de telecomunicaciones y derivan en sí mismos en un beneficio real para su funcionamiento. Esto conlleva a que en materia de telecomunicaciones pueda tener una aplicación restringida y para responsabilizarse al Estado tenga que darse preponderancia a otros títulos de imputación.

A la vez queremos resaltar que su aplicación como principio generador de responsabilidad del Estado, no es un tema pacífico y genera posiciones encontradas en los diferentes tratadistas. Algunos lo catalogan como fuente de responsabilidad por cambios repentinos en la regulación y otros exigen para su aplicación la concurrencia de otros elementos o incluso otros títulos de imputación.

¹³⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, La Estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o las licencias de servicios públicos. Disponible en: <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/LA%20ESTABILIDAD%20DE%20LOS%20DERECHOS%20PATRIMONIALES%20EMERGENTES%20DE%20LAS%20CONCESIONES%20Y.pdf>

¹⁴⁰ LOPEZ MENUDO, obra previamente citada. Señala que “el recurso a estos principios se revela imprescindible para garantizar una aplicación racional de una normativa dotada de lagunas e imprecisiones, en definitiva, y a la postre, para asegurar la justicia de la decisión a adoptar en cada caso concreto, sobre todo en materias en las que el legislador no puede prever ex ante todos los posibles efectos que sus decisiones pueden generar, y su incidencia en cada situación particular. (...) Piénsese que la medida puede ser legal en sí pero vulnerar la confianza legítima que pudo generarse ante un concreto particular a la vista de las circunstancias de su caso, a menudo incluso desconocidas cuando dicha medida se adoptó. En estos casos el Derecho no ordena anular dicha medida, erga omnes, sino compensar, frecuentemente con una indemnización, el olvido de haber dispuesto medidas compensatorias o transitorias que hubieran podido evitar que la confianza previamente generada quedase frustrada”.

La confianza legítima como principio que se deriva de los principios de buena fe y seguridad jurídica requerirá para su aplicación un estudio caso por caso por parte de la autoridad regulatoria o judicial para determinar si fue sacrificado en demasía frente a otro principio o interés general, causando un daño sufrido no compensado con el beneficio previsto por el cambio.

Tabla Confianza legítima como generadora de responsabilidad

País Región	Referencia	Requisitos o criterios	Exoneración
Comunidad Europea	(2005) ¹⁴¹	- Esperanzas fundadas de no cambio	- Si el operador prudente y diligente/ podía prever la medida
	(2004) ¹⁴²		-Agentes económicos no pueden prever mantenimiento situación existente
España	Consejo de Estado (1994) ¹⁴³	-Víctima sorprendida en buena fe -Sin conocimiento previo de la medida -Cambio no previsible -Sin período transitorio -Sin medidas compensatorias -Perjuicio individualizable (daño especial) - Sin deber jurídico de soportar el daño	- Conocimiento previo de la medida - Previsibilidad - Período transitorio -Medidas Compensatorias
España	Torres de Silva y L.(2005)	-Nexo causal: actuación administrativa- confianza generada y actuación u omisión y daño perjuicio causado	
España	Torregroza (2007)	-Actuación crea o consolida derechos y expectativas en estabilidad de regulación; -Beneficiario no despliega acción de la que se infiera exclusión de confianza o permanencia de aquella; -Nueva regulación sea adoptada sin publicidad previa, sin conocimiento anticipado o sin la toma de medidas transitorias y, -Entrada en vigencia norma no indispensable para proteger interés público preponderante. -Indemnización por daño no previsible para operador diligente y daño inmediato que no permita amortizar inversiones.	- Cambio previsible
Colombia	Corte	-Vulneración debe partir de un	

¹⁴¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO, Sentencia del 3 de febrero de 2005 Asunto Chiquita Brands

¹⁴² TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO, Sentencia 15 de junio de 2004, Asunto Di Lenardo.

¹⁴³ Dictamen del Consejo de Estado No. 1973/94 y TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA, refiriéndose al artículo 139,2 de la Ley 30 de 1992

País Región	Referencia	Requisitos o criterios	Exoneración
	Constitucional (1995)	ejercicio de ponderación entre interés general y confianza legítima	
Colombia	Corte Constitucional (1999)	- Razones objetivas para confiar mantenimiento regulación - Cambio súbito de la Regulación	
Colombia	Corte Constitucional (2002)	- Cambios súbitos en la regulación en desmendo estabilidad jurídica - Cambios no previsible	
Colombia	Corte Constitucional (2004)	-Expectativas legítimas de no cambio en regulación fundada en criterios objetivos -Sin períodos de transición para adaptarse a regulación	
Colombia	Botero (2007)	-Cambios repentinos sin garantías de transitoriedad y previsibilidad	- Plazo razonable para cambio regulatorio - Medios para adaptarse a la nueva situación
Colombia	Viana Cleves (2007)	-Relación jurídica entre dos partes -Palabra dada existente en ordenamiento legal -Norma que no tenga vigencia temporal -Identidad entre destinatarios: palabra previa y la emitida. -Confirmación palabra dada con actos posteriores armónicos y coherentes -Particular prudente y diligente -Impacto real y efectivo no previsible	- Confianza derivada de error o ignorancia del particular
Colombia	González (2011)	-Análisis de la actuación previa a la Regulación -Facultades, criterios, finalidades buscadas. -Test de idoneidad y necesidad de medida, proporcionalidad y razonabilidad -Los beneficios buscados -Particularidades de la medida -Ponderación intereses entre confianza derivada de normatividad y finalidad buscada con nueva norma (licitud) -Cambios normativos que no son razonablemente previsible -Análisis caso a caso, magnitud de la alteración y sus efectos excluyentes	- Cambios normativos que surgen de tecnológicos

Fuente: TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA (2005) y escritos de los tratadistas citados

Nuestra Corte Constitucional¹⁴⁴ considera que el principio de confianza legítima protege situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido pero si razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación. No se protegen así derechos adquiridos los que tienen una vía más eficaz para su protección sino las expectativas legítimas.

La Corte Constitucional¹⁴⁵ le ha dado el siguiente alcance al principio de protección de la confianza legítima:

“El principio de confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración Pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático”.

VIANA CLEVES¹⁴⁶ señala que las expectativas legítimas también son un concepto indeterminado y muestra como la Corte Constitucional ha confundido en varios pronunciamientos cuál es el ámbito de protección del principio de confianza legítima. Para dicha autora las expectativas legítimas son aquellas esperanzas que surgen a favor de un particular y que se fundamenta en signos externos o en bases objetivas los suficientemente concluyentes para que orienten al ciudadano hacia una determinada conducta y para que cualquier observador externo pueda reconocerlas y calibrar su dimensión objetivable.

¹⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-364 de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

¹⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 2004, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴⁶ VIVIANA CLEVES, María José, El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

Según su dicho, las expectativas legítimas suponen un impacto real y efectivo, no previsible y especialmente dañino. En contraposición de las meras expectativas que no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto y corresponden a situaciones jurídicas no consolidadas en las que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado.

Este principio tiene una connotación de protección, que puede utilizarse claramente como delimitador de la función reguladora.

Con base en las palabras de VIANA CLEVES¹⁴⁷ se puede exigir una protección jurídica de las expectativas legítimas cuando se tienen razones objetivas para confiar en la estabilidad de la situación jurídica preexistente, y se presenta la alteración repentina de la misma, sin haber sido proporcionado el tiempo y los mecanismos necesarios para su adaptación a la nueva situación, lo que desencadena una alteración grave de las condiciones económicas y patrimoniales del afectado, que deben compensarse o incluso preverse en la legislación.

El estudio de VIANA CLEVES es muy útil para identificar cuándo procede la protección de este principio en materia regulatoria. Así, el criterio de protección no puede obedecer a consideraciones subjetivas sino a criterios objetivos y racionales del que reclama la protección, se debe estar en presencia de una relación jurídica entre dos partes, ante una palabra dada con existencia en el ordenamiento legal, que no tenga vigencia temporal y que exista identidad entre los destinatarios de la palabra previa y la posteriormente emitida. Debe haberse confirmado la palabra dada con actos posteriores armónicos y coherentes. A través de dicho principio se protegerá al particular prudente y diligente y no aquel que deriva su confianza en un error o su ignorancia.

No obstante, frente a este principio se vislumbra una polémica de diferentes tratadistas de su aplicación al terreno de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, lo que puede generar incertidumbre en el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado Regulador. En esencia, este principio cumple más el carácter de guía a la actuación, para otorgar plazos o medidas que mitiguen los efectos del cambio normativo en los destinatarios que confiaban o podían confiar en su permanencia con razones objetivas. Sólo cuando estos plazos o medidas de transición no se otorgan, se puede comprometer la responsabilidad del Estado.

¹⁴⁷ VIVIANA CLEVES, María José, El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

Sobre este principio el tratadista GARCÍA DE ENTERRÍA señala¹⁴⁸:

“Dicho principio, no impide, al legislador modificar las regulaciones generales con el fin de adaptarlas a las exigencias del interés público, pero si, le obliga a dispensar su protección, en caso de alteración sensible de situaciones en cuya durabilidad podían legítimamente confiar los afectados. Esa modificación legal, obliga a la administración a proporcionarles en todo caso tiempo y medios, para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación, lo que dicho de otro modo implica una condena de los cambios bruscos adoptados por sorpresa y sin las cautelas aludidas”.

El meritorio tratadista pone de presente dos de los aspectos más importantes de este principio: el respeto a la confianza legítima es un deber de la Administración y por ende fuente de imputación de responsabilidad en su contra.

ARIÑO le da un peso preponderante a este principio cuando se trata de la actuación de administraciones independientes, como son los reguladores. Ante el poder discrecional del regulador que lo convierte en un acto creador, se puede generar mucha incertidumbre en los agentes del sector. La solución deberá ser la compensación de las expectativas legítimas defraudadas. Estas palabras de ARIÑO, uno de los principios fundamentales de la actividad regulatoria es el de confianza legítima.

MESTRE por su parte hace una crítica a la incorporación en la jurisprudencia del principio de protección de la confianza legítima como causa de la responsabilidad del Estado Legislador, para concluir que este no puede ser un título de imputación en tanto conllevaría a la inmutabilidad de las leyes. Sólo entonces será título de imputación las leyes expropiatorias y la proscripción de la irretroactividad de disposiciones¹⁴⁹, con lo cual desdeña prácticamente la aplicación de este principio.

Así ubica el origen de este principio en el derecho de la Comunidad Europea para señalar que éste ha estado vinculado al ámbito de regulaciones adoptadas en materia económica, en las que el perjuicio de los particulares sólo puede ser

¹⁴⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid: Civitas, 1986.

¹⁴⁹ MESTRE DELGADO, Juan Francisco, La Responsabilidad del Estado Legislador, en la obra Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2004, Pág. 170.

indemnizado en tanto se esté en presencia de una “*violación suficientemente caracterizada*” de una regla de derecho que protege a los particulares.

Con asidero en la postura del Tribunal de Justicia Europeo en sentencia del 2 de diciembre de 1971, señala que

“el cambio brusco de reglamentación habría producido la vulneración de dicho principio, bien entendido que, en el caso, se habría adoptado las medidas normativas sin que existiera un interés público prevalente, y sin tener en cuenta la situación de los destinatarios de la norma, y además se habrían irrogado perjuicios muy por encima de los riesgos económicos normales en el sector en cuestión.”

El Tribunal Supremo Español también se ha referido a la imposibilidad de generar responsabilidad por virtud del principio de confianza legítima cuando se proscribe la posibilidad de seguir prestando el servicio en régimen de monopolio por la entrada de competidores al mercado.¹⁵⁰

En relación con los criterios tenidos en cuenta por la Comisión Europea para considerarlo como generador de responsabilidad patrimonial por el Estado Legislador, RUIZ OREJUELA añade a la infracción suficientemente caracterizada que se trate de una ilegalidad que raye en lo arbitrario, que además produzca un daño anormal y singular y que la norma violada estuviese dictada en interés subjetivo del reclamante. Cita así a GARCÍA MACHO para señalar que el Tribunal de Justicia “solo considera infringida la confianza legítima cuando la normativa formada es ilegal, pero hasta tal punto desestabilizadora que rompe los límites razonables en las relaciones entre la administración y los administrados”.¹⁵¹

BOTERO se refiere al principio de confianza legítima como fuente para generar responsabilidad patrimonial del Legislador, sentando como base los principios fundamentales de este principio, los cuales podrían aplicarse al objeto de este escrito. Así la confianza legítima sancionará los cambios repentinos que no aseguren garantías de transitoriedad y previsibilidad y será predicable de la actuación de los “poderes públicos” en cuanto generan un daño a los administrados. Para no incurrir en responsabilidad el Estado Regulador deberá

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ RUIZ BORJA, WILSON, Responsabilidad Extracontractual, Ecoe Ediciones, Primera Edición, Enero 2008.

proporcionársele al afectado un plazo razonable para el cambio regulatorio así como los medios para adaptarse a la nueva situación.¹⁵²

BOTERO retoma también el caso de GARCIA DE ENTERRÍA y GARCÍA ALONSO, ambos tratadistas españoles que sientan tesis contrarias sobre la responsabilidad del legislador por violación a la confianza legítima, el primero en contra y el segundo a favor.

La tensión entre el principio de interés general y el principio de confianza legítima tendrá que resolverse bajo el ejercicio de la ponderación como lo sugiere la misma Corte Constitucional en sentencia T-617 de 1995, citada por el autor¹⁵³:

“La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza legítima de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo, superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida. Esa confianza, producto de la buena fe, es la que un Estado Social de Derecho explica la coadyuvancia que el Estado debe dar a soluciones, sin que esto signifique ni donación, ni reparación, ni resarcimiento, ni indemnización, como tampoco desconocimiento del principio de interés general. (...) El principio del interés general a su vez determina el contenido y campo de aplicación del principio de la confianza legítima. Pues en él la confianza legítima encuentra su más claro límite”

TORREGROZA por su parte señala como requisitos para que se declare la violación del principio de confianza legítima, que la

“actuación de las autoridades cree o consolide derechos en cabeza de un administrado o de un grupo de ellos o que, al menos genere expectativas o creencias fundadas de estabilidad de la regulación: que el beneficiario de la normatividad no despliegue acción alguna de la cual pueda inferirse la exclusión de su confianza en la permanencia de aquélla, que la nueva

¹⁵² BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe, Responsabilidad Patrimonial del Legislador, Universidad del Rosario, Legis, Serie Lex Novo, Bogotá, 2007.

¹⁵³ BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe, Obra citada.

regulación sea adoptada sin publicidad previa, sin conocimiento anticipado de sus destinatarios o sin la toma de medidas transitorias y, finalmente, que la entrada en vigencia de la disposición no sea indispensable en aras de proteger un interés público al cual debe dársele preponderancia.”

La tensión interés general y confianza legítima es resuelta entonces por TORREGROZA desde la perspectiva de los fundamentos de este último principio como son la buena fe, la teoría del respeto del acto propio que regula la relación administración-administrado, lo cual no quiere decir que con base en este principio quede inmutable la regulación por parte del Estado, sino que si se vulnera, surge el deber de resarcir el perjuicio causado a los ciudadanos.¹⁵⁴

Algunos administrativistas colombianos se han referido a la violación del principio de la confianza legítima por cambios en la regulación como fuente de responsabilidad del Estado, en tanto con los cambios regulatorios se puede afectar el principio de seguridad jurídica que requieren los inversionistas.

DE VIVERO¹⁵⁵ plantea la tensión entre principio de legalidad y el de confianza legítima, señalando que esta tensión ha dificultado la aplicación del último. Si la autoridad actúa bajo una facultad de regulación otorgada por la Ley, no se entendería cómo podría aplicar la responsabilidad del Estado. Continúa DE VIVERO señalando que la generación de la responsabilidad por violación del principio de confianza legítima por los cambios regulatorios:

“Obedece a la necesidad de proteger situaciones a partir de las cuales jamás se podría consolidar un derecho porque pueden llegar incluso a calificarse como ilegales pero que merecen protección del Estado en razón a la actuación de buena fe de quién se encuentra en esta situación así como a los signos externos de parte del Estado que le han permitido pensar que su situación se encuentra protegida por la ley”.

Una solución a esta tensión la muestra VIANA CLEVES cuando muestra el tratamiento de este principio en el derecho español. En la Ley 4 de 1999 se dispone que este principio sólo se aplica para actos administrativos discrecionales y actos de interpretación normativa, no siendo aplicable a actos reglados de la administración, ya que este principio no se puede aplicar contra la Ley. Esto haría que cuando se trate de normas dictadas por el Regulador en las cuales existe un

¹⁵⁴ TORREGROZA SANCHEZ, Javier Enrique, Responsabilidad Extracontractual del Estado por el Hecho del Legislador, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, Tesis de Grado No. 47, 2007.

¹⁵⁵ DE VIVERO, Felipe, Artículo La Estabilidad Jurídica al Interior de la Regulación, Bogotá 2009.

margen de discrecionalidad dado por la Ley, sea posible aplicar la figura de confianza legítima.

Se puede aportar que si existe una situación en la que por un acto reglado se desconoce los derechos o intereses de los particulares, entonces se podrá acudir a verificar qué otros principios de derecho - diferentes del de confianza legítima-, aplicables a la regulación, resultaron vulnerados, para efectos de derivar responsabilidad del Estado Regulador.

Para imputar la responsabilidad al Estado Regulador, DE VIVERO retoma la teoría de la imprevisión para efectos de señalar que los cambios que generan responsabilidad serían aquellos que resultan imprevisibles para el regulado. Otros de los elementos para que pueda imputarse el daño serán a juicio de DE VIVERO, que se trate de un daño sustancial para el regulado y que el cambio sea de tal magnitud que de haberse previsto se hubiera modificado la decisión del negocio.

En el terreno de las telecomunicaciones encontramos referencias como las de LAGUNA DE LA PAZ¹⁵⁶ que retoma la normativa española y a GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMAS DE LA QUADRA-SALCEDO, para señalar como en el nuevo régimen de autorización general, la modificación de las condiciones preestablecidas no genera derecho indemnizatorio alguno a favor del regulado, sin perjuicio de que se le conceda un período para la transición a la nueva situación. Es así como la ley de telecomunicaciones española prevé un plazo para que los operadores se adapten a los plazos establecidos, transcurrido el cual decae la habilitación del operador para seguir prestando la actividad.

Este autor yuxtapone la problemática confianza legítima y cambios normativos en aras del interés general y la que se genera en un mundo globalizado y cambiante, de tal forma que expresa como se ha llegado a decir

“que los Estados deberán someterse a la regla “*stay or pay*” (equivalente a la cláusula contractual “*take o pay*”), comprometiéndose a mantener las reglas de juego o indemnizar por su alteración” (...) “No se niega la libertad del legislador para dar respuesta a las que considera necesidades de cada momento como lo crea conveniente. Lo que con ello se quiere destacar es que el legislador deberá cuidar el

¹⁵⁶ LAGUNA DE LA PAZ, José Carlos, Ob. citada.

componente de estabilidad normativa si quiere conseguir los objetivos de interés general que se propone”.

LAGUNA también muestra como por este principio el Regulador debe buscar medidas transitorias que paliasen los efectos adversos de las normas y como se ha establecido normativamente el principio de confianza legítima en telecomunicaciones. Es así como el Tribunal Constitucional Español “ha rechazado la llamada retroactividad impropia- que es aquella que incide sobre los efectos presentes de relaciones jurídicas nacidas en el pasado y no conclusas-, siempre que, tras la debida ponderación de intereses, la confianza en la normativa anterior resulte más merecedora de protección que la finalidad pública que persigue la nueva regulación”.¹⁵⁷

Según LAGUNA, los cambios normativos no generarían grandes pretensiones indemnizatorias sino simplemente la protección de derechos, intereses y expectativas legítimas, y para que se presente entonces tendrá que estarse ante una efectividad del daño que le genere un detrimento patrimonial, una singularidad del daño dado que por la generalidad no podría originar pretensiones indemnizatorias, imprevisibilidad para un operador diligente e inmediatez consistente en que el cambio sea tan rápido que no permita al operador amortizar las inversiones realizadas. Tampoco podrá descartarse que aunque el Regulador puede establecer medidas regulatorias tendientes a la transición o aún establecer medidas de ayudas públicas para minimizar los efectos, también pueden ser necesarias indemnizaciones adicionales.

Será un alea ordinario que tendrá que asumirse por el regulado la alteración objetiva de las circunstancias originadas por ejemplo en cambios tecnológicos. La igualdad de condiciones entre operadores históricos y los entrantes bajo innovaciones tecnológicas será lo único que podrá exigirse. El cambio normativo puede provenir de una variación en el criterio del Regulador de los objetivos de interés general, de tal forma que si se genera un trato discriminatorio para los operadores históricos frente a los nuevos que les haya impedido tener un tiempo suficiente para sacar una ventaja competitiva en el mercado, podrá exigirse una adecuada compensación. Esto que parece sencillo puede tener dificultades al tratar de comparar identidad de situaciones entre históricos y entrantes y frente a si efectivamente la entrada previa del histórico permitió la compensación razonable del desarrollo de la actividad.¹⁵⁸

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ *Ibíd.*

Con sujeción al principio de confianza legítima se imputaron al operador entrante de televisión por Cable Español las inversiones que tuvo que realizar para su ingreso al mercado, dado que el histórico había tenido que asumir unas obligaciones de inversión que no se impusieron al entrante. Igualmente con la implantación de la televisión digital terrestre no se reconoció ningún derecho de veto a los antiguos concesionarios con fundamento en que no es posible frenar los cambios tecnológicos. La imposibilidad de implantación de las licencias UMTS también generó un cambio de las condiciones iniciales que les habían sido exigidas a los operadores al momento del otorgamiento de las licencias.¹⁵⁹

Tampoco se aceptó la imputación por vía del principio de confianza legítima en el caso de Telefónica por la falta de aprobación de la norma que reequilibrara las tarifas del servicio telefónico en el plazo previsto en el derecho comunitario. En este caso, el Consejo de Estado consideró que el daño por el déficit en el acceso, no se produjo por la confianza legítima, dado que esa confianza no existía porque dicho operador sabía desde un comienzo el carácter gradual y no inmediato que iba a tener el reequilibrio tarifario y el conocimiento de estos hechos tampoco hubiera evitado la producción del daño. Considera el Consejo de Estado Español que hay falta del nexo causal entre la actuación administrativa inicial y la confianza generada en el interesado cuando la actuación no resulta suficiente para fundar en ella legítimamente la confianza del interesado o no hacía imprevisible el evento más tarde producido.¹⁶⁰

MONTERO¹⁶¹ trae a colación, incluso, como la violación al principio de igualdad de oportunidades ha originado la obligación del Regulador de establecer medidas compensatorias, al citar la Decisión GSM¹⁶² España. En dicha Decisión la Comunidad Europea obligó a que España compensara al operador Airtel Móvil el pago de 85.000 millones de pesetas que se le cobró para adquirir su licencia GSM, existiendo un primer operador como Telefónica que por esta decisión podría aumentar su posición de dominio en el mercado de telefonía digital. De esta forma, España estableció medidas compensatorias tales como la ampliación de su licencias de 15 a 25 años, la obtención de una licencia para operar otra tecnología sin el pago de canon inicial y una reducción asimétrica de las tarifas de interconexión con Telefónica.

¹⁵⁹ *Ibidem*

¹⁶⁰ Como lo muestra TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA., para el Consejo de Estado Español se requerirá demostrar el nexo causal entre la actuación administrativa inicial y la confianza generada en el interesado y la actuación u omisión administrativa sobrevenida que vulnera dicha confianza y el daño o perjuicio causado.

¹⁶¹ MONTERO PASCUAL, Juan José, Derecho de las Telecomunicaciones, Derecho y Tic's, Tiránt le Blanch, Valencia, 2007, Pág. 458

¹⁶² COMISIÓN EUROPEA, Decisión 97/181/CE, GSM España, DOCE L 76/19.

GONZALEZ¹⁶³ en Colombia señala como es procedente que una actividad pueda ser intervenida dado el deber de adaptación y la cláusula de progreso aplicable respecto a los servicios públicos, de tal forma que la intervención y la actividad están llamadas a adaptarse a los desarrollos tecnológicos. Según dicho autor, la regulación debe favorecer el progreso tecnológico con igualdad de trato y confianza legítima. Citando a LAGUNA señala que no puede preservarse el *statu quo* para los operadores establecidos, ni tampoco puede entenderse la preservación de las reglas de juego como una garantía de sus expectativas económicas. El cambio tecnológico hace parte del alea ordinario que cualquier operador debe asumir en igualdad de condiciones. Si se trata de otro tipo de cambios deberán analizarse desde la perspectiva del derecho de igualdad y del equilibrio económico del contrato de concesión. La legitimidad democrática de la actuación regulatoria que genera cambios provendrá del procedimiento y aplicación del principio de transparencia, para lo cual sugiere una serie de pasos que se incluyeron en la Tabla anterior.

2.1.3 Los regímenes de transición en el sector de telecomunicaciones.

Los regímenes de transición no son ajenos al sector de telecomunicaciones y se han utilizado preferentemente para minimizar el impacto de la entrada de competencia en el mercado frente a situaciones consolidadas de operadores incumbentes. El marco liberalizador de la Comunidad Europea que fue introducido por el Libro Verde de 1987 y varias directivas de dicha Comisión entre 1988 y 1996, plantearon el rompimiento del esquema de monopolio a la prestación de servicios en régimen de competencia. Así se dispuso un calendario de liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones que debía terminar antes del 1 de enero de 1998.

Basta mirar el estudio de GOMEZ-FERRER¹⁶⁴ sobre la transición en el sector de telecomunicaciones español. La entrada de competencia en el mercado español trajo un complejo régimen de transformación de los títulos habilitantes de los operadores históricos.

¹⁶³ GONZALEZ, LOPEZ, Edgar, Afectación del contrato y cambios regulatorios en el sector de las telecomunicaciones.

¹⁶⁴ GÓMEZ FERRER RINCON, Rafael, La transición a la competencia, sus costes y sus posibles compensaciones, Un estudio crítico, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2003.

TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA¹⁶⁵, muestran cómo los problemas que aparejaba la modificación de los títulos habilitantes en el derecho español eran: la incompatibilidad de los títulos habilitantes con el nuevo marco normativo quedando proscritos los derechos exclusivos o especiales; las condiciones no incompatibles con el nuevo régimen pero que sólo se justificaban en un mercado no liberalizado y las condiciones que deben mantenerse del nuevo título.

Por ejemplo, la Ley 11 de 1998 incorporó un régimen para la transformación de títulos habilitantes con miras a desaparecer los derechos especiales y exclusivos para la prestación de servicios públicos. El artículo 2 de la citada Ley cambió la naturaleza de los servicios de telecomunicaciones a actividades de interés general. Así también se modificó la técnica de concesión para introducir las autorizaciones y licencias. Pero como muestra GOMEZ FERRER la transición fue manejada más desde la perspectiva de transformación de títulos habilitantes, que desde la perspectiva de compensaciones.

Según GOMEZ FERRER¹⁶⁶, en esta etapa se eliminó la técnica de la concesión para incorporar el régimen de autorizaciones y licencias individuales dando aplicación a la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. Esta transición fue acompañada de normas para garantizar la igualdad entre nuevos operadores y entrantes como fueron las referidas a mercados relevantes que debían revisarse para establecer la posición de dominio en un mercado de un operador incumbente y la imposición de medidas específicas a dicho operador.

La transformación del título se realizaba a solicitud del interesado y se daba un ámbito amplio de discrecionalidad al Regulador para que éste decidiera qué derechos y obligaciones debían mantenerse en el nuevo entorno competitivo. A Telefónica se le dio la opción de solicitar al transformación de su título habilitante antes del 31 de agosto de 1998 y de no hacerlo, se mantenía su concesión en todo lo que no se opusiera a la Ley 11 de 1998.

¹⁶⁵ TORRES DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la sociedad de la información, Un estudio de derecho administrativo económico, Consejo de Estado, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2005.

¹⁶⁶ GOMEZ FERRER RINCON, Rafael, “Cambios de Modelo y Derecho. El Derecho Transitorio en la evolución de la ordenación en comunicaciones, LIBRO REGULACIÓN. DERECHO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA, IV. TELECOMUNICACIONES, DIRECTOR: TOMAS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO.

También se estableció en dicha Ley una disposición transitoria aplicable a Telefónica, según la cual las modificaciones derivadas de la Ley por resultado de la necesidad de adecuación del régimen de derechos especiales o exclusivos al régimen de libre competencia, la igualdad del trato entre operadores y la imposición de obligaciones al operador dominante, no darán derecho a indemnización por alteración del equilibrio económico.

Se introdujo la competencia al reducir el número de servicios finales manejados en régimen de monopolio por Telefónica. De esta forma, se introdujo la prestación de servicios de valor agregado y portador en régimen de competencia. De esta forma el Real Decreto 2031 de 1995 estableció un régimen de transición permitiendo a Telefónica continuar prestando los servicios de valor agregado en monopolio por 6 meses y el servicio de valor añadido de conmutación de datos de paquetes o servicios por 1 año más.

Lo mismo sucedió en materia de telefonía móvil, dado que dejó de ser servicio final otorgado bajo contrato de concesión a Telefónica y pasó a ser un servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática en virtud del Decreto 1486 de 1994. Por ser un nuevo desarrollo normativo de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones se decidió otorgar dos títulos para su prestación, uno de los cuales se otorgó a Telefónica. El otro operador que ganó el concurso fue Airtel quien tuvo que pagar una suma de 85.000 millones de pesetas. El título otorgado a Telefónica se entendió que no correspondía a una compensación sino a una transformación de su título habilitante. Ya la ley 32 de 1992 había establecido un plazo transitorio para la introducción de la competencia en dicho servicio determinando que Telefónica continuaría con su prestación en régimen de monopolio hasta el 31 de diciembre de 1993. No obstante se planteó un problema por la aportación económica que tuvo que realizar AIRTEL por acceder al título habilitante en tanto violaba la igualdad de oportunidades de dicho operador.

La Ley 32 de 1993 desaparecería los títulos habilitantes siendo suficiente una comunicación previa para prestar el servicio. La medida de transición consistía en que quedaban extinguidos los títulos habilitantes para la prestación del servicio pero se entendía en virtud de la ley que los titulares quedaban habilitados para la prestación del servicio o la explotación de las redes de comunicaciones. Las licencias individuales con limitación de número, quedaron afectos a una concesión demanial por uso del espectro radioeléctrico.

Dicha transición también se dio en relación con las medidas relativas frente a la competencia efectiva en el mercado en tanto se dispuso que los mercados de referencia actual existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las

obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarían en vigor hasta que, en los términos fijados en la misma ley se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.

➤ **LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO ESPAÑOL FRENTE A LA TRANSFORMACIÓN DE TÍTULOS HABILITANTES**

TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA muestran el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la modificación de los títulos habilitantes en el derecho español. El Consejo de Estado ha mostrado entonces un enfoque individualizado orientado a un estudio caso por caso examinando los derechos y obligaciones en el título que se transforma.

De los casos estudiados nos llama la atención del caso de transformación del título de Madritel Comunicaciones S.A.¹⁶⁷ El problema jurídico a resolver era determinar qué derechos y obligaciones debían mantenerse del título original.

El Consejo de Estado Español, determinó dos premisas, la transformación debe eliminar los aspectos del título preexistente incompatibles con la nueva legislación, pero tampoco procede conservar ventajas competitivas para los titulares que sean incompatibles con lo establecido en la ley o el menoscabo de las facultades de los que hubieran obtenidos títulos habilitantes en virtud de ella. No era factible mantener derechos especiales o exclusivos como planteaba la ley, salvo que estos hubieran sido impuestos con la finalidad de exigirse aún después de la liberalización.

El Consejo de Estado también manifiesta la improcedencia de mantener obligaciones de los títulos anteriores que sólo se justificaban en un ambiente no liberalizado, mientras que otras deben mantenerse en el contexto liberalizado por ser condiciones específicas de la licencia.

A Telefónica se le impusieron obligaciones o mejoras voluntarias en contrapartida de poder iniciar la prestación del servicio con anterioridad a otros potenciales competidores. Frente a estas mejoras, el Consejo de Estado planteó que estas

¹⁶⁷ Dictamen del Consejo de Estado número 1110/2000 (transformación parcial del título habilitante de Madritel Comunicaciones S.A.), citado por TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA, obra previamente citada.

obligaciones no son incompatibles con las obligaciones de servicio público dispuestas en la ley de telecomunicaciones española.

El caso de Lince Telecomunicaciones¹⁶⁸ también muestra la situación de un operador que también adquirió una licencia anticipadamente asumiendo mejoras voluntarias cuando posteriormente se otorgaron licencias a nuevos entrantes sin imponerles dichas obligaciones. El Consejo de Estado negó que se pudieran eliminar dichas mejoras voluntarias en la medida en que habían sido ofrecidas voluntariamente por Lince con el conocimiento de que iban a expedirse en el corto tiempo nuevas licencias. También por los problemas que puede generar la modificación de obligaciones que han sido establecidas en una licitación. Señaló dicho organismo:

“La conservación de determinadas obligaciones en calidad de condiciones específicas de la licencia puede obedecer a diversos motivos. El primero de ellos se refiere a la necesidad de evitar el falseamiento de la concurrencia habilitada en el procedimiento de adjudicación de la concesión. El operador, mediante la aceptación de un Pliego de cláusulas administrativas particulares y el ofrecimiento de mejoras voluntarias, ha disfrutado de un título habilitante cuando el mercado no estaba todavía liberalizado, adelantándose a sus competidores y comprometiéndose a cambio a ciertas prestaciones. Los compromisos adquiridos por el adjudicatario en la licitación, que justificaron el otorgamiento de estos derechos especiales o exclusivos, deben mantenerse tras la transformación de su título en la medida en que hubieran sido impuestas con la finalidad de ser mantenidas tras la liberalización”.

Pero no todos los precedentes españoles muestran una vehemencia en acabar los derechos exclusivos de los operadores. Por ejemplo en el caso estudiado por el Consejo de Estado sobre Telefónica¹⁶⁹. El Contrato de Telefónica del 26 de diciembre de 1991 que garantizaba que el régimen tarifario pudiera cubrir tanto los gastos de explotación como las dotaciones para reservas y retribución del capital, en el contexto de una aproximación de la estructura de tarifas a los costes. Desde la entrada en vigor de la Ley General de Telecomunicaciones, Telefónica estuvo sometida transitoriamente a precios máximos. Era transitoria porque cualquier revisión adicional dependía de que se demostrase que no hubiera competencia

¹⁶⁸ Dictamen del Consejo de Estado número 2407/99 (transformación del título habilitante de Lince Telecomunicaciones S.A., citado por TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA.

¹⁶⁹ Dictamen del Consejo de Estado número 2852/2002 tomado de TORRES DE SILVA Y BLANCO LETONA, obra previamente citada.

suficiente para lo cual se requería el análisis del estudio del mercado y con el arreglo al procedimiento establecido en la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 y las Directivas 2002/19/CE y la Directiva 2002/22/CE.

➤ **LOS COSTOS DE TRANSICIÓN PARA LA COMPETENCIA**¹⁷⁰

Uno de los casos más conocidos en materia regulatoria sobre régimen de transición consiste el régimen especial que se estableció en el sector eléctrico español denominado costos de transición para la competencia.

Desde el 1 de enero de 1998, España estableció un sistema eléctrico liberalizado y competitivo con la Ley del Sector Eléctrico aprobada por el Parlamento en noviembre de 1997. Este sistema se basaba en la competencia entre las empresas eléctricas y en la capacidad de los consumidores para elegir suministrador, con el objetivo de dar lugar a tarifas y precios eléctricos más competitivos y a un servicio eléctrico cada vez de mayor calidad.

El impacto consistía en que los descensos de las tarifas y la reducción de los plazos para la elección de suministrador implicaban un recorte de los ingresos de las empresas eléctricas para los próximos años muy superior al previsto inicialmente.

Para facilitar la viabilidad de este fuerte recorte de los ingresos del sector y que las empresas no se enfrentaran a una constante incertidumbre regulatoria se permitió a las empresas “titulizar” una parte de los costes de transición a la competencia, es decir, traspasar a entidades financieras la percepción de esos derechos.

Los costes de transición a la competencia son unos derechos de las empresas eléctricas que se encuentran expresamente reconocidos en la Ley del Sector Eléctrico aprobada por el Parlamento en noviembre de 1997.

Las empresas eléctricas tienen esos derechos porque el anterior marco legal que regulaba la actividad del sector aplazaba y distribuía a lo largo de un extenso periodo de tiempo la recuperación de las inversiones y costes que las empresas tenían legalmente reconocidos.

¹⁷⁰ UNESA, LA LIBERALIZACIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO ESPAÑOL Y LOS COSTES DE TRANSICIÓN A LA COMPETENCIA, Madrid, enero de 1999.

Con el establecimiento de un sistema eléctrico liberalizado, la recuperación de una parte muy importante de esas inversiones y costes dejaba de ser posible.

A fin de dar una solución razonable a este problema, que beneficiaría a los consumidores y fuera viable para las empresas, la Ley del Sector Eléctrico reconoció explícitamente esos derechos, denominándolos costes de transición a la competencia (CTCs), a cambio de que las empresas eléctricas renunciaran a la recuperación de una parte muy importante de las inversiones y costes que tenían legalmente reconocidos. Las empresas eléctricas aceptaban un pago aplazado de sus inversiones y costes para ser posible una significativa bajada de las tarifas, a cambio del reconocimiento explícito del derecho a los costes de transición a la competencia.

Así se recortaron en 260.000 millones de pesetas la cifra que podrían llegar a recibir las empresas en los próximos nueve años, pero no se afectaban las tarifas a los usuarios. Las empresas de energía no adicionaban un 4,5% a la tarifa para pagar los costes de transición a la competencia, sino que reservaban un 4,5% de la tarifa (sin aumento, recargo o sobrecoste de ningún tipo) para el pago de los mismos. Dicha reserva serviría para cubrir las inversiones realizadas por dichas empresas que no se habían recuperado.

2.1.4 Régimen de transición en el sector de telecomunicaciones en Colombia.

El principio de confianza legítima, es el que más aplicación ha tenido en el derecho de telecomunicaciones colombiano, ya sea para permitir a los operadores adaptarse a la nueva norma a través de regímenes de transición consistentes en retardar la entrada en vigencia de una norma, o para facilitar la transición hacia un nuevo ordenamiento jurídico sin afectar derechos o situaciones jurídicas consolidadas de los particulares.

Una primera etapa de liberalización ocurrió con la implementación de una definición más amplia de los servicios de valor agregado como respuesta a la huelga de los trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM en 1992, en que el país quedó absolutamente incomunicado y los operadores de servicios de valor agregado fueron vistos como una solución para asegurar la continuidad en el servicio de telecomunicaciones. El Gobierno, a través del Ministerio de Comunicaciones, otorgó innumerables licencias, que

establecían que la transmisión de información digitalizada de cualquier naturaleza constituía un servicio de valor agregado. De esta manera, el Gobierno buscaba que hubiese una liberalización de las comunicaciones internacionales, política que estuvo vigente hasta 1995, cuando el Gobierno decidió poner en venta nuevamente el negocio de la telefonía de larga distancia mediante el decreto 2542 de 1994.

Cada interesado en prestar el servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia debía pagar el valor de licencia definida por el Estado, que se fijó en 150 millones de dólares y cumplir obligaciones adicionales de servicio universal (centros de telecomunicaciones sociales) y de interconexión de redes, entre otras. A pesar de la entrada en competencia TELECOM no fue obligado a modificar su título habilitante, y seguía autorizado por Ley para prestar los servicios de telecomunicaciones en los términos del decreto 1900 de 1990. Hoy la habilitación por Ley sigue vigente para su predecesora TELEFONICA.

En 2004, el MINTIC abordó un proceso de liberalizador tendiente a eliminar el oligopolio en el servicio de larga distancia, por lo cual inició un proceso de modificación de las licencias de los operadores de telefonía de larga distancia establecidos con base en el decreto 2926 de 2005. Con base en dicho proceso se daba oportunidad a los operadores establecidos de modificar su licencia para reducir algunas obligaciones de su título original, adquirir nuevas obligaciones como fue la reventa obligatoria y permitir el ingreso de nuevos operadores de larga distancia a partir del 1 de octubre de 1997. Con esto se estableció prácticamente un plazo de transición de 2 años para la apertura de la competencia. Esta tendencia liberalizadora obedeció también a un reconocimiento de que las condiciones de competencia cambiarían con la suscripción del tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Colombia, que sólo fue ratificado por Estados Unidos en el 2011.

El proceso de liberalización también se realizó mediante la entrada de nuevos servicios de telecomunicaciones como fueron los de telefonía móvil celular incorporados por la Ley 37 de 1993 y el decreto 741 de 1993. Se respondía a un proceso de desmonopolización, en la que se buscaba cambiar la estructura del mercado de telecomunicaciones existente, en la que un operador público nacional –TELECOM- y operadores locales eran los únicos encargados de prestar los servicios de telefonía fija.

Con la Telefonía Móvil Celular, se buscó establecer un régimen de competencia limitado atendiendo a las condiciones del mercado. Con las condiciones que se

fijaron para la explotación de las concesiones celulares, el Estado erigió una política de “*incentivo a entrantes*”, para debilitar el monopolio en la telefonía fija y responder a las tendencias internacionales. La entrada de empresas buscaba promover el crecimiento de un servicio incipiente, mediante la disposición de reglas mínimas y garantías que le aseguraron su desarrollo exponencial. No obstante, este régimen también tuvo un régimen de protección para el operador establecido en tanto los operadores de telefonía móvil quedaron limitados para prestar los servicios de telefonía de larga distancia internacional y comunicaciones internacionales.

También la Ley de Tecnologías de Información y las Comunicaciones, Ley 1341 de 2009, en el artículo 68 dispone un marco normativo de libre entrada y sin clasificación de servicios respecto de las concesiones, permisos y licencias adquiridas con antelación a la entrada en vigencia.

Este artículo dispone:

“Artículo 68. De las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos sólo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. De ahí en adelante, a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se les aplicará el nuevo régimen previsto en la presente ley.

La decisión de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de acogerse al régimen de habilitación general de la presente ley, la cual conlleva necesariamente la terminación anticipada de las respectivas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, no genera derechos a reclamación alguna, ni el reconocimiento de perjuicios o indemnizaciones en contra del Estado o a favor de este.

A los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de la expedición de la presente ley, que se acojan o les aplique el régimen de autorización general previsto en esta ley, se les renovarán los permisos para el uso de los recursos escasos de acuerdo con los términos de su título habilitante, permisos y autorizaciones respectivos. Vencido el anterior término deberán acogerse a lo estipulado en el artículo 12 de esta ley.

En las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial.

En todo caso todos los nuevos proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se sujetarán a lo establecido en la presente ley)".

Con base en dicha norma se permite seguir aplicando el régimen al momento del otorgamiento de las concesiones de prestación de servicios que se han suscrito por el Estado para servicios de telefonía móvil celular y PCS, las licencias otorgadas para la prestación de otros servicios de telecomunicaciones antes de la entrada de vigencia en la ley y los permisos por uso del espectro radioeléctrico otorgados antes de vigencia de dicha ley. Pero al señalar la ley que el régimen jurídico al momento de la concesión es sólo aplicable para efectos de las concesiones, hizo una aplicación ultractiva de la ley frente a situaciones jurídicas creadas con anterioridad para que dicho régimen jurídico no se pudiera oponer frente a otros agentes.¹⁷¹

Este régimen de transición otorga tiempo suficiente a los operadores móviles para adecuarse al nuevo régimen en relación con sus concesiones. El nuevo régimen les impone: (i) La provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, sin diferenciación de servicio, bajo un régimen de Habilitación general, esto es, sin concesiones o licencias específicas, sino habilitación en virtud de la ley. Al no

¹⁷¹ PLAZA FERNANDEZ, JAIME ANDRES, Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: régimen de transición para operadores diferentes de los servicios de TPBC. Artículo 68 de la Ley 1341 de 2009. Publicado en la obra Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. TIC- (Ley 1341 de 2009). PLAZA frente al alcance de este artículo muestra que la nueva ley puede aplicarse ultractivamente frente a concesiones o licencias anteriores, pero no descarta que se puedan vulnerar derechos adquiridos o expectativas legítimas y comprometer la responsabilidad del Estado por cambios normativos sobre las mismas. Se requerirá un análisis de caso por caso:

“el análisis de los efectos de la ultractividad reconocida a la normativa anterior debe realizarse bajo la premisa de que sólo algunas de las normas pueden llegar a consolidar situaciones jurídicas particulares, de tal suerte que el examen sobre los efectos de dichas normas en el tiempo no puede llevarse a cabo de forma general o abstracta, sino verificando, para cada caso (servicio o habilitación): a. la efectiva existencia de una situación tutelable; b. la afección de tal situación el cambio normativo; c. la eficacia de la conservación de las condiciones anteriores como medio de preservación de derechos en el marco de un balance de intereses realizado a la luz de los principios del sistema vigente y d. Sólo en caso de que el balance impusiera la sujeción al nuevo régimen debe verificarse la presencia de los elementos configuradores de una eventual responsabilidad del Estado por limitar los derechos individuales emanados del ordenamiento”

acogerse para efectos de su licencia se mantiene el carácter del servicio de TMC dispuesto en la ley que incluye su exclusividad en el manejo del servicio fijo móvil por tener la titularidad del servicio. (ii) Permiso independiente para el uso del espectro radioeléctrico, cuando los operadores móviles han explotado el espectro en virtud de la autorización otorgada mediante contrato de concesión y sus modificaciones; (iv) Régimen de contraprestación diferenciado para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y otro en materia de espectro, cuando actualmente los operadores de telefonía móvil celular y PCS pagan en virtud de su concesión una única contraprestación del 5% sobre sus ingresos brutos.

Nótese que respecto al régimen de transición GUERRA y OVIEDO¹⁷² retoman el concepto emitido sobre este tema por el Dr. Juan Manuel Charry para concluir que es un nuevo régimen de servicios que rige hacia futuro y otorga a los operadores la posibilidad de mantenerse en el régimen que está o pasarse al nuevo, sin causarse traumatismo o carga adicional de quienes opten por trasladarse al nuevo régimen. Señala CHARRY que de esa forma el Legislador protegió celosamente los derechos adquiridos y situaciones jurídicas particulares consolidadas de quienes prestaban servicios de telecomunicaciones con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley.

Vía regulatoria el alcance que se le ha dado respecto a los operadores móviles celulares de mantener su concesión conforme al régimen jurídico existente al momento de su concesión, es restringido, lo que ha traído que sigan existiendo barreras para la prestación de los servicios móviles. Dichos operadores mantienen así derechos exclusivos para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, y la titularidad de la llamada, específicamente sobre las comunicaciones fijo móvil, aún a pesar de que la ley 1341 de 2009 estableció un régimen de apertura total en la prestación de servicios.

En materia regulatoria, normalmente también se conceden plazos para la entrada en vigencia de las normas regulatorias que buscan consultar los impactos que las mismas originan o considerar los plazos necesarios para que el operador pueda adecuarse a la nueva normatividad.

Pero cuando no se han dado períodos de transición para la modificación de situaciones jurídicas existentes, han ocurrido una serie de conflictos que han llegado a varios extremos. En el sector de telecomunicaciones en Colombia, la implementación de la regulación de cargos de acceso por capacidad para el tráfico

¹⁷² GUERRA, María del Rosario y OVIEDO, Juan Daniel, La Ley de Tecnologías de la Información y las comunicaciones (L 1341/09), Actualización de un marco legal para un sector en constante evolución.

de larga distancia impuesta por la Resolución 463 de 2001, fue uno de esos casos. En este la discusión se centró sobre dos aspectos fundamentales. En primer lugar frente a las facultades de la CRC para modificar contratos existentes en los que se había pactado un cargo de remuneración de las redes. La norma planteaba el derecho del operador de larga distancia de escoger entre un cargo de remuneración por capacidad o por minuto y la obligación del operador de telefonía local y telefonía móvil de ofrecer esos dos tipos de remuneración, a partir del 1 de enero de 2002. Además de que en este caso se presentaron problemas de vigencia de las normas, dada una posterior norma de la CRC que derogó expresamente la Resolución 463 de 2001 según lo señaló el Consejo de Estado¹⁷³, puede entreverse una eventual falta de régimen de transición adecuado para incorporar una regulación de intervención económica frente a contratos y situaciones jurídicas existentes. Este conflicto ha conllevado hasta una demanda por responsabilidad del Estado Regulador que se analizará posteriormente en el punto 4.

2.2 EL DAÑO ESPECIAL

El daño especial tiene como sustento el principio de igualdad ante las cargas públicas y hace parte de las modalidades de la responsabilidad sin falta. Desde que se acogió en la jurisprudencia colombiana se ha considerado como un desarrollo del principio de equidad y con repercusión en los artículos 30 y 33 de la Constitución Política.¹⁷⁴

La responsabilidad sin falta, como su nombre lo indica significa que no es necesario que exista falla en el servicio, sino que haya otro título de imputación como es, en este caso, la vulneración al principio de igualdad ante las cargas públicas, noción con la cual deja de existir la calificación subjetiva del daño encuadrándonos en aquella calificación objetiva del mismo.¹⁷⁵ En este asunto ya no importa cómo se causó el daño sino analizar si el ordenamiento jurídico le impuso a la víctima la obligación de padecer o no el daño. Este régimen es de aplicación eminentemente restrictivo en Colombia, esto es, sólo aplica en caso de que la actuación sea legítima en tanto el origen del daño antijurídico no es la falla, ilegalidad ni vías de hecho.

¹⁷³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia del 2 de agosto de 2008, Exp 2003-00047 M.P Marco Antonio Velilla Moreno

¹⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de Octubre 28 de 1976, radicado 1482, Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango.

¹⁷⁵ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier, Daño Antijurídico, Títulos de Imputación y carga de la prueba, Centro de Estudios sobre Gerencia Jurídica Pública, julio diciembre de 2008.

Sin importar si la actuación es lícita, la administración estará llamada a responder cuando se rompa el principio de igualdad ante las cargas públicas¹⁷⁶.

La génesis de la responsabilidad sin falta por hechos lícitos pueden tener fundamento en diferentes teorías como los derechos adquiridos y reconocidos a particulares, la justicia, equidad, bien común, igualdad ante la ley y defensa de la propiedad, por exigencias de la justicia distributiva, y por las finalidades que persigue el Estado de Derecho.¹⁷⁷ El daño especial es, entonces, una génesis de responsabilidad “sin falta”. Esta responsabilidad sin falta, alude más a la objetivización del régimen de responsabilidad del Estado, que de todas formas sigue siendo rebatida.¹⁷⁸

Así cuando se trate de una acción u omisión legítima del ente Regulador, que por ejemplo puede ser la expedición de una norma regulatoria o la omisión de regular o intervenir en un mercado, en procura del interés general, y sin que estemos en presencia de una falla del servicio, el título de imputación de la responsabilidad del Estado Regulador será el daño especial. Para endilgar dicha responsabilidad se tendrán que cumplir los siguientes elementos: una acción u omisión legítima del ente regulador- que se convierte en el hecho legal dañino-, un daño anormal y especial y un nexo de causalidad entre dicha acción u omisión o hecho legal y el daño.

¹⁷⁶ GOMEZ POSADA, José. Teoría y Crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia, Universidad Sergio Arboleda, Segunda Edición, Bogotá, Enero 2007.

¹⁷⁷ COLAUTI, Carlos E., Responsabilidad del Estado, Problemas Constitucionales, Rubinzal Culzoni Editores, Argentina 2003.

¹⁷⁸ PAILLET por ejemplo cuestiona que el principio de la igualdad de las cargas públicas sea el criterio único para imputar la responsabilidad administrativa. Lo califica de incierto por su imprecisión y porque su alcance debe ser circunscrito. Así, señala que los fundamentos de la responsabilidad son la culpa, el riesgo más la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.

No puede pasarse por alto el análisis realizado por este autor frente a los fundamentos de la responsabilidad, para el cual parece imposible llevar el conjunto de las hipótesis correspondientes a un esquema explicativo único, e intenta diversos fundamentos que mezclan la culpa y el riesgo. La responsabilidad no puede entenderse entonces como un régimen único y su equilibrio dependerá de la actividad. Puede entonces provenir como una sanción de un comportamiento culposo imputable a la administración, como el seguro de ciertos riesgos corridos por los administrados por sus propios hechos, o como el precio que debe pagar la Administración por poder cumplir ciertos actos generadores de daños inevitables. Esta razón, que es acogida por el Consejo de Estado Colombiano, sobre un régimen mixto de responsabilidad, explica que también nos hayamos detenido al análisis de la responsabilidad por falla en el servicio e incumplimiento de obligaciones vigente en jurisprudencia reiterativa del Consejo de Estado Colombiano.

Sobre este título de imputación, es muy ilustrativa la siguiente sentencia del Consejo de Estado¹⁷⁹:

“En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye **el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular.** De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C.P....

“El caso planteado en la demanda encuadra dentro del régimen de responsabilidad que gobierna el daño especial. Para que dicha figura jurídica tenga plena aplicación debe reunir los siguientes elementos:

“1. Que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legítima de la administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, que rompe la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados.

“Significa lo anterior que el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas imponga a ciertos administrados un mayor sacrificio al que normalmente debe soportar los asociados en general....

“2. Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.

“3. Y que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado.

“Lo dicho permite establecer que este régimen de responsabilidad excluye la ilegalidad del acto administrativo, los casos de

¹⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO, Exp. No IJ-001. Actor: VITELVINA ROJAS ROBLES. Ponente, Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007) Radicación número: 16421
Actor: CARLOS SAMMY LÓPEZ MUSTAFÁ, ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

responsabilidad por falta o falla del servicio de la administración y también la derivada de las vías o actuaciones de hecho.

“En tales condiciones se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios.

Esta tesis del daño especial es la que sustenta el hecho del Legislador como fuente de responsabilidad del Estado. Así lo ha entendido el Consejo de Estado, que admite que la responsabilidad del Estado por las leyes pueda presentarse simplemente cuando existe un daño antijurídico, independientemente de que la norma sea o no constitucional.

La teoría no se ocupa de reparar todas las lesiones generadas por el Estado en ejercicio de su actuación lícita, ni de entrar a revisar si existe o no una causal de justificación¹⁸⁰. Lo que debe procederse a revisar es si estamos en presencia de un daño antijurídico.

La Asamblea Nacional Constituyente en las diferentes ponencias sobre el asunto definió el daño antijurídico como “aquel que causa un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”.

Según la sentencia 333 de 1996, la génesis de la responsabilidad patrimonial del Estado contenido en el artículo 90 de la Constitución Política ya no será la calificación de la conducta de la autoridad, sino del daño que ella causa, siendo el

¹⁸⁰ Como puede observarse, el régimen de daño especial que se vislumbra como título de imputación a la administración también está sujeto a unos requisitos cuyo cumplimiento pueden generar la inquietud de si estamos o no en un régimen de responsabilidad objetiva absoluto. Por ejemplo, si reflexionamos sobre cuándo estamos en presencia de causales de justificación para causar el daño. Sobre este tópico el tratadista NAVIA ARROYO, trayendo a colación las causales de justificación de la doctrina *iusprivatista* concluye que al aplicarse como causal de justificación el cumplimiento de un deber legal, sería obvio que cuando estemos en presencia de una actuación lícita siempre quede exonerado el Estado de toda responsabilidad. NAVIA ARROYO, Felipe, La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, Revista de Derecho Privado, No. 6, julio/diciembre 2000

régimen de daño especial una fiel aplicación de esta nueva orientación, en la que el principal elemento a analizar es la naturaleza del daño antijurídico causado. De esta forma, el derecho colombiano incorpora la tesis resarcitoria del daño y elimina cada vez más el análisis de los criterios subjetivos de la falta. Para este título de imputación, el daño tendrá que ser especial y anormal.

Dice la Corte:

“De manera tal que “la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”, lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la “calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa” (subrayas en el original).¹⁸¹

Reiteradas sentencias han reconocido la aplicación del régimen del daño especial frente a los actos administrativos legales, lo que cubriría las manifestaciones de voluntad del Estado Regulador. Ha dicho el Consejo de Estado en una sentencia más reciente¹⁸²:

“Por manera que la jurisprudencia ha definido al *daño especial*, como aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de *equidad* y de *justicia distributiva*,¹⁸³ en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un *rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas*¹⁸⁴. De antaño la jurisprudencia de esta Corporación tiene determinado que:

¹⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-038 de 2006, Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

¹⁸² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421)

¹⁸³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 23 de mayo de 1973, Exp. 978, Actor: Vitalia Duarte Vda. de Pinilla, C.P. Alonso Castilla Saiz.

¹⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 20 de febrero de 1989, exp. 4655, C.P. Antonio José de Irisarri: “La existencia del Estado y su funcionamiento implica incomodidades o inconvenientes para los asociados, que éstos deben soportar en aras del bien colectivo en tanto y en cuanto esas incomodidades no sobrepasen un determinado umbral: el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas. Cuando quiera que se quiebre esa igualdad, aun

“en derecho público, no todo daño genera la obligación de indemnizar en los mismos términos que en derecho privado, en razón de que el fundamento racional de la responsabilidad civil del Estado es diferente del que justifica la de los particulares, porque en tanto que ésta se basa en la justicia conmutativa y que nadie puede causar daño a otro, aquélla se apoya en la justicia distributiva, y sólo cuando con la acción administrativa se quebrantan sus normas surge para el Estado la obligación de indemnizar. El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones, no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto, característica particular de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o alguno de ellos, pues si todos los que se hallen en esas condiciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública.

“(…) El daño debe ser por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado”¹⁸⁵

De modo que aun la actividad estatal legítima *“tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita como por la fidelidad al procedimiento determinado legalmente”*¹⁸⁶ - esto es, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales- puede ocasionar al administrado un daño anormal, superior al que deben sufrir otros colocados en idénticas condiciones, que por lo mismo excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe soportar, entraña el rompimiento de la *“equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del*

por el obrar legítimo y ceñido al derecho de la administración, será preciso restablecerla, resarciendo los perjuicios que de tal manera hayan podido causarle, porque la equidad así lo impone (…)

“Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad. Por ello es quizás aquella en la cual el fundamento mediato de la responsabilidad, que consiste en la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas que campea en la Constitución, opera de manera directa”.

¹⁸⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 30 de septiembre de 1949, C.P. Pedro Gómez Parra.

¹⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 28 de octubre de 1976, Exp. 1482, Actor: Banco Bananero del Magdalena, C.P. Jorge Valencia Arango.

*Estado*¹⁸⁷ y compromete así la responsabilidad patrimonial de la administración pública.”

Ante la actuación de la autoridad regulatoria es claro que las competencias que le son otorgadas, exigirán decisiones razonables y acordes con los fines que le son predicables. Este asunto fue objeto de estudio en el primer capítulo. Pero aunque nos encontremos con una actuación legal y legítima, aplicados todos los elementos de revisión de la actuación regulatoria, tratados en dicho capítulo (principios, ponderación, procedimiento, sujeción a los criterios técnicos jurídicos), si se genera un daño, anormal y especial, entonces se debe imputar responsabilidad al Estado Regulador en aplicación del régimen de daño especial. Quién utiliza dicho título, no despliega sus argumentos y actividad probatoria en la actividad de la administración, en tanto esta se asume legal y legítima.

Lo que se mirará aquí es cuál es el origen del daño. Si se trata de la expedición de una norma regulatoria sin el requisito de las normas legales, se deberá demandar la nulidad del acto, para poder obtener la reparación de perjuicios. Si se trata de la ejecución del acto regulatorio legítimo del que no se cuestiona su legalidad y que genera un daño anormal y especial, el título de imputación será el daño especial que deberá demandarse en acción de reparación directa, dado que lo se discute es la causación de los perjuicios.¹⁸⁸

La prueba entonces de la responsabilidad del daño especial girará entonces en torno a la víctima, para determinar si dadas sus condiciones económicas, el contexto y el caso particular, estaba llamada a sufrir el daño antijurídico. Si este daño es grave y anormal tratándose de la víctima en particular.

No puede olvidarse que el derecho de daños en Colombia es de carácter pretoriano, por lo cual, será tarea del juez analizar caso a caso, si estamos en presencia de esa clase de daño.

A continuación nos referiremos a los elementos y premisas de la responsabilidad bajo la aplicación del régimen de daño especial.

2.2.1 Daño anormal.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ CONSEJO DE ESTADO, sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007), expediente No 16421. Actor: CARLOS SAMMY LÓPEZ MUSTAFÁ, Ponente, Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

La aplicación del daño singular en el derecho español, arroja ciertos parámetros que pueden ser útiles para calificar la anormalidad del daño en sectores regulados. Por ejemplo para el Consejo de Estado Español ¹⁸⁹estaremos frente a una violación del principio de igualdad en los casos en que la medida económica afecte a un grupo restringido y delimitado, sobrepase los límites del riesgo económico inherente a la actividad del sector y rompa injustificadamente la igualdad de tratamiento existente con anterioridad.

Calificar los límites del riesgo económico inherente a la actividad, sin duda arrojará un ejercicio probatorio complejo para el sector de telecomunicaciones colombiano, en tanto la prestación de servicios se realiza en su gran mayoría por el régimen de licencia o autorización general. Para dichos regímenes de autorización en la práctica no se establecen los riesgos económicos asociados a la actividad. Cosa diversa ocurre en materia de explotación de contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones, respecto de los cuales ya se establece un deber para la administración de realizar estudios sobre la asunción de riesgos correspondientes ¹⁹⁰.

Surgirá el deber de soportar el daño cuando se trata de normas que buscan eliminar hechos dañosos o ilicitudes a las que pueda contribuir el destinatario ¹⁹¹.

Respecto a la anormalidad del daño SAAVEDRA señala cómo la definición de la anormalidad puede depender de un análisis subjetivo del juez que determinará cuál es el estándar de dicha anormalidad remitiéndose a la gravedad del daño. Esta medición no responde a una forma nominal y matemática ¹⁹².

¹⁸⁹ Dictamen del Consejo de Estado Número 1973/1994 que retoma casos del Tribunal de Justicia Europea, tomado de Torres de Silva y López Letona.

¹⁹⁰ Ley 1150 de 2007, Artículo 4. De la distribución de riesgos en contratos estatales. Sobre el particular también puede verse los Documento 3714, Conpes, Consejo Nacional de Política Económica y Social ,Departamento Nacional de Planeación

DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA; DNP: Versión aprobada, Bogotá D.C., 01 de diciembre de 2011; Documento 3107, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación, POLITICA DE MANEJO DE RIESGO CONTRACTUAL DEL ESTADO PARA PROCESOS DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA, Versión aprobada, abril 3 de 2001.

¹⁹¹ Dictamen Consejo de Estado Número 3399/98 Caso Canal Satélite, retomado de obra de TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA

¹⁹² SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, Grupo Editorial Ibáñez, cuarta reimpresión, Bogotá 2008

Se debe superar el umbral de tolerancia del daño de lo que implica vivir en sociedad.¹⁹³

También se mira la anormalidad respecto al patrimonio de la víctima, o sea que no se mide por el tamaño del perjuicio en general, sino en relación con las condiciones de la víctima.

No debe tratarse de un daño de menor importancia. La Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 1996 trae consideraciones al respecto:

“Aquí tal como ocurrió en el *arrêt Bovero*, de 23 de enero de 1963, “en el que se sienta definitivamente la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas como criterio del nacimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator” el perjuicio recibido por la demandante, constituye para ella una *“carga especial con relación al conjunto de cargas normales....que, por su gravedad y especialidad,presenta un carácter excepcional suficiente para determinar ... la responsabilidad sin falta del Estado”*.

2.2.2 Daño especial.

Para JINESTA LOBO el análisis del sacrificio singular indemnizable sustentado en la violación del principio de igualdad antes las cargas públicas respecto a la ley hace que aún ante la presencia de una norma válida y legítima, se genere responsabilidad cuando las consecuencias o efectos someten a una persona o grupo de personas a una situación discriminatoria.

“La desigualdad o discriminación se debe situar en el nivel de los efectos – esfera de eficacia- del acto legislativo y no de su validez, los daños son los que contribuyen a la desigualdad y son estos los que hay que suprimir mediante una indemnización”.¹⁹⁴

¹⁹³ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de julio 18 de 2002. CP: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. En el mismo sentido: Sentencia de junio 3 de 1993. CP: Dr. Julio César Uribe Acosta. Sentencia de septiembre 23 de 1994. CP: Dr. Julio César Uribe Acosta. Sentencia de 10 de julio de 1997. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁹⁴ JINESTA LOBO, Ernesto, Responsabilidad del Estado Legislator. Disponible en: <http://www.ernestojines.com>

En esta construcción la especialidad del daño es un requisito esencial, porque como afirma ODENT “si el daño causado por la ley fuere general, sería contradictorio pretender repararlo mediante la concesión de una indemnización que gravaría a toda la colectividad”¹⁹⁵,¹⁹⁶.

Frente a las personas que pueden ser objeto de un daño especial por discriminación, pueden ser uno o varios o un grupo determinable que experimenta una carga excepcional, intensa y singular, con lo cual se transforma en un sacrificio excesivo y desigual.

El Consejo de Estado Español¹⁹⁷ al referirse a las cargas generales que deben soportarse, las que son opuestas a las especiales ha establecido la especialidad frente a personas que intervengan en sistemas regulados en función de una específica condición que en ellos concurren:

“No son daños y perjuicios antijurídicos aquéllos que pueden ser calificados como cargas generales, definiendo éstas últimas como las cargas o consecuencias desfavorables que se giran con carácter uniforme a los administrados en cuanto miembros de la colectividad y que no derivan, por tanto, de una correcta y específica situación o condición que identifique a alguno de los administrados. (...)”

“Por los mismo, estos previos pronunciamientos de este Cuerpo Consultivo han venido estableciendo que únicamente escapan de tal caracterización y son, por tanto, daños susceptibles de ser indemnizados al amparo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública aquellos perjuicios que una modificación del especial régimen jurídico establecido en los comentados sectores imponga de un modo singularizado y especial, a algunos agentes, entidades y personas que intervengan en los mismos, en función de una específica condición que en ellos concurren”.

Nuestro Consejo de Estado se ha referido a la singularidad o especialidad del daño, a propósito del caso de Vitalia Duarte¹⁹⁸, en la que se condenó a la Nación

¹⁹⁵ Citado por SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador. Disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1972_068_057.PDF, cita., p. 12.

¹⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-038 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO; Bogotá, D.C., primero (1º) de febrero de dos mil seis (2006).

¹⁹⁷ Dictamen del Consejo de Estado Número 3399/98 relativo a la reclamación de la responsabilidad del Estado Legislador formulada por Canal Satélite Digital.

¹⁹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 30 de septiembre de 1949

por generar daños a su vivienda por la operación que culminó con la captura de Efraín González, señalando un criterio de especialidad sustentado en la condición de la víctima frente a otros de condiciones iguales. Dijo dicho organismo:

“solo cuando con la acción administrativa se quebranta la justicia distributiva, surge para el Estado la obligación de indemnizar. El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esta afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones, no hay violación de la justicia distributiva, que justifique jurídicamente la responsabilidad. El daño debe ser excepcional y anormal porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño causado”.

El Consejo de Estado ha establecido que hay que mirar que se presente una identidad de hecho, porque si se está ante diferentes circunstancias, la desigualdad en el trato es justificada.¹⁹⁹ Pero si todos los destinatarios de la norma, experimentan el mismo efecto económico, estamos ante la presencia de una carga pública y se tendrá que descartar la especialidad del daño.²⁰⁰

Para conformar la responsabilidad por daño especial, también se ha dado aplicación de este régimen por la calidad de los destinatarios del perjuicio. Entonces la desigualdad de la víctima ya no partirá de contrastar su situación frente a la de otras personas, sino frente al especial trato que merece la víctima dado su status. Si se trata de un destinatario que merece especial protección del Estado, entonces se podrá generar responsabilidad del Estado por aplicación del régimen del daño especial.

Es así como se reconoció responsabilidad patrimonial del ICBF por los daños generados a un menor de edad que encontrándose en un hogar comunitario, centro que está sometido a la vigilancia y control de dicho organismo, ingirió una chupa que no pudo ser removida a tiempo generándose daño cerebral. Aquí la teoría del daño especial se aplica por la calidad de la víctima, bajo la consideración del Estado de que las actividades relacionadas con los niños generan un cuidado especial y por ende un mayor margen de responsabilidad.

¹⁹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 16 de abril de 1978, Expediente 2052.

²⁰⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421)

Así lo sostuvo el Consejo de Estado²⁰¹ que trajo a colación una sentencia de la Corte Constitucional que precisó que la responsabilidad por los daños padecidos por menores en centros de rehabilitación o resocialización era objetiva, por cuanto:

*(...) cuando la persona que padece el daño es un niño, niña o adolescente que se encuentra en un centro especializado de reeducación o rehabilitación, **las condiciones de responsabilidad se tornan aún más exigentes en virtud de la protección constitucional especial de que gozan a partir de la prevalencia del derecho de aquéllos sobre los de los demás (artículos 44 y 45 C.P.)**, sin que para efectos del alcance de la protección constitucional especial tenga incidencia la distinción entre “niños y niñas” y “adolescentes”, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en los siguientes términos: “La Carta utiliza el término adolescentes para referirse a aquellos jóvenes que no han alcanzado aún la mayoría de edad, pero que tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud, sin definir cuándo comienza y a qué edad termina la adolescencia. Lo que se buscó con tal consagración fue pues garantizar la protección y la formación física, psicológica, intelectual y social, así como la participación activa de los jóvenes en la vida cultural, deportiva, política, laboral y económica del país, promoviendo su intervención en las decisiones de los organismos que tienen a su cargo políticas respecto de ese grupo de la población. Así, la distinción entre niño y adolescente, no se hizo para efectos de la prevalencia de sus derechos, sino de la participación. La intención del constituyente no fue excluir a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino hacerla más participativa respecto de las decisiones que le conciernen.”²⁰² (Negrilla fuera del texto)*

El Consejo de Estado concluye en dicho caso que:

“La anterior perspectiva se refuerza aún más en el caso concreto, pues del acervo probatorio no se desprende la existencia de una falla del servicio a cargo del ICBF, menos en relación con el deber de control y vigilancia que ejerce sobre los hogares comunitarios, como quiera que

²⁰¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera; Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia del 9 de mayo de 2011.

²⁰² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-092 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

no se acreditó la forma en que llegó el objeto extraño a las manos del menor lesionado y ni siquiera la naturaleza o material del mismo.

“En consecuencia, la lesión antijurídica deviene imputable a la entidad demandada porque en ejercicio de una actividad legítima y lícita se irrogó un daño especial y anormal que, se itera, desborda la igualdad ante las cargas públicas”.

Una tesis similar se podría aplicar para imputar responsabilidad patrimonial por daño especial generada en la acción regulatoria legítima cuya víctima merecía una protección especial, como pueden ser los usuarios, teniendo en cuenta su situación desventajosa frente a la expedición de regulación de carácter técnico que con dificultad puede controvertir. Si una norma regulatoria, genera perjuicios a los usuarios, entonces podría decretarse la responsabilidad del Estado bajo la figura del daño especial.

Otro fallo condenatorio por un puente construido que generó perjuicios²⁰³, precisó la especialidad en las condiciones de la víctima frente a los demás ciudadanos que se benefician de la medida y no frente a los demás en condiciones similares en relación con el hecho que lo ocasiona.

Este tema reviste importante interés en materia regulatoria, donde hay normas de carácter general o de carácter particular que se expiden en beneficio del interés general o de un principio que la ley de telecomunicaciones ordenó tutelar. Se puede acoger la tesis de nuestro Consejo de Estado según la cual al ser una norma general, todos los destinatarios deben resistir las cargas de las normas como resultado de vivir en sociedad.²⁰⁴

En todo caso, se debe mirar las cargas y quienes se benefician con las normas, para verificar si para alguno o algunos surge una carga excepcional en desproporción al interés general protegido o al beneficio buscado con la norma, y si se cumplen los demás elementos de la responsabilidad, la(s) víctima (s) estará llamada a ser reparada bajo la teoría del daño especial.

Aún una norma general, regulatoria, puede generar un daño anormal y especial. Esto es, no debe tratarse de un acto particular para que podamos hablar de daño especial. Aunque han existido tesis que señalan que los actos generales son sinónimo de irresponsabilidad del Estado, no se comparte esta tesis, porque precisamente las normas generales buscan beneficiar intereses o principios orientadores de la regulación, pero los costos y beneficios se miran en relación con todos los destinatarios, y algunos de ellos pueden sufrir un daño antijurídico.

²⁰³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, 3 de mayo de 1990, Expediente 5497, actor Bernardo Méndez, Consejero Ponente Antonio José de Irisarri Restrepo.

²⁰⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Expediente 3504.

En términos simples, si se establece una norma para beneficiar a los usuarios, pero que también generará transparencia y beneficios para el sector, pero son sólo ciertos operadores los que sufrirán una carga excesiva frente al beneficio causado²⁰⁵, claramente de imponerse la medida, deberá resarcirse a dichos operadores, así estemos hablando de un conjunto de operadores.

➤ **LAS NORMAS GENERALES REGULATORIAS GENERAN DAÑO ESPECIAL**

En oposición a que puede aplicarse el régimen de daño especial frente a actos generales, debemos considerar que tratadistas denigran de la generación de responsabilidad en actos de intervención económica, como lo hemos mostrado a lo largo de este trabajo. Por ejemplo, ROUGEVIN-BAVILLE señala que “es de la naturaleza de tales intervenciones dar ventajas a unos en detrimentos de otros.”.

En oposición a esta tesis, PAILLET²⁰⁶, muestra como se ha referido el Consejo de Estado Francés declarando la responsabilidad pública generada como consecuencia de actos administrativos lícitos, que son “no culposos”, siempre que pueda considerarse que se ha roto la igualdad ante las cargas públicas. En su obra también es clara la evidencia, del reconocimiento de la responsabilidad sin falta generada incluso por actos de intervención económica que afectan a sujetos individuales, o adoptadas por los poderes públicos sin culpa, y que han generado responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas. Los casos citados en la materia, tuvieron ocurrencia entre las décadas de los 40 a los 80. Transcribimos los asuntos de los casos citados por PAILLET, que llaman nuestra atención: incapacidad para garantizar la libre utilización de bienes públicos; parálisis de los servicios públicos como consecuencia de huelgas provocadas por sus agentes; huelgas de controladores aéreos; falta de aplicación de un reglamento; decisión de regular la renuncia a una expropiación; la construcción de una vía de comunicación, entre otros.

Ya habíamos visto como otras actividades de intervención económica, que pueden calificarse como regulación, también son enjuiciables desde la perspectiva de responsabilidad del Estado Regulador.

²⁰⁵ DIAZ GRANADOS MESA, Santiago, Responsabilidad del Estado por Daño Especial, Universidad Javeriana, Agosto de 2001, Tesis Derecho dirigida por el doctor Alier Hernández.

²⁰⁶ PAILLET, Michel, La Responsabilidad Administrativa, Traducción y estudio Introductorio Jesús María Carrillo Ballesteros, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

Ahora bien, la posición de que no procede la responsabilidad por actos de intervención económica también se ha descartado en Colombia por nuestras altas Cortes. Es así como citando al derecho comparado, la Corte Constitucional en la citada sentencia 038 de 1996 admite la responsabilidad patrimonial por normatividad emitida en actividades de fomento, que es eminentemente de intervención económica. Aunque estas actividades puedan dictarse en beneficio general, debe indemnizarse a los perjudicados:

“Esto es lo que sucedió en el caso de las empresas pesqueras afectadas por la supresión de los cupos de pescado importado exentos del pago de derecho aduanero tras el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas (Sentencias Pescanova²⁰⁷, Pepsa²⁰⁸ y Alvamar²⁰⁹)²¹⁰, en el caso de propietarios de terrenos afectados por la declaración legal de áreas protegidas por interés ambiental (STS de 17 de febrero de 1998)²¹¹, o en el caso de ciertas empresas dedicadas a la comercialización de productos derivados del petróleo afectados por una ley que establecía impuestos especiales sobre tales productos (sentencias de 8 y 9 de octubre de 1998)²¹².

“En las anteriores oportunidades, las decisiones judiciales se detienen en la indagación de la presencia de la acción de estímulo realizada por el Ejecutivo en orden a hacer sugestivas inversiones particulares como causa originaria de los posibles perjuicios. En el fundamento jurídico primero de la sentencia del caso Pescanova, el cual se reiteraría en las decisiones posteriores, se sostiene que tales inversiones fueron realizadas “en desarrollo de una verdadera

²⁰⁷ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sentencia del 5 de marzo de 1993.

²⁰⁸ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, STS de 24 de junio de 1994.

²⁰⁹ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, STS de 16 de septiembre de 1997.

²¹⁰ Los supuestos fácticos de las tres sentencias son idénticos: El Gobierno español dictó en el año 1976 un Real Decreto más tarde sustituido por el Real Decreto 830 de 1985 por medio de los cuales se reconocían importantes beneficios a los armadores nacionales que participaran en empresas pesqueras conjuntas constituidas entre personas jurídicas o naturales españolas y de terceros países. Entre estas ventajas figuraban la exención del pago de los derechos arancelarios y compensatorios variables del pescado capturado por los buques españoles vendidos por esas empresas. Las empresas pesqueras que luego demandaron, confiando en dichas disposiciones realizaron grandes inversiones promoviendo y participando en empresas de aquella naturaleza. El Tratado de Adhesión a la Comunidad Europea, suscrito el 12 de junio de 1985 dispuso la eliminación, a lo largo de un período de siete años, de los beneficios concedidos a las empresas conjuntas.

²¹¹ Se trataba de una demanda interpuesta por propietarios de diversos inmuebles rurales a los cuales la Administración había aprobado planes parciales de desarrollo urbanístico pero posteriormente una Ley del Parlamento Balear declaró los terrenos áreas protegidas y prohibió cualquier construcción.

²¹² Nuevamente se trataba de una ley de un parlamento autonómico (en este caso el de Canarias) por medio de la cual se creaba un impuesto muy gravoso para las compañías petrolíferas.

acción de fomento, que estableció importantes beneficios, los cuales fueron efectivamente “prometidos...”²¹³”

“De las anteriores decisiones ha resultado una línea jurisprudencial que se puede considerar consolidada, de conformidad con la cual, **“no puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aún tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la ley”** y por tanto que, **“cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de leyes y existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que puedan considerarse afectados por actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable”**. En todos estos casos lo esencial fue la prueba de que el perjudicado **“no tenía el deber jurídico de soportar”** el daño. En todos ellos los perjuicios a indemnizar procedían de **leyes constitucionales**.

2.2.3 Margen de tolerancia del daño.

Existirá un margen de tolerabilidad o soportabilidad de las cargas públicas, que cuando se traspasa genera el sacrificio especial que ocasiona el resarcimiento. Este límite se sobrepasa cuando se quebranta la equidad, el principio de igualdad ante las cargas públicas y la integridad relativa del patrimonio. Se proscriben las distinciones que no obedezcan a motivos objetivos y razonables, que originan discriminación. Los requisitos para que se genere la responsabilidad serán entonces la especialidad y la anormalidad del daño.²¹⁴

2.2.4 Principio de igualdad ante las cargas públicas.

Este principio uno de cuyos defensores es LEON DUGUIT, reposa sobre el principio de solidaridad e igualdad. Vivir en sociedad genera unas cargas, pero puede ocurrir que las cargas superen lo que una persona está legalmente a soportar, siendo inequitativo que una persona tenga que llevar las cargas de una medida que beneficia a la colectividad. La responsabilidad sin falta sustentada

²¹³ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, STS de 5 de marzo de 1993, FJ 1º.

²¹⁴ JINESTA LOBO, Ernesto, Ob. Citada.

sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas tiene su génesis en las teorías de socialización del riesgo de DUGUIT.²¹⁵

Se trata pues de reconocer que el riesgo se ha realizado antijurídicamente en relación con una persona o grupo de personas, cuando era toda la sociedad la que estaba obligada a afrontar las cargas con criterios de igualdad.²¹⁶

Con base en este principio, la persona sólo estará obligada a soportar aquello para lo que exista título jurídico que lo obligue, como puede ser en materia de impuestos.

Aquí se debe tener en cuenta que el artículo 90 de la Constitución Política sustenta la obligación de reparar no necesariamente en un hecho, sino en una razón de derecho que lo obliga a reparar, lo que hemos denominado título jurídico para reparar. Señala el Consejo de Estado:

“las imputaciones jurídicas aluden a la fuente normativa de deberes y de obligaciones - constitucionales, legales, administrativas, convencionales o contractuales - en las cuales se plasma el derecho de reclamación.”²¹⁷

“...para el nacimiento de la obligación de reparar no basta sólo la *imputatio facti*; es decir, la relación de causalidad entre un hecho y un daño, sino que es necesario *la imputatio juris*, esto es, una razón de derecho que justifique que la disminución patrimonial sufrida por la víctima se desplace al patrimonio del ofensor.”²¹⁸

El título jurídico para que proceda la reparación de los perjuicios generados por la acción regulatoria legítima, será entonces, la vulneración al principio de igualdad ante las cargas públicas.

²¹⁵ El florecimiento de la responsabilidad viene dada por una modificación de la concepción moderna de soberanía que se originó en la teoría de socialización de riesgos de DUGUIT y por el principio de igualdad de las cargas públicas que supone que ciertas personas terminan sufriendo mayores cargas en procura del bienestar general de tal forma que el Estado debe proceder a indemnizar a esas personas por el daño que se les ha inferido. La doctrina de LEÓN DUGUIT, será fundamental para esta consolidación del criterio de solidaridad social. Sobre la fórmula de que la soberanía es irreal e inexistente, el Estado debe responder sobre la base de ser asegurador respecto de los riesgos que generan el ejercicio de la actividad general. TORREGROZA SANCHEZ, Javier Enrique, Responsabilidad Extracontractual del Estado por el Hecho del Legislador, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, Tesis de Grado No. 47, 2007.

²¹⁶ GOMEZ POSADA, José, Obra Citada.

²¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 25 de julio de 2002, exp. 13744, actor Gloria Esther Noreña Benjumea, Ponente, Dra. María Elena Giraldo Gómez.

²¹⁸ ESCOBAR GIL. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis, página 259. Citada en la sentencia del 21 de octubre de 1999 antes referida.

Nos encontraremos ante un daño antijurídico a propósito del régimen del daño especial, cuando se genera una desproporción entre los beneficios y las cargas impuestas entre los destinatarios o impactados por la norma. En regulación, estaremos ante un Estado Regulador que debe responder patrimonialmente bajo la figura del daño especial cuando las normas generan un sacrificio mayor a una persona que el beneficio esperado o que le reporta la norma o los sacrificios generados a una persona o grupo de personas no se compensan con los beneficios obtenidos por éstas.

Las normas generales buscan satisfacer intereses generales, por lo cual el perjuicio se deberá analizar frente a los beneficios generales que genera la norma regulatoria.

En nuestro país, el evitar cargas excesivas que no se compensan con el beneficio obtenido ha regido implícitamente ciertas actuaciones de nuestro regulador, como fue en el caso de la evaluación de la portabilidad²¹⁹ para los operadores fijos. Claramente aquí se ha analizado el impacto de la regulación y se ha buscado evitar perjuicios excesivos para un grupo de destinatarios.

No obstante la normativa interna que rige el procedimiento regulatorio no es muy profundo en determinar mecanismos para la medición del impacto regulatorio. Para estos efectos, debería tenerse presente parámetros recomendados por autoridades regulatorias como OFCOM y la Comisión Europea que ha adoptado una guía para la medición de impacto regulatorio, denominado “Impact Assessment

²¹⁹ CRC, DNP, Metodología para la estimación de costo beneficio, noviembre de 2009. Disponible en: <http://www.crc.com.gov.co/index.php?idcategoria=61577&pag=5> y el documento Respuestas a comentarios del sector sobre la propuesta regulatoria de Implementación de la Portabilidad Numérica en Colombia, Centro de Conocimiento del Negocio

Febrero de 2010. En este último documento la CRC decide no aplicar la portabilidad numérica en telefonía fija, con base en las siguientes consideraciones:

“Teniendo en cuenta lo expuesto en los numerales precedentes, resulta claro para la CRC que con la información y evidencia empírica disponible, bajo las condiciones actuales del mercado y sus previsiones para el mediano plazo respecto de la migración hacia NGN, no se encuentra sustento con el grado de robustez y certidumbre necesarios para determinar la viabilidad económica para efectos de implementar la portabilidad numérica fija en este momento. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de implementar la misma más adelante, cuando la información y el comportamiento del mercado permitan a la CRC establecer que los análisis de sensibilidad se alejan del borde y, por lo tanto, arrojan resultados robustos.

Lo observado anteriormente, aunado a la evolución y el estado de la industria de telefonía fija en ambiente de convergencia y competencia, y a la recomposición de la estructura competitiva que se vislumbra en tal industria, exige la realización de análisis prospectivos de la prestación de la telefonía fija, en la medida que dichos elementos representan hechos que en general pueden implicar cambios significativos en la dinámica de competencia en dicho mercado y, por ende, obligan a la Comisión a continuar efectuando estudios y monitoreando con mayor detalle el comportamiento del sector en términos de oportunidad de mercado para los fines regulatorios a que haya lugar”.

Guidelines”²²⁰. Sobre la base de que es sólo una guía para las autoridades regulatoria para el proceso de creación de la regulación pero que no la sustituye y que el conductor de la regulación es el que carga con la total responsabilidad de su calidad.

En esta medición del impacto se deben entonces responder preguntas como cuál es la naturaleza y escala del problema, cómo están relacionados los diferentes “stakeholders”, ¿cuáles objetivos deben tenerse en cuenta para dirigir el problema?, ¿cuáles son las principales opciones de política para alcanzar dichos objetivos?, ¿cuáles son los impactos probables desde la perspectiva económica, social y en el medio ambiente?, ¿cómo se comparan las soluciones en términos de efectividad, eficiencia y coherencia en la solución de los problemas?, ¿cómo puede organizar el monitoreo y evaluación futura de la medida regulatoria?

2.2.5 Ausencia de Alea.

Un alea que soporta un usuario o un operador al utilizar o prestar un servicio regulado, es la certeza sobre que la actividad puede ser regulada, en tanto el Estado Regulador tiene competencias constitucionales o legales para hacerlo. Este hecho nos haría plantear, en principio, que la regulación es un alea asumida por su destinatario.

Pero lo que también es cierto es que la regulación que un destinatario prevé soportar es aquella que cumple el régimen jurídico o aquella que se sustenta en un título jurídico que obliga al destinatario a soportarlo. Por ello cuando se está ante una decisión lícita y legítima que genera un daño anormal y especial, estamos en presencia de una actuación regulatoria que genera responsabilidad.

2.2.6 Elementos adicionales de la responsabilidad por daño especial.

Como en cualquier régimen de responsabilidad se deben probar por parte del demandante el hecho dañino, el nexo de causalidad y el daño antijurídico, pudiendo el Estado Regulador liberarse de responsabilidad si demuestra una causa extraña que rompa el nexo de causalidad. Entre estas causas extrañas está la fuerza mayor, el hecho del tercero y el hecho exclusivo de la víctima.

Las dos causas extrañas que pueden tener mayor injerencia en la exoneración de responsabilidad del Estado Regulador son las dos últimas. Nos encontraremos

²²⁰ Comisión Europea, Impact Assessment Guidelines, 15 January 2009, SEC (2009) 92.

ante un hecho de la víctima que genera la exoneración de responsabilidad del Regulador, cuando éste último impone medidas al operador dominante por fallas de mercado generadas por éste, y estas medidas generan un daño antijurídico al mismo.

El Regulador se puede exonerar de responsabilidad por este hecho imputable al operador dominante y ajeno al regulador. Los daños deben ser generados exclusivamente por esta víctima y existir relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño porque si interviene también el regulador en la generación del hecho dañino habrá responsabilidad parcial del Regulador en aplicación del principio de concurrencia de culpas. Los hechos no tienen que ser culposos o dolosos de la víctima para que pueda exonerarse el Estado Regulador de su responsabilidad.

Estaremos ante un hecho del tercero que rompe el nexo de causalidad para que proceda la responsabilidad del Estado Regulador, si se logra demostrar que el perjuicio que se le irroga a una víctima, realmente fue causado por el tercero. Este sería el caso de un regulador que no interviene el mercado financiero para detener una actividad riesgosa en el mercado generado por un agente sujeto a su intervención, pero los ahorradores sufren perjuicios. El regulador se podría exonerar si demuestra que ese perjuicio realmente fue generado por el agente en el mercado y que no hubo una falla de servicio. Sobre esta responsabilidad se puede tomar como referencia los casos en el sector financiero francés y español a los que haremos referencia en el capítulo tres. Acá, así el daño especial sea anormal y grave, no se configura la responsabilidad ni siquiera por daño especial por haberse roto el nexo de causalidad.

2.2.7 Hecho dañino.

En la conformación del litigio una cosa fundamental será identificar cuál es el hecho que genera el daño antijurídico para poder identificar si procede la figura del daño especial. Deberá entonces provenir de la actuación del Ente Regulador y no de otra causa legal. Por ejemplo, no tratarse de un incumplimiento del ente regulador, o de un conflicto entre operadores, porque entonces el hecho dañino nos remitirá a una responsabilidad por falla de servicio en el primer caso, y en el segundo a un perjuicio generado entre operadores, en que nada tiene que ver el Estado.

2.2.8 Aproximaciones doctrinales sobre la aplicación del régimen de daño especial para hacer responsable al estado regulador.

PAILLET²²¹ hace una importante aseveración, que nos muestra como es factible responsabilizar al Estado Regulator cuando sus actos se convalidan por las leyes:

“Si se quisiera extender la responsabilidad administrativa a la responsabilidad pública, sería deseable preocuparse también de la Responsabilidad del Estado Legislador, poniendo de presente que comprende los actos administrativos convalidados por la Ley (...)”

Esto nos hace pensar, si definitivamente cuando el regulador incurre en un acto que puede generar responsabilidad del Estado, en la medida en que ocasiona un daño especial al regulado, y su actuar se convalida por la Ley, si aún, en nuestros tiempos y en nuestro derecho podría hablarse de responsabilidad patrimonial por el Estado Legislador.

En otras palabras, ¿se descarta la responsabilidad del Estado Regulator cuándo la Ley disfraza de jurídico o lícito, el daño generado por la regulación? La respuesta es negativa por cuanto el hecho de que el Legislador quiera darle la apariencia de legal a un acto que generó un daño antijurídico, por el sólo hecho de exonerarse en la ley no se rompe la responsabilidad. En este caso lo que deberá perseguirse es la responsabilidad por el hecho del Legislador.

La responsabilidad de la administración pública por la ejecución de la ley si ha sido tratada específicamente en las normas españolas de tal forma que en el artículo 139.3 de la ley 30 de 1992 se establece que corresponde a las Administraciones Públicas indemnizar a los particulares por la aplicación de los actos legislativos de materia expropiatoria. Ello comporta el reconocimiento de que la lesión sólo se produce con la actuación de la Administración Pública, por lo cual ella es la llamada a resarcir los perjuicios generados con su conducta.²²²

Ya adentrándonos en el terreno práctico, JIMENEZ LECHUGA señala como en desarrollo de la responsabilidad sin falta, han sido reparados los daños permanentes de los servicios públicos y los daños especiales resultantes de la aplicación de las leyes y reglamentos.²²³

Se ha sugerido por algunos autores la utilización de este título de imputación para endilgar responsabilidad del Estado Regulator. Por ejemplo SOTO, señala que debe responsabilizarse por la regulación y no está de acuerdo con que se abogue

²²¹ PAILLET, obra citada.

²²² QUINTANA LÓPEZ, Tomás, La Responsabilidad del Estado Legislador. Disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1994_135_103.PDF

²²³ JIMENEZ LECHUGA, Javier, La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español, Una visión de conjunto, Marcial Pons, Monografías Jurídicas, Madrid Barcelona, 1999.

por su irresponsabilidad con sustento en la discrecionalidad y una mayor extensión de los poderes del regulador.²²⁴

Plantea así una serie de elementos para endilgar responsabilidad por la actuación del Regulador, reconociendo a la víctima el derecho de demandar al Estado por la ausencia en la efectiva fiscalización del ente regulador; afirmando la impropiedad de pretender utilizar criterios de subjetividad como la culpa, negligencia o descuido en la medida en que el ente regulador y el regulado son personas jurídicas carentes de subjetividad, y trayendo a colación que cuando se reconoce la responsabilidad por el acto lícito ésta surgirá en tanto no es justo que unos o algunos soporten un daño en el bien de todos. La globalización y las fuertes formaciones regulatorias de intervención en la actividad privada, exigen para SOTO un juez independiente e imparcial.²²⁵

CALANDRI²²⁶, por su parte, muestra la dificultad que ha tenido la aplicación del régimen de responsabilidad sin falta a la acción de regular. Esto lo explica en dos razones básicas. La primera corresponde a las características jurídicas de la acción de regulación que constituye un primer obstáculo en la medida en que ellas se oponen, en numerosos puntos, a las condiciones generales de la responsabilidad sin falta. Adicionalmente por que el juez administrativo francés parece hostil a la admisión de un nuevo caso de responsabilidad sin falta.

Estudiando el caso BENGARDEM²²⁷ en el cual la víctima puso como pretensión subsidiaria la responsabilidad por rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, CALANDRI señala como el hecho de que se trate de un daño anormal y especial puede revestir dificultad dado que el acto de regulación – regular- reviste un carácter general complicándose el encuadramiento de la especialidad y de los destinatarios del daño.

La calificación de la anormalidad también revestirá dificultad en tanto tendrá que diferenciarse lo normal de lo anormal y para ello tendrán que revisarse las calidades específicas de la víctima. Muestra como entonces el juez francés sólo tiende a indemnizar cuando el daño imputable reviste una importancia de más del 30% de las rentas de la actividad, no así cuando está entre el 5 y 10% de dichas

²²⁴ SOTO KLOSS, Eduardo, Responsabilidad del Estado, Globalización, Regulaciones y Seguridad Jurídica, Revista Chilena de Derecho, vol. 31 No. 2, pp.301-308 (2004), Pág. 7

²²⁵ SOTO KLOSS, Eduardo, pp.301-308 (2004), Pag. 8

²²⁶ CALANDRI, LAURENCE, Recherche Sur la Notion de Régulation en droit Administratif Français, L.G.D.J. L'extenso éditions, 2008, Pag. 553 y siguientes

²²⁷ Fallo del Consejo de Estado, del 31 de marzo 2003, Ministro de la Economía, las Finanzas y la Industria c/S.A. Laboratorios farmacéuticos Bergaderm.

rentas. Es así como en el caso de BENGARDEM no se aceptó que el daño fuera anormal al no estarse en ese nivel de pérdidas.

Para CALANDRI aunque invocar la responsabilidad sin falta puede parecer ideal, se presenta un interés reducido en su aplicación debido a las dificultades en la unión de los caracteres de la especialidad y la anormalidad que deben cumplirse. Las oportunidades de indemnización en esta hipótesis, están considerablemente restringidas, más cuando la administración se puede exonerar de su responsabilidad por falta de la víctima y la fuerza mayor.

Otro obstáculo se presenta en la aplicación del régimen de responsabilidad sin falta, es la naturaleza del acto de regulación. De esta forma, si está previsto en la ley el cumplimiento de unos objetivos legítimos, como en el caso de BENGARDEM, la protección de la salud pública y de los consumidores de productos con evidencia de nocividad, entonces no puede determinarse responsabilidad alguna del Regulador, salvo que la ley haya previsto el derecho a una indemnización.

Retomamos el decir de CALANDRI que resume muy bien las dificultades en la aplicación de la responsabilidad sin falta por los daños causados por la actuación lícita del regulador:

“En consecuencia, en algunos campos, debido a los objetivos singulares perseguidos por el legislador, la responsabilidad sin falta parece tener que ser excluida. El perjuicio, aún especial y anormal, causado por el acto de regulación regular tomado en aplicación de esta legislación no puede entonces dar lugar a reparación. Las finalidades perseguidas por el legislador justificando la exclusión del régimen de responsabilidad sin falta son numerosas. Como lo precisa G. Darcy, “las nociones tales como el carácter nefasto de la actividad (interdicción de productos peligrosos para la seguridad pública...), el interés general, la naturaleza económica (...) están diseñados para llegar a un rechazo de cualquier indemnización”. El campo de la política económica constituye una de las hipótesis emblemáticas en la que la responsabilidad sin falta está excluida. En este campo, “se puede afirmar que por regla general, una medida administrativa de orden económico no puede dar derecho a indemnidad al menos que sea culpable, es decir ilegal”.

Como ya vimos existen tesis encontradas en relación con la responsabilidad del Estado por la intervención en actividades económicas, existiendo casos y juristas

que abogan por que es procedente responsabilizarlo en este caso, incluso nuestra propia Corte Constitucional.

Por esto, y dados todos los elementos que hemos visto en relación con el régimen de daño especial, es claro que cuando ocurre un daño anormal y especial, a pesar de que la actuación sea legal y legítima, se genera responsabilidad. Si bien la autoridad actúa en procura de un interés que pareciera legitimar la acción dañina, lo cierto es que el carácter de dicha acción no desvirtuaría la aplicación del régimen del daño especial, que se sustenta en la existencia del daño y no en la acción o actuación del Estado.

2.3 LA FALLA EN EL SERVICIO

La falla del servicio está erigida sobre la base de que el Estado debe prestar eficientemente los servicios públicos. El retardo, la mala prestación, la ausencia del servicio o la ineficiente prestación del servicio generarán la responsabilidad. En el derecho español este título de imputación es conocido como funcionamiento anormal de los servicios públicos.

CASSAGNE señala que la falla del servicio se configura como una omisión antijurídica que se fundamenta en que es esperable que el Estado está obligado a actuar en cierto sentido para evitar daños en las personas o los bienes, generándose la omisión en el incumplimiento de una obligación legal o implícita y no de un deber genérico o difuso²²⁸.

Frente a los orígenes de este título de imputación encontramos que la responsabilidad asumió dos vertientes según lo señala POLO:

“una, dividió a los agentes del Estado en dos grupos: los directores, representantes del mismo, depositarios de su voluntad, es decir, órganos suyos; y los auxiliares o dependientes. La responsabilidad sólo sería directa del Estado en caso de que el hecho dañoso fuera causado por sus representantes; respecto de los dependientes, la responsabilidad sería indirecta. Es la tesis organicista de la

²²⁸ CASSAGNE, Juan C, “La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo, ED 100-987, citado por la tesis de ALONSO, DIEGO ANDRES, denominada “Poder de Policía en materia de seguros y responsabilidad de la Superintendencia de Seguros por omisión en el control de las aseguradoras, Argentina 2005.

responsabilidad. La otra, que tuvo en cuenta el deber primario del Estado de prestar servicios públicos a la comunidad en forma regular y continua, por lo cual toda deficiencia o irregularidad en los mismos, corría bajo la responsabilidad de la administración. Ya no cuenta la culpa del agente, no se requiere siquiera determinarlo. La culpa orgánica, funcional o anónima, es de la administración. Es la tesis de la falla del servicio o de la culpa o falla de la administración.”²²⁹

HOYOS retomando la clasificación clásica del profesor francés PAUL DUEZ materializa la falla del servicio en tres situaciones:

“El servicio funcionó mal, es el típico caso de la falla en el servicio, lo que los españoles han denominado el defectuoso funcionamiento del servicio; El servicio no funcionó, es el caso típico de falla servicio por omisión; no hay propiamente una actuación sino una omisión, en aquellos casos en los que el Estado tiene el deber o la obligación legal de actuar; el servicio funcionó de manera tardía o defectuosa, que se puede englobar en el mismo concepto del mal funcionamiento o defectuoso funcionamiento del servicio”.²³⁰ Se desliga así toda la actuación del agente convirtiéndose en una falla de carácter orgánico, falla funcional o simplemente una falla de servicio anónima.²³¹

Al respecto otra parte de la Doctrina ha establecido:

“En desarrollo del principio de garantía del patrimonio, nuestra Carta Política ha consagrado con carácter general e imperativo, la cláusula de que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”²³²

“Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones, incurre en la llamada ‘Falta o Falla del servicio’, o mejor aún, falta o falla de la

²²⁹ POLO FIGUEROA, Juan Alberto. Elementos de derecho administrativo. Segunda edición. Editorial Fundación Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

²³⁰ HOYOS DUQUE, Ricardo, La Evaluación jurisprudencial y doctrinaria de la responsabilidad patrimonial del Estado: ¿Un concepto limitado o absoluto? Centro de Estudios sobre Gerencia Jurídica, Bogotá, julio-diciembre de 2008.

²³¹ Según HOYOS un 30% de los procesos que se manejan en la jurisdicción contenciosos administrativa en Colombia son por falla en el servicio, y los demás son por actividad peligrosa por la utilización de armas de fuego y de vehículos automotores.

²³² ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis, 2000, Pág. 436.

administración, trátase de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado”²³³.

AYALA, expone ejemplos de dicha Responsabilidad por falla del servicio, dentro de los cuales ubica: la responsabilidad por omisión, por abstenerse la administración deliberadamente o no, maliciosamente o no, del cumplimiento de un deber legal; la responsabilidad por fallas de control, por falta de inspección, vigilancia y verificación, cuando existe la obligación de hacerlo.

La falla del servicio ha mutado hacia un análisis eminentemente objetivo, sin consideraciones a la conducta del agente, en tanto lo que se analiza es la imputación desde la visión del estándar de rendimiento de la administración en relación con el funcionamiento del servicio – en este caso de Regulación-, las obligaciones que se desprenden de la naturaleza del organismo regulatorio o de las obligaciones que se desprenden de éste acorde con las normas generales y competenciales, cuyo cumplimiento puede omitirse totalmente o parcialmente²³⁴. También se tendrá en cuenta si ha funcionado mal, no ha funcionado o ha funcionado tardíamente.

Los elementos que deben revisarse para calificar si existe una falla del servicio, además de la determinación de las obligaciones predicables de la autoridad, es la posibilidad objetiva de cumplir la obligación considerando los recursos asociados a la misma.²³⁵ Dicha responsabilidad deberá analizarse en cada caso concreto, y según las circunstancias del caso²³⁶.

Visto que la regulación ha sido considerada preeminentemente como una función desarrollada por el Estado tendiente a asegurar la prestación de servicios mediante el establecimiento de reglas que hagan posible la competencia efectiva en el mercado y la defensa de intereses de carácter general, claramente puede pensarse que de ella puede predicarse la falla.

²³³ AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia; Su proyección para el presente milenio. Bogotá; Ediciones Doctrina y Ley, 2002.

²³⁴ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, Grupo Editorial Ibáñez, cuarta reimpresión, Bogotá 2008. El doctor Saavedra se refiere a esta como omisión relativa señalando que el juez debe analizar la intensidad del incumplimiento.

²³⁵ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, obra previamente citada.

²³⁶ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, 6ta edición actualizada, 1997, Edición Abeledo Perrot, Tomo IV.

La falla en el servicio será el título de imputación también cuando el Regulador no sigue los procedimientos establecidos para la expedición de las medidas impositivas o por incumplimiento de deberes que le son predicables en el ejercicio de su función o por actuaciones ilícitas o irregulares. A la vez se podrá argumentar falla del servicio cuando el regulador incurra en error regulatorio. En estos casos la actuación del regulador pasará a ser ilícita, y se genera su responsabilidad.

Una noción que no ha sido objeto de mucho desarrollo en nuestra doctrina y que nos ocupa, es la responsabilidad por error regulatorio, claramente enmarcable dentro del título de imputación de falla del servicio. Tratándose de las labores regulatorias tendientes a ejercer la vigilancia y control del mercado como aquellas de la CRC dirigidas a establecer medidas regulatorias para promover la competencia y evitar el abuso de la posición dominante, se puede aplicar la teoría del error judicial como generadora de responsabilidad patrimonial.

Sobre esta última causa generadora de responsabilidad patrimonial del Estado, tener presente que el Consejo de Estado en Colombia ha establecido la necesidad de los siguientes requisitos²³⁷:

- (1) Que el error esté contenido en una providencia judicial en firme;
- (2) Que se incurra en error fáctico o normativo;
- (3) Que se cause un daño cierto y antijurídico
- (4) No se reduce a la “vía de hecho”, ni se identifica con las llamadas por la Corte Constitucional “causales de procedibilidad” (defecto sustantivo, orgánico o procedimental, un defecto fáctico, un error inducido, una decisión sin motivación, un desconocimiento del precedente o una violación directa de la Constitución), sino con toda disconformidad de la decisión del juez con el marco normativo que regula el tema de la decisión, incluida la valoración probatoria que corresponda realizar.
- (5) El error judicial debe estar contenido en una providencia judicial que de manera normal o anormal ponga fin al proceso, pero dicha providencia no debe ser analizada en forma aislada, sino en relación con los demás actos procesales.

²³⁷ Sobre el particular puede consultarse la Sentencia CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA; SUBSECCION B; Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, del 11 de mayo de 2011. También el artículo 66 de la ley 270 de 1996 que consagra normatividad sobre error jurisdiccional aceptando la aplicación de esta figura por vías de hecho y siempre que no haya culpa de la víctima, como cuando esta no presenta los recursos de vía gubernativa. El error judicial también ocurriría por dilación injustificada del proceso judicial.

TORRE DE SILVA Y LOPEZ DE LETONA llaman la atención de la alta probabilidad de que se genere un error regulatorio dado los altos riesgos regulatorios existentes en materia económica y la dificultad para endilgar responsabilidad por la complejidad de demostrar el perjuicio generado a los regulados. Así señalan:

“La probabilidad de que ello suceda con ocasión de la aplicación del ordenamiento es mucho más alta en un régimen jurídico de control ex post basado en estudios económicos sobre cambiantes realidades de hecho y en ejercicio de potestades discrecionales o sujetas a conceptos jurídicos indeterminados, como el instaurado en la LGT 2003, que en un sistema de control ex ante como el estado en la LGT 1998, basado en la exigencia de obligaciones directamente establecidas con carácter general en la ley en el uso de potestades regladas.”

TORRE DE SILVA Y LOPEZ DE LETONA²³⁸ muestran los riesgos que pueden presentarse en los análisis de los mercados relevantes, dado que esto depende de circunstancias fácticas y de los análisis económicos que pueden ser incorrectos. Advierten que los efectos económicos de las medidas regulatorias son más complejos que los perseguidos y el regulador se puede percatar tardíamente de sus consecuencias no deseadas. Además de formular la procedencia de presentar una reclamación de responsabilidad patrimonial con base al marco normativo español, por funcionamiento anormal de los servicios en caso de presentarse un error regulatorio, formulan la dificultad de probarse los daños y perjuicios que éste genera:

“Por desgracia, en la práctica la indemnización de daños y perjuicios causados en aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración no es una solución óptima. En la mayor parte de los casos, los daños y perjuicios sufridos a causa de una intervención del regulador en el mercado serán muy difíciles de determinar, valorar y probar. Con frecuencia la pérdida de oportunidad del negocio, el sacrificio de expectativas futuras y la ventaja competitiva de la que han podido gozar los competidores de la empresa afectada tendrá mucho mayor valor económico que los daños y perjuicios que puedan efectivamente probarse en un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello acentúa la importancia de prevenir y evitar que los errores regulatorios lleguen a producirse”.

²³⁸ TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, Javier, “La Doctrina del Consejo de Estado en materia de Telecomunicaciones y de Servicios de Sociedad de la Información, Un estudio de Derecho Administrativo Económico, Consejo de Estado, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2005, página 408.

Visto el marco competencial en Colombia del Regulador de telecomunicaciones, verificamos que sus obligaciones están encuadradas en normas abiertas, que aluden muchas veces a conceptos jurídicos indeterminados como promoción de competencia, maximización del bienestar de los usuarios, entre otros, lo que hará más complejo enmarcar el funcionamiento de la regulación como un servicio defectuoso, en tanto, la valoración partirá de si cumplida su obligación puede entreverse que hubo una falla. Como vimos anteriormente, la intervención del Estado realizada por cualquiera de las autoridades del sector se enmarca en primer lugar en el cumplimiento de unos principios generales, y en unas competencias específicas por autoridad.

Así, la Ley 1341 de 2009 establece como función de la Comisión de Regulación de Comunicaciones:

Artículo 19. (...)La Comisión de Regulación de Comunicaciones es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad.

“Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente ley”.

Previamente ha enmarcado la intervención en el sector TIC, en los principios establecidos en la Ley 1341, acorde con el artículo 4, y ha establecido unos principios de interpretación de la Ley 1341 en el artículo 2. A la par, el artículo 22 ha definido funciones específicas al ente regulador. La primera de ellas se lee como sigue:

“Artículo 22. *Funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.* Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes:

1. Establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios”.

De esta forma, vemos que la utilización de la figura de falla de servicio tratándose de la regulación puede tener más aplicación en tanto se omita el ejercicio de la regulación por cuanto la única situación que deberá precisar el juez es que existía una obligación de actuar y que se omitió su cumplimiento. Generará un poco más de complejidad determinar el ejercicio tardío de la regulación, en tanto tendrá que revisarse la valoración realizada por el Regulador para decidir no actuar en un determinado momento. Cosa distinta si ni siquiera existe prueba de que valoró no intervenir en dicho momento.

Un caso en el sector de telecomunicaciones, de típico retardo en la regulación es el ocurrido con ocasión de la discriminación tarifaria que venía ocurriendo en las llamadas fijo móvil frente a las llamadas móvil fijo y móvil- móvil, lo que generó cuestionamientos desde 1998, de la regulación ex ante a cargo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, y la actuación ex post de la Superintendencia de Industria y Comercio, y que conllevó a que varios operadores presentaran una demanda de reparación directa en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio, proceso éste que aún se encuentra en curso en el Consejo de Estado. Sobre este caso nos referiremos en el punto 4 de esta memoria de grado.

2.3.1 Algunas referencias doctrinales a la aplicación de la falla del servicio por la función regulatoria.

Respecto a la responsabilidad del Estado Regulador por falta o falla en el servicio sólo hemos encontrado pocas referencias bibliográficas en Francia. Así, CALANDRI²³⁹, basado en el desarrollo pretoriano de la institución -lo cual para su entender hace difícil su análisis, dado que no hay muchas jurisprudencias sobre el tema-, muestra como normalmente la simple falta basta para acarrear responsabilidad, pero tratándose de ciertas actividades delicadas, se exige la falta grave.

CALANDRI viene entonces a diferenciar las actividades asociadas a la Regulación, para derivar un tipo de responsabilidad diversa según se trate. Cuando el perjuicio proviene de la sola acción de regulación, un régimen de responsabilidad por falta simple es aplicable. En este punto se manifiesta que el juez administrativo ha tomado en cuenta la singularidad de la función de regulación. La actividad de regulación está entonces claramente diferenciada, en el plano contencioso, de la actividad llamada de “control”, asumida por ciertos órganos de regulación. Cuando el perjuicio resulta del ejercicio combinado de una acción de regulación y de uno de los componentes de la actividad de “control”,

²³⁹ CALANDRI, LAURENCE, Recherche Sur la Notion de Régulation en droit Administratif Français, L.G.D.J. L’extenso éditions, 2008.

como la acción represiva, el juez administrativo aplica un régimen de responsabilidad por falta grave. Tal régimen asegura la preservación de la libertad de los órganos administrativos en la disposición de sus diferentes poderes.

La falta grave es una exigencia que están realizando los tribunales franceses a instancias de permitir la actuación de la administración en asuntos de gran trascendencia y complejidad.

No obstante, según la importancia de la actuación frente a las repercusiones que la regulación pueda tener en la vida humana, como por ejemplo frente a los riesgos sanitarios, es que se ha dejado a la regulación de estos aspectos con cierto abrigo de inmunidad, por lo cual se ha optado por la figura de la falta simple.

CALANDRI invoca CHAUVAUX que considera:

“que este enfoque podría ser adoptado de forma general tratándose de la responsabilidad incurrida por causa de un dictamen o de una recomendación”.

En palabras de CALANDRI:

“Son entonces las propiedades intrínsecas del acto de regulación como un acto invitativo, efectivo e informal, que sirven de justificación a la admisión de un régimen de responsabilidad por falta simple. Sin embargo, las divergencias han aparecido en esta categoría entre los jueces de fondo y el juez de casación sobre el contenido de la “falta simple” cometidas en el marco de la ejecución del servicio público de regulación”.

No obstante en Francia subsiste cierta dificultad para establecer el contenido de la falta simple en esta actividad. Para calificar el contenido de la falta entonces se ha acudido a la ilegalidad y la irregularidad del acto. La apreciación flexible de las obligaciones que pesan sobre la autoridad de regulación ha permitido al Consejo de Estado dejarles un margen real de maniobra hacia su no calificación como falta grave.

Para abordar este tema CALANDRI muestra como la noción de falta se define respecto al incumplimiento de una obligación administrativa lo que normalmente se hace con un *standard* de comportamiento modelo.

Otra dificultad para endilgar responsabilidad por el acto de regulación es el análisis de las faltas relacionadas con las irregularidades internas del acto de regulación y el ámbito de inferencia del juez frente al fondo de las decisiones. Dicho autor sólo vislumbra el deber de reparación en caso de un error manifiesto del Regulador, tema que coincide con la posición que estudiamos del Consejo de Estado Colombiano.

CALANDRI cita a D. CHAUVAUX quién señala:

“los errores evidentes, testimoniando un estudio imperfecto del asunto o una apreciación impregnada de parcialidad, otorgan seguramente un derecho a reparación. Pero la expresión de la convicción adquirida después de una instrucción seria y correspondiendo a un análisis plausible de los datos disponibles no deberían, según nosotros, dar lugar a una acción en responsabilidad”; en consecuencia, según el Comisario del gobierno, “un error manifiesto podría solamente comprometer la responsabilidad del Estado”.

AUDE ROUYÈRE²⁴⁰, viene a plantear un ejercicio de cómo analizar en el tema bancario la responsabilidad por la falla en la intervención económica y la responsabilidad del operador bancario, para señalar como en el fallo KÉCHICHIAN, se establece un nexo entre estas dos responsabilidades. Explica que por esta razón la responsabilidad del Estado sólo se ha comprometido por falta grave. Según ROUYÈRE:

“Considerando que la responsabilidad del Estado por las faltas cometidas por la Comisión bancaria en ejercicio de su misión de vigilancia y control de los establecimientos de crédito sustituye a la de estos establecimientos frente a sus depositantes particularmente. Por lo tanto, y habida cuenta de la naturaleza de los poderes que son devueltos a la Comisión bancaria, la responsabilidad en la que puede incurrir el Estado para los daños causados por las insuficiencias o carencias de ésta en el ejercicio de su misión no puede ser iniciada sino únicamente en caso de falta grave (...)

²⁴⁰ ROUYÈRE, Aude, Responsabilité civile et régulation, Éléments d'une recontre en Responsabilité et régulations économiques, Themes commentaires, Presses de sciences Po et Dalloz, France 2007, Pág. 19 y siguientes.

“Podemos ver entonces que esta exigencia de una falta grave es la traducción de esta diferencia de las responsabilidades. Pero parece también, aun cuando no se diga expresamente, que esta calificación de la falta es un medio de evitar un posible cambio hacia una confusión de las acciones y una sustitución de las responsabilidades”.

ROUYERE²⁴¹ muestra varios casos en Francia en los que se ha optado por la falta grave para la revisión de la actividad de control del regulador lo que ha sido justificado en la dificultad de la acción pretendida y el respeto del margen de maniobra del regulador. En el fallo KECHICHIAN con la noción de falta grave se busca es evitar que el controlador soporte las consecuencias de actos que no son suyos. No obstante, ROUYERE critica esta posición señalando que en últimas lo que se está buscando es impedir que se traslade la imputación al presupuesto estatal. ROUYÉRE califica esta posición de una “franquicia de responsabilidad” para el controlador, y sugiere que una mejor solución sería manejar la concurrencia de causas y atribuir a cada una de los involucrados la parte que le corresponde, en la realización del daño.

ROUYÉRE realiza un análisis diverso del margen de iniciativa y de acción del regulador para la calificación de su conducta. La flexibilidad consiste en reconocer que el regulador tiene una libertad de elección en la acción por lo que el error en la acción emprendida no es automáticamente culpable. No podrá entonces el juez en su arbitrio falsear la apreciación realizada por el Regulador. En la misma tónica de BLANQUER y CALANDRI, cuestiona así la posibilidad de que vía el análisis de la conducta para endilgar una falta grave el juez califique la decisión discrecional adoptada por el Regulador:

“Hay falta cuando se comete un incumplimiento a las normas de acción, es decir finalmente a las obligaciones, de medios, en especie. El error se manifiesta entonces incluso cuando la acción ha sido conforme a lo que debería haber sido. La flexibilidad no es tolerancia – en el sentido de la no sanción jurídica – es la preservación de un margen de error”.

Para no caer sujeto a la apreciación del juez, ROUYÉRE se muestra partidario de un análisis de nexo de causalidad complejo que se inmiscuya en el análisis de la falta y el error, haciendo participar al juez en el oficio de la regulación.

²⁴¹ ROUYÉRE, Aude, Obra citada.

2.3.2 Problemáticas para aplicar la responsabilidad por falla por omisión del regulador.

La imputación por la responsabilidad por falla en el servicio y especialmente por la omisión puede generar problemas dado que será necesario demostrar los hechos dañinos que pueden atribuirse a la omisión de la entidad regulatoria, el nexo causal y el daño del perjudicado. Estos hechos dañinos podríamos concretarlos en la no realización de la actividad que se espera del Regulador, que no es propiamente una omisión, sino una acción distinta de la que de él se espera²⁴².

Tener presente que la responsabilidad por omisión ya a todas luces arroja problemas en la teoría de la responsabilidad, en tanto trae aparejado que el perjuicio proviene de una actitud pasiva de la administración, con lo cual podría ser necesario probar un elemento subjetivo, esto es, que la administración tenía el deber de evitarlo, actuando.

Otra tesis más flexible es la MAGIDE HERRERO citada por SAAVEDRA según la cual para verificar si la omisión ocurrió no debe referirse a un deber posible no cumplido sino a la omisión como la realización de la acción que habría impedido el daño. Con este punto, se desliga el análisis probatorio de la posibilidad material de la realización de la acción, y del estándar medio que debe exigirse a una autoridad. No obstante, no vemos que esta tesis sea objeto de recepción en nuestros tribunales, los cuales insisten en revisar la diligencia en la actuación de la administración para verificar si hubo omisión²⁴³.

²⁴² SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, Ibáñez, 2008.

²⁴³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Demandado: NACION-MINISTERIO DE TRANSPORTE-INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS. En este caso se desestimó la responsabilidad de la Nación al considerarse que se había demostrado la debida diligencia de las autoridades al advertir los derrumbes en la zona. El demandante no pudo probar la falla del servicio.

En dicha sentencia se alude al criterio que ha tenido el Consejo de Estado para calificar la falla de servicio por omisión:

“Reiteradamente la Sala ha señalado que la responsabilidad del Estado se ve comprometida cuando se encuentran acreditados los siguientes elementos: i) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; ii) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; iii) un daño antijurídico, y iv) la relación causal entre la omisión y el daño. Frente a este último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión”.

La omisión como generadora de responsabilidad puede revestir complejidad en actividades reguladas en las que juegan diversos factores externos y no sólo los hechos imputables al Regulador. Por ejemplo, un regulador puede omitir regular una determinada actividad en la cual se presentan ciertas fallas de mercado acudiendo a estándares aceptados en materia regulatoria (por ejemplo la de mercados relevantes) y considerar que dicha regulación no es necesaria para un mercado específico, pero a la vez subsistir decisiones de negocio del afectado o actuaciones de un tercero que pueden incidir en los resultados de una actividad sobre la que se analizará el perjuicio. De esta forma demostrada alguno de estos factores: diligencia del Regulador, la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, queda exonerado el Regulador de toda responsabilidad, como lo hemos visto en los casos españoles de responsabilidad en el sector financiero.

También la calificación de la “no acción” puede implicar la necesidad de evaluarla a la luz de los principios y parámetros que presentamos en el acápite 1, sobre la acción regulatoria, entrando en juego todas las disquisiciones que arroja el control de la discrecionalidad del Regulador.

Existe entonces un hilo delgado en materia probatoria entre los hechos que generan un daño antijurídico en actividades económicas y los hechos que se derivan de factores externos o decisiones del propio regulado. Más cuando los daños causados pueden estar vinculados a la actuación del mismo destinatario de la regulación o un tercero y no propiamente a la del Estado.

También existe dificultad, en este y cualquier título de imputación, para verificar si actuaciones o hechos del Regulador con incidencia en actividades económicas, causaron un perjuicio cierto, presente o futuro, y que no reviste el carácter de probable, incierto o hipotético. Por ejemplo, si se concluyera indudablemente que hubo una falla en el servicio de regulación -como la omisión en modificar una regulación de cargos de acceso- cómo demostrar que esta omisión causó o causará un perjuicio al destinatario de la regulación. Podríamos estar en presencia de un daño eventual, porque existe también la posibilidad de que el hecho dañino tenga el potencial de generar beneficios al mercado y también al destinatario de la regulación que puede considerarse afectado.

Esas funciones regulatorias que como hemos visto están formuladas en normas amplias y principios, pueden generar complejidad para endilgar este título de imputación. Puede aseverarse que este sentido amplio de la norma que impone la obligación de regular o actuar de una manera, no es una obligación de resultado, sino de medios. Entonces por ejemplo, las actuaciones u omisiones del Regulador

pueden tener un objetivo legítimo definido incluso por la normativa competencial, pero esto no hace que el Estado se vuelva garante de la aplicación de todos los principios en un momento determinado. Su decisión puede buscar, por ejemplo, recrear el mercado para buscar la libre y leal competencia con una decisión, pero no lograrse los resultados esperados. Sólo demostrando la diligencia al regular y el acierto en la decisión, no podría imputarse ninguna responsabilidad del ente regulador. Ello, en cuanto la regulación realiza acciones dirigidas a lograr un fin, pero no se puede concluir que el fin sea un resultado garantizado por el Estado. Si esto es así, el no cumplimiento de una obligación o la no actuación justificado en un fin, no podría generar responsabilidad del Estado Regulador.

Lo que sí es cierto es que el Regulador ni los jueces que controlan su actuación, pueden sucumbir ante las dificultades de la acción regulatoria y de corrección del mercado, ni mucho menos los jueces. El Estado en su rol de Garante y Regulador disminuyó la intervención pública en ciertas actividades reguladas como las telecomunicaciones y por ello no puede eximirse de su responsabilidad última de alcanzar los fines públicos que le han sido encomendados, lo que lo obliga a hacer un reforzamiento en su estrategia de supervisión y control estatal, y por ende del control judicial sobre todas las actividades vinculadas al Regulador.²⁴⁴

²⁴⁴ DARCACULLETA GARDELLA, M. Merce, La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la Regulación. El debate en la República Federal Alemana. Libro Derecho de la Regulación Económica, I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Directores: Santiago Muñoz Machado y José Estéve Pardo, IUSTEL y Fundación Instituto de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid 2009. Dicha autora hace un análisis sobre los efectos de la liberalización del Mercado en el debate jurídico de la Regulación, sus finalidades, sus objetivos

3. SINOPSIS DE CASOS RELEVANTES PARA ENCUADRAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO REGULADOR

3.1 COMUNIDAD EUROPEA

3.1.1 Control de discrecionalidad en la comunidad europea.

El carácter liberalizador de la política económica que se enmarca en la jurisprudencia comunitaria ejercida por el Tribunal de Justicia Europea, ha conllevado una modificación de las tendencias jurisprudenciales en materia de control de la administración que ejerce potestades económicas.

Esto también se ha generado por las normas comunitarias que restringían el control judicial cuando se trata de apreciar los hechos o circunstancias económicas salvo que haya existido una desviación de poder o se hayan ignorado de patente las disposiciones del Tratado o sus normas de aplicación²⁴⁵. Como señala CIRIANO VELA²⁴⁶, esto ha derivado la dificultad de valorar en sede judicial muchas de las situaciones económicas lo que ha llevado que la jurisprudencia comunitaria se muestre reticente al control de las instituciones comunitarias en ámbitos económicos donde existe un *amplio margen de apreciación* de las circunstancias fácticas que fundamentan las decisiones de los órganos comunitarios.

Esta situación es igual frente al control de las normas en el ámbito comunitario en materia de telecomunicaciones, como lo refiere DE LA QUADRA²⁴⁷. La CE ha sucumbido a la tendencia de liberalización económica que está ligada a un mayor ámbito de discrecionalidad a las autoridades comunitarias y las autoridades nacionales con competencia en la ordenación de las telecomunicaciones.

²⁴⁵ El Tratado de la CECA, que expiró desde el 2002, en su artículo 33 disponía:

Art. 33. El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre los recursos de nulidad por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos contra las decisiones y recomendaciones de la Comisión por uno de los Estados miembros o por el Consejo. No obstante, el examen del Tribunal de Justicia no podrá referirse a la apreciación de la situación resultante de hechos o circunstancias económicas en consideración a la cual se hubieren tomado tales decisiones o formulado tales recomendaciones, excepto cuando se acuse a la Comisión de haber incurrido en desviación de poder o de haber ignorado manifiestamente las disposiciones del Tratado o cualquier norma jurídica relativa a su ejecución.

²⁴⁶ CIRIANO VELA, César David, Administración Económica y Discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial), Editorial Lex Nova, Valladolid 2000,

²⁴⁷ Cita tomada de obra de CIRIANO VELA, previamente citada.

CIRIANO VELA nos muestra como la tendencia exonerativa de control y de un control menor de las decisiones de resorte económico de las autoridades comunitarias y nacionales ha ido de la mano del perfeccionamiento de técnicas de control de las mismas, como las siguientes:

- a. Apreciación de los hechos: objetiva revisando si efectivamente ocurre un error de hecho o si hay un error en la apreciación de los hechos.
- b. Análisis de error de derecho que consiste una comprobación de que se cumplen los presupuestos legales.
- c. La desviación de poder, para revisar si efectivamente se cumplen los fines dispuestos en la norma.
- d. La necesidad de motivación de las decisiones.
- e. Comprobación de cumplimiento de los principios generales del derecho (proporcionalidad, seguridad jurídica y retroactividad, confianza legítima, *non bis ibídem*, y el principio de igualdad.
- f. Omisión ilegal de una valoración discrecional que se ha extraído de la jurisprudencia alemana.

De todas formas, es importante tener presente que esta jurisprudencia ha influido en las decisiones jurisprudenciales de responsabilidad patrimonial, en tanto las decisiones complejas de la administración, como en el caso de Francia, se miran con cierta laxitud. Esta tendencia de sujetar la responsabilidad al deber de diligencia de la Administración se aleja totalmente de un esquema de responsabilidad objetiva como el existente en Colombia en el que el juicio de la responsabilidad recae sobre la antijuridicidad de la lesión y sobre el deber de la víctima de soportar el daño.

3.1.2 Fundamentos de responsabilidad patrimonial en la comunidad europea.

La misma normatividad europea establece el derecho de reclamar los perjuicios generados por la responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea:

“en materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios comunes a los Derechos de los Estados Miembros.”²⁴⁸

²⁴⁸ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Artículo 288

La jurisprudencia se ha encargado de determinar en diversos casos cuáles son los elementos que deben encontrarse para que se pueda endilgar dicha responsabilidad. El fundamento de la responsabilidad es el desconocimiento de las normas comunitarias, siendo el elemento esencial que se trate de una violación suficientemente caracterizada de la norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a particulares. Otros requisitos que deben cumplirse son: la ilegalidad del comportamiento de las instituciones, la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio que se alega.²⁴⁹

Esta responsabilidad se basa en una responsabilidad por culpa que se aplica estrictamente en caso de falta de diligencia en caso de normas comunitarias. El Tribunal de Justicia ha señalado incluso que la apreciación de si la violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada o no se determina con arreglo a ciertos elementos objetivos y subjetivos que, en el marco de un sistema jurídico nacional, pueden estar vinculados a la noción de culpa²⁵⁰. Según DOMÉNECH los mismos tribunales comunitarios defienden una concepción restrictiva de la comunidad para que la función legislativa no se vea obstaculizada por reclamaciones de indemnización.

El Consejo de Estado Español se ha referido sobre este principio de responsabilidad extracontractual por *violación suficientemente caracterizada* señalando que se debe tratar de normas que confieran derechos a particulares, derechos que se escudriñan en el contenido de la norma. El ámbito de violación de la norma se analizará conforme al margen de apreciación que tenga la autoridad sobre la norma comunitaria. Señaló el Consejo de Estado²⁵¹:

“En el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación

²⁴⁹ TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, Javier, “La Doctrina del Consejo de Estado en materia de Telecomunicaciones y de Servicios de Sociedad de la Información, Un estudio de Derecho Administrativo Económico, Consejo de Estado, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2005. En dicho libro se hace un análisis del ámbito de la responsabilidad extracontractual en el Derecho Comunitaria. En dicho estudio se cita la Sentencia del Tribunal de Justicia que se han referido a este asunto. Estas sentencias son objeto de análisis del Consejo de Estado en Dictamen número 1598/2002 relativo a la reclamación formulada por Telefónica S.A. y Telefónica de España S. A. U, por ruptura del equilibrio económico del contrato de 26 de diciembre de 1991.

²⁵⁰ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?, Revista de Administración Pública, ISSN.0034-7639, núm. 183, septiembre-diciembre (2010), páginas 179-231. Se refiere a sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 5 de marzo de 1996 (Brasserie du Pecheur y Factortame y otros, C-46/93 y C-48/93, secciones 76 y 78.

²⁵¹ TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, Javier, *ibídem*.

considerablemente reducido incluso inexistente, la mera infracción del Derecho Comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada (sentencias Hedley Tomas y Dillenfokofer). (...)

En cambio, cuando un Estado miembro actúa en un ámbito en el que dispone de una facultad de apreciación amplia, comparable a aquella de la que disponen las Instituciones Comunitarias para la aplicación de las políticas comunitarias (...) Debe tener en cuenta la concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad normativa. Esta concepción << se explica por el hecho de que, por una parte, el ejercicio de la función legislativa (...) no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de los particulares y, por otra parte, por el hecho de que, en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad sólo incurre en responsabilidad si la Institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades (sentencia Brasserie du Pecheur/Factortame). (...)

En la Sentencia Brasserie du Pecheur/Factortame se ofrecían criterios adicionales para determinar si una violación del Derecho Comunitario es suficientemente caracterizada. << A este respecto, >> - se dice en la Sentencia- << entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación de la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter de intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho Comunitario. (...) resulta preciso tomar en consideración los actos del propio reclamante que pudieran haber contribuido en dicha violación. (...) 3) Que exista una relación de causalidad directa entre la infracción cometida por el Estado y el daño sufrido por las víctimas.

Lo importante de este dictamen del Consejo de Estado que analiza diversas sentencias del Tribunal de Justicia Europeo sobre responsabilidad de los Estados Miembros por incumplimiento de normativa europea es que para endilgar

responsabilidad se le da bastante peso al *margen de apreciación* que tiene la autoridad nacional para aplicar la norma. A menor margen de apreciación, si se infringe la norma se genera una violación suficientemente caracterizada; a mayor amplitud en la apreciación, mayor restricción de la responsabilidad. También juegan en dicho análisis la revisión de si tiene excusas para dicha infracción o para cometer un *error de derecho*.

La responsabilidad patrimonial también procederá por violación del derecho comunitario con fundamento en el derecho interno. Recuérdese que los países miembros tienen la obligación de transposición de las directivas de las Comunidades Europeas, por lo cual la infracción puede fundamentarse en las normas internas que contienen las directrices comunitarias. En este caso, el Consejo de Estado muestra como para encuadrar la responsabilidad por normas internas que transponen derecho comunitario la única salvedad es que las normas internas se presumen válidas y para poder reclamar perjuicios sobre ellas se debe proceder a su impugnación. No requieren entonces ninguna resolución del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para reclamar la responsabilidad sólo una resolución administrativa o judicial que declare que el acto o la norma reglamentaria es inválida por contravenir el derecho comunitario.

3.1.3 Caso Artegodán sobre justificación de la actuación compleja²⁵².

Este caso corresponde una sociedad farmacéutica que había obtenido una autorización nacional por las autoridades nacionales para su producto farmacéutico *ternuate retard* para la reducción de peso. La Comunidad Europea inició un procedimiento dirigido a revisar su relación beneficio- riesgo lo que resolvió con Decisión del 9 de diciembre de 1996 en la que se consideró que dicha relación continuaba siendo favorable. No obstante varios países siguieron con la preocupación, por lo cual se inició nuevamente un procedimiento que finalizó con las decisiones de 9 de marzo de 2000 Números 442,453 y 608 retirando la autorización del producto. El análisis de beneficio – riesgo había cambiado porque antes se consideraba que la pérdida de cinco kilos de pesos compensaba los riesgos, pero ahora el criterio había cambiado porque se requería que se presentara una pérdida de peso significativa y duradera.

Estas decisiones fueron impugnadas por varias empresas y el Tribunal de primera instancia consideró que la Comunidad Europea no tenía competencia para retirar

²⁵² STG de 3 de marzo de 2010 (Artegodan, T-429/05), análisis tomado de escrito de GABRIEL DOMENECH PASCUAL, Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Actos Jurídicos Ilegales, publicada en Revista de Administración Pública, Madrid, Septiembre-diciembre de 2010.

una autorización nacional además de que no se cumplían los requisitos para retirarla del mundo normativo.

La Directiva 65/65/CEE establecía que las autoridades podían suspender o retirar la autorización cuando la especialidad farmacéutica resulte nociva a las condiciones normales, cuando carezca de efectos terapéuticos y cuantitativos declarados, norma que aplicó la Comisión cuando retiró la autorización del medicamento considerando que procede la suspensión de la autorización por nuevos datos o informaciones científicas que suscitaban dudas sobre la seguridad o eficacia del medicamento y que justifican una relación negativa de sus beneficios – riesgos. Al confirmarse la decisión de anulación por el Tribunal de Justicia, Artegodan Gm bH solicitó a la Comisión que la indemnizase por los perjuicios porque después de la decisión no pudo comercializar el producto por un poco más de un año. Se solicitaba daño emergente y lucro cesante por la demandante.

El Tribunal General de 3 de marzo negó todas las pretensiones al considerar que el vicio de incompetencia no podría hacer surgir la responsabilidad civil de la Comunidad, dado que las reglas competenciales para revisión de autorizaciones no conceden derechos a los particulares. Lo relevante del asunto es que el Tribunal consideró que no hubo una violación suficientemente caracterizada dado que la *complejidad jurídica y fáctica* hacía excusable la irregularidad cometida. Se justifica entonces la existencia de un *error de derecho* al no haber tenido un precedente lo que generó una dificultad en la interpretación de la Directiva 65/65.

3.1.4 Caso discrecionalidad sobre precios máximos de roaming²⁵³.

Este asunto trata sobre la demanda interpuesta por varios operadores de telecomunicaciones contra el Reglamento (CE) nº 717/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad y por el que se modificó la Directiva 2002/21/CE (DO L 171, p. 32) (en lo sucesivo, «Reglamento sobre itinerancia»), que modificó el marco regulador común (llamado «MRC») con objeto de establecer precios máximos de ámbito en relación con la itinerancia o roaming en las redes públicas de telefonía móvil en los Estados miembros de la

²⁵³ COMISION EUROPEA, CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, SR. M. POIARES MADURO presentadas el 1 de octubre de 2009, Asunto C-58/08, Vodafone Ltd, Telefónica O2 Europe plc, T-Mobile International AG, Orange Personal Communications Services Ltd contra Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform. [Petición de decisión prejudicial de la High Court of Justice of England and Wales, Queen’s Bench Division (Administrative Court)]. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=discrecionalidad&docid=72636&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=70468#ctx1>

Comunidad Europea. Vodafone y otros interesados ejercieron una acción ante la High Court of England and Wales mediante la que impugnaron la validez del Reglamento sobre itinerancia.

El problema jurídico a resolver fue si la Comunidad Europea podía regular las tarifas de *roaming* al por mayor y a nivel minorista dada la competencia dada a los Estados para su regulación. Toda la sentencia busca resolver si con base el artículo 95 CE esta competencia podía ejercerse por la Comunidad Europea.

Según el concepto en estudio el artículo 95 CE puede utilizarse como base jurídica cuando existan disparidades actuales o potenciales entre las regulaciones nacionales que «puedan obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales o crear distorsiones de la competencia». Las medidas adoptadas con esa base serán válidas sólo «cuando del propio acto jurídico se deriva objetiva y efectivamente que su finalidad es mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior».

La causa alegada por Vodafone consiste en que si a través del MCR se había realizado la armonización completa de la regulación del sector de la telefonía móvil por los Estados miembros, el Reglamento sobre itinerancia no podía tener como objeto la armonización de las reglas de los Estados miembros en esa materia. En consecuencia el Reglamento representaba una utilización no permisible del artículo 95 CE para los fines de la regulación del mercado interior.

Aunque no es un caso sobre responsabilidad del Estado Regulador, este concepto rendido dentro del proceso muestra claramente criterios seguidos por la Comunidad Europea para valorar la decisión de la autoridad comunitaria que nos interesan al caso.

Un primer ámbito de actuación del legislador comunitario es la necesidad de establecer normas para adaptarse a los cambios y cuando las anteriores no hayan resultado idóneas. Así el concepto general señala que:

“Sería absurdo y antidemocrático que el legislador comunitario no pudiera reconsiderar las opciones anteriores de política elegidas en el contexto de la legislación adoptada con base en el artículo 95 CE, a fin de reflejar cambios en la opinión pública y avances del conocimiento, o para dar respuesta a las consecuencias negativas imprevistas de las medidas de armonización”.

El legislador comunitario entonces puede tener cambios en criterios de política para fundamentar sus decisiones. Vuelve y aparece en las decisiones de la Comisión el elemento del margen de apreciación del legislador comunitario:

“(…) la adopción de medidas en virtud del artículo 95 CE tiene que preservar **la libertad política de elegir entre diversas opciones de política en la regulación del mercado**. La apreciación que debe realizarse conforme al artículo 95 CE no tiene que verificar si la modificación es necesaria, a la luz de la legislación modificada, para prevenir obstáculos a los intercambios comerciales, sino si la legislación según su modificación sigue siendo útil para prevenir obstáculos a los intercambios comerciales (negrilla fuera del texto original).

Pero también limita la discrecionalidad del legislador comunitario al seguimiento de ciertos criterios:

“Es obvio que los obstáculos potenciales a los intercambios comerciales nacidos de medidas nacionales de control de precios pueden prevenirse bien mediante la imposición de límites a las regulaciones nacionales sobre precios o bien mediante la regulación de los precios al nivel comunitario. El hecho de que el legislador comunitario pueda haber elegido inicialmente el primero de esos criterios para prevenir obstáculos a los intercambios comerciales no debe impedir la adopción posterior de un criterio diferente si así lo exigen otros objetivos de política. **Esto no significa que la elección entre dos formas diferentes de promover los objetivos del artículo 95 CE sea totalmente discrecional para el legislador comunitario. Puede no serlo a la luz de otras reglas comunitarias, como la subsidiariedad y la proporcionalidad.**” (Negrilla fuera del texto original).

“Una de las limitaciones a la utilización del artículo 95 CE como base jurídica es el requisito de que las facultades que esa legislación atribuye a la Comunidad tienen que ejercerse de forma proporcionada a los objetivos que pretende y debe estar justificada a la luz del principio de subsidiariedad.” (…)

Aunque el Consejo señala que el análisis de estos objetivos es político, el concepto de la Comunidad Europea va más allá y señala que no es suficiente analizar los posibles beneficios de que haya sido la Comunidad Europea la que

haya regulado los precios al por menor, sino también analizar los posibles problemas o costos de que los Estados Miembros afronten dicha regulación.

Con esto también vemos una tendencia a racionalizar más el análisis de la regulación para excluirla de la evaluación meramente política. El Abogado General justifica la decisión asumida por el reglamento sobre esa materia, aludiendo que era la Comunidad la que estaba en mejor posición de regular este asunto, por su importancia transfronteriza. Se apoyó la intervención regulatoria en principios de eficacia legislativa y oportunidad para regular.

Al realizar el análisis del principio de proporcionalidad, se tuvo en cuenta que en las alegaciones los operadores señalaban que la Comunidad fue más allá de lo necesario para lograr el objetivo de una reducción del precio de los servicios de itinerancia, y por tanto interfirió de modo injustificable en el derecho de propiedad de los demandantes y en su derecho a ejercer una actividad económica.

Se cita como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia se sigue poniendo de manifiesto hacer un análisis de proporcionalidad, en el que se tiene que reconocer el margen de discrecionalidad al Legislador. El control jurisprudencial debe limitarse a examinar si adolece de un error manifiesto o una desviación de poder o si el legislador se ha extralimitado claramente en su facultad de apreciación.

En el concepto se realizó un análisis de las razones y se consideró que la Comisión no había incurrido en error y su decisión había sido razonable en tanto, se había encontrado suficiente evidencia de los precios excesivos al por menor de itinerancia, que no tenían relación directa con los costes, y que no había razones para demostrar que la reducción en precios al por mayor conllevarían a una reducción en los precios al por menor. Además la decisión de regulación del precio al por menor se tomó sobre un límite máximo que le daría más margen de intervención al Estado Miembro y como medida temporal.

3.2 ALEMANIA

Según dos sentencias de 2008²⁵⁴ estudiadas por BOBES, se dispuso que el organismo regulador alemán gozaba de un completo margen de configuración y

²⁵⁴ BOBES SANCHEZ, María José, “Discrecionalidad y Regulación (a propósito de la reciente jurisprudencia del Bvwewg sobre Telecomunicaciones y la Sentencia del TJUE Comisión C. Alemania de 3 de diciembre de 2009, Revista General de Derecho Administrativo 29(2012), revistas@iustel.com.

de elección para imponer determinadas obligaciones a los operadores con posición dominante en un concreto mercado.

La primera de ellas se basa en la decisión de la Agencia Federal de Infraestructura Alemana en relación con un mercado de referencia imponiendo obligaciones específicas a Deutsche Telekom. Dicha decisión fue recurrida por un competidor que solicitaba medidas adicionales para el operador dominante pero el Tribunal Alemán BVerwG desestimó el recurso argumentando que el derecho de regulación posee un amplio margen de apreciación al que asimila al *Derecho de Planificación*. Dicho Tribunal señala que el control judicial debe ser mínimo, y limitarse a enjuiciar la conformidad de derecho de la ponderación realizada.

Para el Tribunal la medida de regulación sería comparable a la resolución de planificación, expresión de una libertad de configuración que se extiende a la realización de los mandatos legales de regulación y a la ponderación prospectiva de los problemas a ella conexos. Según la sentencia se debe analizar si la medida está justificada y si es adecuada a los fines de la regulación.

Otro elemento que también hace parte del control judicial es la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados que han de supervisarse por el juzgador sin limitación alguna para verificar la aplicación que del derecho realizan los órganos administrativos.

El Tribunal señala que la imposición de obligaciones de regulación es el resultado de una compleja y completa ponderación de los distintos y contrapuestos intereses públicos y privados que se dan en el ámbito del Derecho de la Regulación. No hay margen de discrecionalidad en la decisión del ente regulador cuando un mercado precisa medidas, ya que según la normativa Europea está obligado a adoptarlas. Pero si tiene discrecionalidad para decidir qué medidas adoptar utilizando la ponderación por lo que el control judicial recaerá entonces sólo sobre dicha ponderación.

Los elementos que justificarían según el tribunal un control judicial mínimo serían: (i) La poca densidad normativa, que se concreta con otros elementos (no jurídicos); (ii) la complejidad de la materia y (iii) el carácter técnico del organismo al que se le ha encargado la decisión.

BOBES critica el argumento esbozado por el Tribunal Alemán según el cual la complejidad de la materia justifica la inhibición de la función de los juzgadores. En

palabras de BOBES el Tribunal debe realizar el control sobre las decisiones del regulador para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho se vulnera al abandonar la decisión al margen de apreciación de la Administración con el argumento de que se adopta por órganos colegiados con procedimientos semejantes a los de un proceso judicial.

Según BOBES el margen de la apreciación del regulador debe estar contenido en la Ley, la que debe decidir y ofrecerle una programación suficiente para ello. Posteriormente, BOBES se refiere a una sentencia del Tribunal Alemán sobre la Ley Deusthe Telekom²⁵⁵, en la que se decidió que dicha Ley era contraria a las normas comunitarias por que la discrecionalidad sobre la necesidad de regulación de un mercado no corresponde al Legislador sino al Regulador para cuestionar cuál debe ser el origen de la programación para el Regulador y la poca claridad que se genera cuando las directivas no establecen dicha programación en forma clara, ni tampoco existe claridad sobre la reserva de Ley para dicha programación.

Otro punto que nos parece importante retomar del análisis realizado por BOBES, es que nota como las valoraciones políticas en la regulación también están enmarcadas por el carácter técnico, lo que soporta aún más nuestro criterio según el cual “inclusive las decisiones políticas deben responder a criterios técnicos”. Para dicha autora el Tribunal Alemán pareciera acotar el debate sobre el margen de apreciación a un solo concepto de discrecionalidad, esto es, eliminando la distinción entre discrecionalidad administrativa y discrecionalidad técnica.

“Es un hecho que en el Derecho de Regulación se dan con carácter general y no excepcional las características que la doctrina alemana ha venido reservando a determinados supuestos para los que reconoce un control judicial limitado. También que las decisiones a adoptar por los organismos reguladores encierran determinadas valoraciones políticas que corresponde adoptar al Ejecutivo sobre cuestiones extremadamente complejas que aconsejan residenciarlas en órganos técnicamente cualificados.

“Si un único concepto de discrecionalidad ha de venir a sustituir la tradicional distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa, concentrando el análisis judicial en la supervisión de la ponderación es algo que no puede desarrollarse en este trabajo, pero que tampoco es posible deducir, por el momento de la jurisprudencia citada”.

²⁵⁵ Dicha Ley eliminó la posibilidad de imponer obligaciones en nuevos mercados.

Encontramos también otro análisis de LEON sobre la sentencia del Tribunal de Justicia del 9 de diciembre de 2009²⁵⁶, en la que se cuestiona que el legislador alemán concrete los criterios de la Autoridad Nacional para establecer medidas en el mercado de telecomunicaciones. LEON critica el amplio poder de discreción que se le da a la autoridad nacional sobre el legislador comunitario, como defensa de la normatividad comunitaria, en tanto según éste, es la ley la que debe dar un ámbito programático para la actuación del regulador. Según él, este fallo significa devolverse a los criterios de margen absoluto de la administración, pero también muestra como la discrecionalidad dependerá de la densidad de la ley que define la competencia del regulador. Dice LEON:

“Uno de los argumentos esgrimidos por Alemania en la contienda judicial con la Comisión -el de más peso teórico a mi juicio- es que el legislador alemán al concretar la amplísima discrecionalidad de la autoridad reguladora alemana no había establecido una liberación general del marco regulador. Lo que había hecho era dirigir la intervención de las autoridades reguladoras o “preestructurar” (*vorstrukturiert*) su actuación en los nuevos mercados. Dicho en otras palabras, la ley sólo estaba dirigiendo la acción de la Administración sin eliminar la discrecionalidad.

La respuesta negativa del Tribunal de Justicia a esta posibilidad sugiere inmediatamente la pregunta sobre el poder efectivo del juez. Cabe inquirir si existe alguna posibilidad de fiscalización efectiva del juez, si la autoridad administrativa nacional es la que en cada caso concreto debe decidir:

- a) Si debe o no regularse un mercado.
- b) El alcance y contenido de la regulación.

Realmente, como demuestran los precedentes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si no hay predeterminación normativa práctica alguna sobre el contenido de la decisión administrativa, el alcance del control judicial se reduce sensiblemente.

Muñoz Machado ha observado entre nosotros que uno de los déficits más acusados de la regulación económica consiste en que la reserva de ley se volatiliza. Y con un pie en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano y otro en la doctrina más documentada sobre

²⁵⁶ JOSÉ^a BAÑO LEÓN, Reserva de Administración y Derecho comunitario WP IDEIR nº 7 (2011), Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García, Disponible en: <http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento27973.pdf>

la reserva de ley ha sostenido con toda razón que uno de los medios más eficaces para reducir la discrecionalidad de la Administración consiste precisamente en dotar de una mayor densidad a la norma legal, de modo que exista una concreción mucho mayor del marco en que puede moverse la autoridad reguladora.
(...)

“La autovinculación de la Administración es una garantía contra la discrecionalidad, pero solo respecto de los actos de aplicación, nunca de los actos o reglas de conformación del mercado que, por definición, no existe previamente al atribuirse a las autoridades reguladoras su delimitación. Y respecto de los actos de aplicación, la autovinculación tiene los mismos límites que el precedente administrativo. No dejan de ser límites, pero modestos: lo prueba la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que en el ámbito de la discrecionalidad ha sostenido que sólo es exigible que el cambio de criterio se exteriorice y justifique”.

3.3 FRANCIA

3.3.1 Caso Bengardem.

Este caso es analizado por CALANDRI respecto a la responsabilidad del Estado Regulador por falta o falla en el servicio. Sus aseveraciones se basan principalmente en el fallo del Consejo de Estado, del 31 de marzo 2003, Ministro de la Economía, las Finanzas y la Industria c/S.A. Laboratorios farmacéuticos Bergaderm.

Como vimos anteriormente, CALANDRI diferencia las actividades asociadas a la Regulación, para derivar un tipo de responsabilidad diversa según se trate. Cuando el perjuicio proviene de la sola acción de regulación, un régimen de responsabilidad por falta simple es aplicable. Cuando el perjuicio resulta del ejercicio combinado de una acción de regulación y de uno de los componentes de la actividad de “control”, como la acción represiva, el juez administrativo aplica un régimen de responsabilidad por falta grave. Tal régimen asegura la preservación de la libertad de los órganos administrativos en la disposición de sus diferentes poderes.

La falta grave es una exigencia que están realizando los tribunales franceses a instancias de permitir la actuación de la administración en asuntos de gran trascendencia que trató de llevarse al campo de la actuación única de regulación.

En el caso Bengardem, que trata de una prohibición de una sustancia “psolarènes” dados los efectos cancerígenos que se habían probado en animales y que evidenciaban riesgos para el hombre, aunado a que existían pronunciamientos en la Comisión Europea y Francia para la limitación de su empleo en los productos cosméticos, se excluyó de responsabilidad a la Comisión. Aunque la nocividad de los psolarènes no estaba aún establecida con total autoridad, el Comisario del gobierno anuncia que

“la recomendación de la Comisión motivada por las precauciones que se imponen en el campo de la salud pública, no ha presentado el carácter de una falta que comprometa la responsabilidad del Estado”.

Aunque la falta grave es la excepción en el terreno de la responsabilidad francesa y así ha sido entendida frente a la acción de regulación, CALANDRI muestra como existe controversia en los jueces de fondo franceses que consideran que se deben diferenciar las diferentes actividades que están incluidas en la regulación y someterlas a exigencias diferentes. Es así, como algunos tribunales han optado por exigir la falta grave respecto a la responsabilidad causada en la acción disciplinaria del regulador. Y otros han optado por sólo imputar responsabilidad por falta simple.

CALANDRI se muestra más a favor de la posición adoptada por el Consejo de Estado Francés en este caso que exige la falta grave para comprometer la responsabilidad cuando se suma la acción de regulación con la acción represiva del regulador, en la medida en que ambos poderes están relacionados con la libertad discrecional que se le otorga a los reguladores; si se exigiera control en todos los casos de falla en el servicio sería tanto como proscribir dicha libertad.

Según CALANDRI:

“Es entonces solamente en el caso de un ejercicio manifiestamente poco razonable que el juez administrativo podrá considerar que la gravedad de la falta así cometida será susceptible de comprometer la responsabilidad administrativa. La conservación de un régimen de responsabilidad de falta grave en caso de combinación de la acción de regulación y de la acción represiva revela bien la voluntad del Consejo de Estado de respetar y de hacer beneficiar a las autoridades

administrativas afectadas por un margen de acción más importante, o como lo precisa R. Chapus, de “una franquicia de responsabilidad”.

3.4 ESPAÑA

Las tendencias en este país en materia regulatoria y de supervisión son muy estrictas a la hora de determinar si existe una responsabilidad del Estado Regulador, siguiendo la posición de Francia que como vimos, presenta una tendencia a estimar que existe esta responsabilidad cuando se presenta una culpa grave de la autoridad²⁵⁷.

TORRES DE SILVA Y LOPEZ DE LETONA se refieren a cómo la nueva estructura de la Ley Española de Telecomunicaciones de 2003 con facultades discrecionales sometidas a conceptos jurídicos indeterminados, puede generar riesgo de error en el uso de tales potestades, situación que creemos que es también bastante posible en Colombia dada la estructura de las normas contenidas en la ley 1341 de 2009.

El Consejo de Estado español ha señalado que la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede utilizarse como un medio para evitar la aplicación de resoluciones o para evitar la aplicación de normatividad que se haya expedido y se haya consentido por ésta. Esta posición se denota en los pocos casos estimatorios de responsabilidad existentes en España.

Estos autores señalan que si bien hay un margen de apreciación en las facultades discrecionales dadas al Regulador, no parece adecuado que si éste se equivoca sea el particular quien deba soportar el daño pero tampoco tendría lógica que el Regulador responda cuando los daños han sido ocasionados por el operador sometido a su control.²⁵⁸

²⁵⁷ Sentencia del Consejo de Estado Francés del 30 de septiembre de 2001 entre el Ministro de Economía de Economía citada por TORRES DE SILVA y LOPEZ LETONA. En este caso se concluyó que se requiere la culpa grave para declarar la responsabilidad por faltas cometidas en el ejercicio de la de la supervisión y control de los establecimientos de crédito.

²⁵⁸ Nótese como en el ámbito del derecho público económico español, existía una tendencia en el derecho público económico a reconocer un margen de apreciación de la Administración para fijar los objetivos de política económica y más cuando están acorde con los principios económicos de la Comunidad Europea. En el caso STC25/189 del Tribunal Constitucional en la cual se resolvió desfavorablemente un recurso de amparo contra una orden del Ministerio de Industria y Energía de 1983 que establecía un nuevo precio del lignito negro, se reconoció dicho hecho al señalarse que la medida se había adoptado con el interés público y contaba con un fundamento técnico económico. Señaló el Tribunal Español que existe un amplio margen de libertad que ha de reconocerse a los poderes públicos para fijarlos objetivos de política económica. Se puede ver este

TORRE DE SILVA Y LOPEZ DE LETONA advierten sobre la obligatoriedad de los presupuestos de la responsabilidad: acción u omisión, nexo causal inmediato, daño o perjuicio efectivo individualizado, deber jurídico de soportarlo. La dificultad versa en la verificación efectiva del nexo causal para lo cual dicho organismo utiliza la metodología de la causalidad adecuada.

Dadas las dificultades para imputar responsabilidad al Regulador, sugieren la inclusión de una norma en la que ésta se limite a aquellos supuestos de violación del ordenamiento que este “suficientemente caracterizada”. Esta posición denota también una inaplicación del título de imputación de daño especial como generador de responsabilidad en España.

3.4.1 Actuación Banco de España en relación con Banco Credipas.

El Consejo de Estado Español revisó varios dictámenes en relación con el Banco de España (2396/97, 4198/97 y 1664/2000), los cuales son objeto de análisis por TORRES DE SILVA Y LOPEZ DE LETONA. La más importante se refiere al Banco Credipás en la que en forma posterior a una sanción por el Banco de España, Credipás incurrió en suspensión de pagos.

El Consejo de Estado consideró que no concurría el nexo causal necesario entre la actuación del Banco de España y el perjuicio económico sufrido por el reclamante. Se aclaró que si bien el ordenamiento jurídico atribuye al Banco de España facultades de supervisión e inspección del sector crediticio, el cumplimiento de las normas del sector depende en última instancia de la propia actuación de las entidades de crédito y sus administradores. No existiendo prueba de incorrecta actuación del Banco de España señala que parecería que la actuación de Credipás fue la que motivó su insolvencia.

3.4.2 Actuación Comisión Nacional de Valores frente a AVA, asesores en valores.

Este caso también es objeto de estudio profundo por TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA y consistió en que los inversionistas presentaron reclamaciones

análisis de la tendencia existente hasta el 2000 de limitar el control del margen de apreciación en materias económicas en obra de CIRIANO VELA, César David, Administración Económica y Discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial); Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, página 400.

de responsabilidad patrimonial en contra de dicha Comisión por los daños sufridos por la suspensión de pagos de AVA Asesores en Valores. A juicio de los reclamantes habían confiado en la supervisión de la Comisión como garante de la solvencia de la citada sociedad, pero la Comisión había actuado en forma irregular al tener constancia desde 1996 que la agencia de valores actuaba en forma irregular.

Estas reclamaciones fueron desestimadas por el Consejo de Estado en los dictámenes 3719/99 y 3706/2002 basados en la naturaleza de la facultad supervisora que no puede tener el alcance de garantía de solvencia de las entidades supervisadas ni de correcta actuación de las entidades supervisadas. Si bien un incorrecto actuar de la Comisión hubiera conllevado a imputarle responsabilidad en el caso no se demostró *un nexo causal directo e inmediato* entre las acciones u omisiones de la Comisión y el daño o perjuicio sufrido por los inversionistas. Tampoco se pudo demostrar una inadecuada actuación de la Comisión, en tanto si había actuaciones de la Agencia consistentes en mantener cuentas a nombre de esta por cuenta de los clientes y no cuentas individualizadas por cliente, también es cierto que dicha actividad no era ilegal al tiempo de los hechos. Además existió una auditoría sin salvedades por lo cual no había motivo suficiente para alertar a los inversionistas o intervenir a la Agencia.

En este caso se denota cierta tendencia eximente del Consejo de Estado español frente al Regulador, cuando en dichos dictámenes señala que:

“En la inmensa mayoría de los supuestos, los particulares tendrán el deber jurídico de soportar los daños y perjuicios que sufran por el funcionamiento normal del regulador en el ejercicio de sus competencias. Aunque sea improbable, no cabe sin embargo excluir la posibilidad de que el regulador adopte una resolución que cause a un particular un daño o perjuicio individualizado que no tenga el deber jurídico de soportar. En tal caso entrará en juego el análisis del nexo causal, con arreglo a lo expuesto en el texto de este apartado”.

3.4.3 Caso canal satélite.

En este caso si se desestimó la responsabilidad de la autoridad regulatoria por error.

El asunto trata sobre el establecimiento de un reglamento técnico mediante decreto 136 de 1997 para el registro de operadores de servicios de acceso condicional para la televisión digital. Este decreto desarrollaba el registro de operadores de acciones condicional que había sido creado por el Real Decreto Ley 1/1997.

Este reglamento fue impugnado ante el Tribunal Supremo por Canal Satélite por el incumplimiento del derecho comunitario y en particular la libre circulación de mercancías (porque los decodificadores utilizados eran adquiridos en otro estado miembro donde eran debidamente comercializados) y por la falta de información previa de una reglamentación técnica como lo exigía la Directiva 83/189/CEE.

En la Ley 17 de 1997 se confirmó la existencia del registro creado por el Real Decreto Ley 1 de 1997 e introdujo a su vez un requisito para que los equipos *simulcrypt* que se comercializaban fueran compatibles con los sistemas empleados por los distintos operadores y existiera previo acuerdo entre operadores. Tener presente que el otro operador si comercializaba equipos *multicrypt* que era compatible con otros operadores. En aplicación de esa ley, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones denegó la inscripción de dicho operador.

El Tribunal Supremo elevó una consulta al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la que estableció la improcedencia de dicho registro y reglamentó, por las siguientes razones: (i) las autorizaciones administrativas que limiten derechos fundamentales deben basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano; (ii) no es necesaria una medida que duplica los controles; (iii) sólo se justifica autorización previa si se considera que el posterior es demasiado tardío); un procedimiento de autorización previa no está conforme con el principio fundamental de libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios; (iv) una reglamentación técnica no puede ser aprobada sin la aprobación del trámite de procedimiento ante la Comunidad Europea. El Tribunal Supremo entonces declaró la incompatibilidad del decreto 136 de 1977 con el derecho comunitario por vicios de forma y vicios de fondo.

Canal Satélite había puesto una reclamación ante la Administración General del Estado por responsabilidad del Estado Legislador, considerando que había una violación caracterizada del derecho comunitario. El Consejo de Estado evacuó un dictamen desestimatorio al considerar que no había una violación suficientemente caracterizada dado que los Estados miembros gozan de un margen de apreciación de la materia dado que la Directiva le imponía el deber a los Estados Miembros de adoptar todas las medidas necesarias para obtener determinados fines. El vicio procedimental no tenía relación con el daño o perjuicio que se reclamaba.

3.4.4 Decisión GSM.

El carácter esencial de la garantía de la igualdad de condiciones entre los competidores ha sido puesto de presente, en las decisiones administrativas adoptadas por la Comisión Europea, autoridad supranacional llamada a promover y garantizar la observancia de la normativa de competencia contenida en el Tratado-artículos 81, 82 y 86, especialmente-, en relación con adjudicaciones de espectro. Las decisiones adoptadas por este órgano en desarrollo de las investigaciones surtidas en contra el Reino de España e Italia²⁵⁹ por la presunta violación del artículo 90 –hoy 86- del Tratado que impone a los Estados el deber de no favorecer a las empresas públicas, ni a aquellas que tengan concedidos derechos exclusivos, con medidas que alteren el normal desempeño del mercado.

En la decisión adoptada en el caso del Reino de España, la Comisión analizaba la imposición de un canon inicial de 85 millones de pesetas a AIRTEL MOVIL S.A para el ingreso al mercado de los servicios GSM, en relación con el hecho de que, Telefónica Móviles, filial de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A, había heredado la habilitación de su matriz para el suministro de estos servicios, sin que hubiera tenido que cancelar dicho canon.²⁶⁰ En dicha Decisión la Comunidad Europea obligó a que España compensara al operador Airtel Móvil al pago de 85.000 millones de pesetas que se le cobró para adquirir su licencia GSM, existiendo un primer operador como Telefónica que por esta decisión podría aumentar su posición de dominio en el mercado de telefonía digital. De esta forma, España estableció medidas compensatorias tales como la ampliación de su licencias de 15 a 25 años, la obtención de una licencia para operar otra tecnología sin el pago de canon inicial y una reducción asimétrica de las tarifas de interconexión con Telefónica.

²⁵⁹ COMISIÓN EUROPEA, 95/489/CE: Decisión de la Comisión, de 4 de octubre de 1995, relativa a las condiciones impuestas al segundo operador de radiotelefonía GSM en Italia Diario Oficial n° L 280 de 23/11/1995 P. 0049 – 0057

²⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA, 97/181/CE: Decisión de la Comisión de 18 de diciembre de 1996 relativa a las condiciones impuestas al segundo operador de radiotelefonía GSM en España. Diario Oficial n° L 076 de 18/03/1997 P. 0019 - 0029 En esta oportunidad manifestó la Comisión:

“(21) En virtud del apartado 1 del artículo 90, España debe abstenerse de adoptar aquellas medidas que, al aumentar los costes de acceso del único competidor de una empresa pública en un mercado recientemente abierto a la competencia, como es del GSM en España, falseen substancialmente dicha competencia. Ante la carga financiera adicional impuesta a su único competidor, Telefónica de España está en condiciones de optar por dos estrategias comerciales, cada una de las cuales supondrá una vulneración del apartado 1 del artículo 90, en relación con el artículo 86. Estas estrategias comerciales son: o bien i) extender o fortalecer su posición dominante, o bien ii) limitar la producción, los mercados o el progreso técnico con arreglo a la letra b) del artículo 86”.

3.4.5 Caso reino de España incumplimiento normativa de competencia²⁶¹.

En este asunto la Comisión Europea estudió si el Reino de España había incumplido con las obligaciones de que trata la Directiva 90/388/CEE en relación con la competencia en los mercados de servicios de comunicaciones modificada por la Directiva 96/19/CE por no haber adoptado las medidas necesarias que imponían el deber de reequilibrio de tarifas. Según la normativa citada se debería cumplir con el reequilibrio de tarifas en un ritmo constante para facilitar la apertura de la competencia, y no se conocía ningún calendario de la autoridad regulatoria para cumplir con dicha obligación. Es más, la subida y bajada de precios del operador histórico era competencia de dicha autoridad, por lo cual dicho operador no tuvo ningún margen para establecer sus tarifas. El desequilibrio tarifario y el entorpecimiento de la competencia se imputaron así a las autoridades españolas en esta declaración judicial del Tribunal de Justicia Europeo.

Aunque no es un fallo de responsabilidad patrimonial, lo cierto es que se declara la responsabilidad de las autoridades españolas por omisión y retardo de las obligaciones dispuestas en la directiva.

3.4.6 Caso de reducción de margen farmacéutico²⁶².

La orden de presidencia del Gobierno de 10 de agosto de 1985 había reducido el margen de las farmacias por dispensación al público de medicamentos del 30% al 28,2 %. Por demanda del Consejo General de Colegios Oficiales de farmacéuticos, la decisión del Tribunal declaró su nulidad por haber omitido un procedimiento de elaboración del informe de la Secretaría General Técnica y la audiencia a la Corporación recurrente. Aunque existían los elementos para declarar la responsabilidad objetiva desestimó el resarcimiento por la falta de legitimación en activa del Consejo. Luego 16.000 farmacéuticos reclamaron. El Tribunal supremo reconoció su derecho a indemnización al entender que se cumplían todos los requisitos: daño, antijuridicidad, efectividad de la lesión, perjuicio económicamente evaluable, individualización y relación de causalidad entre actuación y daño.

²⁶¹ COMISIÓN EUROPEA, Caso C-500/01. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=en&lng1=en.es&lng2=da,de,el,en.es,fi,fr,it,nl,pt,sv.&val=287525:cs>

²⁶² TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, STS de 4 de julio de 1987, tomado de obra de Domenich Pascual, Gabriel previamente mencionada.

Habían existido casos análogos que habían sido contrarios aún con ilegalidades generadas por vicio de procedimiento, por violación de los artículos 130.1 y 130.4 de la LPA de 1958 que no otorgaban derechos a los perjudicados. No se consideró en estos casos que la orden de reducción del margen farmacéutico fuera sustantivamente contraria a derecho. Además se reconocía el espacio de maniobra de la administración a reducir dicho margen. Otro dato relevante es que con la mera ilegalidad de la orden bastó para que se calificara automáticamente lo antijurídico e indemnizable del perjuicio ocasionado a los farmacéuticos.

3.4.7 Caso del ayuntamiento de Aracena²⁶³.

Se había negado por dicho Ayuntamiento la autorización para un molino triturador de cereales hasta que no se hubieran cumplido unos requisitos. La Audiencia Territorial de Sevilla estimó el recurso de apelación interpuesto contra la denegación de la licencia reconociendo el derecho a obtenerla después de cumplir con las medidas exigidas. El Tribunal Supremo negó la indemnización solicitada dado que el recurrente no había sufrido daño alguno en tanto no podía operar el molino hasta que no cumpliera con dichos requisitos.

Lo importante del asunto es que el Tribunal considera que no procede la indemnización cuando la jurisdicción administrativa anule la decisión por estimar que los fundamentos jurídicos que lo sostienen no son legalmente correctos. Según dicho tribunal debe reconocérsele el margen de apreciación en derecho de la administración:

“es inaceptable negar a la Administración el derecho a resolver según los criterios que, siendo opinables dentro de la relatividad que a toda decisión jurídica imprime la estructura problemática de la ciencia del Derecho, considera ser los más adecuados a la legalidad vigente e imputarse responsabilidad cuando dichos criterios no prosperen en la revisión judicial que de los mismos promueva el afectado por la decisión administrativa”.

3.5 ARGENTINA

3.5.1 Fallo Subestación Sobral.

²⁶³ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, STS del 17 de diciembre de 1981 (RJ5427)

Este caso es retomado por NALLAR, y trata sobre la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata frente a una causa interpuesta por la Asociación Coordinadora de Usuarios y Contribuyentes contra ENRE Regulador y Edesur como titular de dicha infraestructura, buscando el cese de obra de cableado y traslado de subestación transformadora. Las razones invocadas eran los fuertes ruidos y los problemas a la salud.

El Tribunal, revoca el fallo de primera instancia que había negado la causa por insuficiente prueba de los efectos sobre la salud, y ordena que se adopten las medidas necesarias destinadas a suspender las obras de cableado para la sobrealimentación de la subestación sobral.

Este fallo es criticado por NALLAR que lo cataloga como resultado del desconocimiento de las bases esenciales del interés público y plantea varios elementos que son de nuestro interés.

ENRE como entidad de control no sólo controla el cumplimiento de la normativa sobre máximos de electropolución sino que también vela por la protección de la propiedad, medio ambiente y la seguridad pública. Con esto el Tribunal Argentino termina exigiendo una mayor diligencia al Regulador cuando cumple funciones de control y está en juego la seguridad pública.

Otro dato interesante es que aplica el principio de precaución para la actividad regulatoria. Señala NALLAR:

“En efecto, agrega el Tribunal que los derechos y deberes generales atribuidos a los entes reguladores, en el caso por Ley 24.0654, son suficientes para que los mismos, ejerciendo el “poder de policía” puedan superponer a cualquier normativa vigente a los efectos de evitar daños a la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública, aún cuando los mismos no se encuentren suficientemente probados. Todo ello en virtud del principio de precaución”.

La crítica que merece el fallo por parte de NALLAR es la confusión de la función regulatoria con la policía administrativa y que se trace la responsabilidad del Estado Regulador por omisión en su ejercicio aún cuando el ente público esté actuando en cumplimiento de normas dictadas por otro ente público. NALLAR cuestiona que se pueda fundamentar responsabilidad sin haber ni siquiera probado la actualidad o potencialidad del daño, cuando no ha existido una omisión antijurídica. Si se ha actuado en derecho, no puede existir responsabilidad.

Cataloga NALLAR que esta decisión es por simple desconocimiento porque se confunde la actividad normativa del regulador frente a la de control.

NALLAR pareciera entonces desconocer que vía daño especial se puede generar responsabilidad a pesar de que la actuación u omisión del Estado sea legítima, como lo vimos al tratar este título de imputación.

4. CASOS NACIONALES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE INTERÉS PARA ESTE ESTUDIO

Podemos ver que la tendencia en el sector de telecomunicaciones es que se utiliza el régimen de responsabilidad contractual, por encima del régimen de responsabilidad extracontractual. En todo caso ya afloran ciertos casos de responsabilidad extracontractual en el sector de telecomunicaciones.

La discusión de si se puede equiparar la licencia al contrato, también han ocupado a nuestros Tribunales para escoger el régimen de responsabilidad.

Sobre este punto, es importante resaltar que según el nuevo marco normativo dispuesto por la Ley 1341 de 2009 todos los servicios de telecomunicaciones son catalogados como servicio público según lo dispuesto en el artículo 10, pero quedan sujetos a un esquema imbricado de habilitaciones. De un lado se trae la figura de autorización general exigiéndose a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones un registro posterior ante el Ministerio de las TIC, con el cual se entiende formalmente surtida la habilitación general. Por su parte el uso del espectro radioeléctrico está sujeto a permiso previo por parte del Ministerio de las TIC, acorde con el artículo 11 y los operadores que venían con concesiones, licencias o permisos anteriores pueden mantener dichas habilitaciones hasta el vencimiento de las mismas respecto a las cuales pueden seguir aplicando la normatividad vigente al momento de su otorgamiento, en los términos del artículo 68 de la ley 1341 de 2009.

Esto conlleva a que el Estado siga siendo titular del servicio, y tenga que asumir la garantía y riesgos en su prestación, lo que no es propiamente consecuente con que la actividad sea de libre entrada y no se restrinja su prestación a cualquier particular interesado. Porque ¿cómo el Estado puede garantizar y responder por un servicio cuando ni siquiera tiene la posibilidad de determinar las condiciones para que un particular se encargue de su prestación?

Téngase presente que la diferenciación de un régimen de concesión y el de autorización general significa una modificación del ámbito de las competencias *potestas variandi* del Estado, en tanto en la concesión el Estado como titular del servicio puede determinar y modificar las condiciones reglamentarias del servicio. Frente a un servicio de interés general que está en cabeza del particular, la imposición de modificaciones o nuevas obligaciones están limitadas en tanto

tienden a estar sujetas a una negociación previa²⁶⁴, a unas reglas de proporcionalidad y razonabilidad, y el respeto a su confianza legítima.

Con base en todo este análisis, es claro que aún la prestación del servicio mantiene un régimen en que el Estado continúa siendo su titular, y el proveedor es un gestor del servicio de telecomunicaciones, por lo cual puede predicarse una mayor responsabilidad del Estado, que en un régimen de simple autorización general. Esto sin dudas, seguirá marcando las discusiones del régimen de responsabilidad a aplicar en el sector de telecomunicaciones. Los derechos incorporados en los permisos para el uso del espectro radioeléctrico, sin lugar a dudas pueden tener la connotación de actos administrativos bilaterales que pueden generar la reclamación de responsabilidad patrimonial vía contractual.

El título que empieza a tener aplicación en materia de responsabilidad extracontractual es el daño especial, que tratándose de normas, ha sido de tratamiento escaso de nuestras Cortes.

4.1 CASO BBVA

Este caso trata sobre la demanda de reparación directa interpuesta por BBVA contra la Nación, representada por los Ministerios de Justicia y Agricultura y el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario – FINANGRO con ocasión de que la ley 812 de 2003 estableció en su artículo 69 que por tres (3) años a partir del ejercicio con corte al 31 de diciembre de 2002, no menos del 50% de las utilidades brutas que en cada ejercicio liquide FINANGRO se trasladarían al programa del Incentivo a la Capitalización Rural, ICR, creado por la ley 101 de 1993. BBVA Banco Ganadero S.A. participaba con el 10.49% del total de las acciones y por ende recibió casi 12 mil millones menos por reparto de utilidades durante 2002, 2003 y 2004.

²⁶⁴ Por ejemplo, en audiovisuales y telecomunicaciones el esquema de licencias puede ser problemático, en tanto, dependiendo del grado de intervención del autorizador o concedente, se pueden establecer con mayor efectividad cargas de servicio público. Dependiendo del esquema de autorización para la transmisión de video en comunicaciones audiovisuales o para la prestación del servicio de televisión podrán incluirse obligaciones frente al contenido público. Esta problemática es abordada por Gerard Marcou. MARCOU, Gerard, “Regulación de los sectores de audiovisuales y telecomunicaciones, en la obra la Regulación Económica: Tendencias y Desafíos, Colección textos de jurisprudencia, Primera Edición, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, diciembre de 2004.

A juicio de la demandante, la obligación de indemnizar no surge de una falla de servicio, sino de la causación de un daño antijurídico, sin que sea necesaria la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas causantes del perjuicio.

Unas de las consideraciones del Tribunal Administrativo es sobre la procedibilidad de la acción en tanto se pretende la declaratoria de responsabilidad de las demandadas de los presuntos perjuicios padecidos por el BBVA Banco Ganadero como consecuencia de la aplicación de unas leyes frente a las cuales no se discute su apego al ordenamiento constitucional, siendo un asunto de carácter patrimonial y extracontractual que debe ventilarse por medio de una acción de reparación directa.

Una de las pruebas allegadas al proceso es el acta No. 64 de la Junta Directiva de Finagro, que da cuenta que el Presidente de FINAGRO señaló que los recursos presupuestados para el 2003 para el ICR eran de 3 mil millones los cuales resultaban insuficientes dada la demanda existente, por lo cual el Gobierno Nacional impulsó la inclusión en la Ley de un artículo de la Ley de Presupuesto Nacional causante de la demanda. El Presidente de FINAGRO explicó que era consciente del impacto que la decisión expuesta tendría en los accionistas de la institución.

En dicho fallo se toma como antecedente la Sentencia del Consejo de Estado, Sección tercera en sentencia del 8 de marzo de 2007, Expediente 16421, que hace un recuento de la responsabilidad por el hecho de las leyes desde sus orígenes en Francia, su paso por España y la posición en Colombia. Dicha sentencia trae a colación el antecedente de la Sala Plena del Consejo de Estado frente a una demanda presentada por los familiares de una persona que fue atropellada por un automóvil diplomático considerando que el Estado era responsable como consecuencia de la Ley 6 de 1972 que aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la cual previó la inmunidad de la jurisdicción diplomática que impide accionar para obtener la reparación. Según la sentencia del 8 de marzo de 2007:

“La Sala accedió a las súplicas en aplicación del régimen del daño especial, como que se trata de una actividad legítima del Estado que ocasiona un daño antijurídico que se materializa en un desequilibrio ante las cargas públicas que el administrado no tiene por qué soportar.
(...)

“Si excepcionalmente como en este caso y por un tratamiento de privilegio conferido por el Estado a un persona, atendidas sus

calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en un hecho dañino ante su juez natural, es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello el particular está habilita para demandar al Estado en reparación con fundamento en su actuar complejo como ya se dijo.”

“En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C.P”.

A su vez, la sentencia aduce un hecho relevante para la aplicación de la figura de daño especial por responsabilidad por el hecho de las leyes, y es que el control de constitucionalidad no es un requisito necesario para la declaratoria de responsabilidad por el hecho de las leyes.

El Tribunal empieza por realizar un análisis de la certeza del daño para conocer si efectivamente BBVA en ausencia de las normas que invoca como fuente del daño habría recibido las sumas de dinero que pretendía como responsabilidad del Estado. Además de analizar la calidad de accionista de BBVA, revisa si existía una cierta y legítima expectativa de dicho Banco de recibir las sumas correspondientes. Sobre ello el Tribunal adujo que la expectativa de recibir utilidades estaba acorde con la realidad económica de la inversión, y que en el caso de que no se hubiera destinado los dineros al IVR hubiera correspondido el reparto entre los socios. Nadie probó la existencia de alguna circunstancia que permitiera inferir que tales utilidades no habrían llegado a los socios de la compañía. Esto conllevó a que se considerara que el daño no era eventual pues había certeza de la efectiva obtención de utilidades por FINAGRO.

Para estudiar la antijuridicidad del daño, consistente en la obligación de BBVA de soportar el daño, señala que no era previsible para el BBVA conocer que se le impondría esta carga con elementos objetivos; realiza así un análisis de la previsibilidad para dicha sociedad de que se le podría imponer una carga:

“De lo anterior, se concluye que no existe una causa derivada de la ley o de los contratos, que permita inferir que en el momento de invertir en FINAGRO el BBVA podía prever que le sería impuesta una carga de dicha magnitud, pudiendo entonces evaluar si aún en presencia de la misma mantendría su intención de invertir, por lo cual no cabe duda de que el daño padecido por el BBVA es antijurídico, toda vez que se le causó un daño especial, con las características de individual, anormal y excepcional”.

“Resta señalar que las leyes 780 de 2002 y 812 de 2003 sólo impusieron esa carga a FINAGRO, y por ende, a sus socios, lo que generó una carga que no estaban obligados a soportar las demás entidades financieras privadas ajenas al Fondo, ni la comunidad en general, por lo cual se rompió el equilibrio frente a las cargas públicas, en la medida en que el patrimonio de BBVA se vio afectado en forma anormal, aún cuando lo fue con fines de interés general e inversión en el sector agropecuario”.

Frente al análisis de la imputabilidad, analiza si el daño antijurídico es imputable a las demandadas, a su acción u omisión, si intervinieron en la expedición de la ley y el ámbito funcional de cada una de ellas. Se descartó la responsabilidad de FINAGRO en cuanto no puede intervenir en el trámite de las leyes y aunque intervino en la propuesta de la norma, se señaló que bajo la normatividad que le aplicaba, dicha ley sólo hubiera podido presentarse por disposición del Gobierno. Pero el Tribunal si imputa responsabilidad al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural al encontrar que sí existía casualidad del IVR creado por la ley 812 de 1993, con la promoción del desarrollo agropecuario a cargo de dicha cartera. Estaba en cabeza del Gobierno Nacional el realizar las apropiaciones y operaciones presupuestales necesarias para asignar los recursos que se requerían para la operatividad del incentivo, pero el Gobierno buscó como fuente de financiación las utilidades de Finagro, afectando aquellas que debía recibir BBVA.

Una novedad del fallo es que imputa responsabilidad por esta normatividad que surgió como resultado de la política pública en materia de agricultura:

“Bien pudo el Ministerio de Agricultura, en tanto le corresponde presidir la Comisión Nacional de Crédito Hipotecario, disminuir el monto del incentivo a la suma que podía pagar con base en los recursos con que contaba, o incluso suprimirlo; empero, como la política pública- que en atención al sector de la economía que afecta correspondía claramente al Ministerio de Agricultura-, fue la de mantenerlo buscando fuentes de financiación en las utilidades de Finagro, es claro que esa decisión

legítima afectó en forma especial los intereses del particular demandante, aún cuando no cabe duda que con ella se buscaba solventar un programa de interés general”.

También reduce la indemnización de perjuicios por culpa exclusiva de BBVA, dado que el daño padecido con posterioridad al 28 de marzo de 2003, fue consecuencia de la decisión libre del BBVA de permanecer como socio de Finagro S.A., por lo cual sólo se le indemnizarán las utilidades que hasta esa fecha dejó de percibir.

Tampoco se demostró que el efecto benéfico de los ICR sobre la inversión en el sector agropecuario, hubieran generado un beneficio económico al BBVA. En ese caso hubiera dado aplicación a la figura denominada *compensatio lucri cum damno* que opera cuando el hecho dañino ha generado a la vez un lucro para la víctima.

El fallo declara administrativa y patrimonialmente a la Nación Congreso de la República y Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de los perjuicios que se le generaron a BBVA. Las condena a pagar a BBVA la suma de \$4.338.221.883.

Dicho fallo se encuentra en apelación en el Consejo de Estado.

4.2 CASO FIJO MÓVIL

La SIC abrió de oficio²⁶⁵ investigación para determinar si por parte de Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A., OCCEL S.A., CELUMOVIL S.A., EMPRESA REGIONAL DE TELECOMUNICACIONES DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A., CELCARIBE y COCELCO se estaban realizando los siguientes acuerdos:

- Acuerdos de precios por concepto del uso de Red de Telefonía Móvil Celular – RTMC- (tiempo al aire) aplicable a los suscriptores y usuarios de la Red de Telefonía Pública Conmutada - RTPBC- que realicen llamadas hacia los abonados de la RTMC.
- Acuerdos discriminatorios con el objeto de y obteniendo el efecto de determinar condiciones de venta o comercialización discriminatorias para con

²⁶⁵ Resolución 8307 del 30 de abril de 1999.

terceros en la medida en que las tarifas acordadas para el uso de la RTMC (tiempo al aire) aplicables a los suscriptores y usuarios de la RTPBC que realicen llamadas hacia la RTMC, son injustificadamente mayores que las tarifas fijadas por dichas empresas por el uso del servicio para llamadas salientes de la red celular hacia la RTPBC.

La SIC determinó que existía la conducta anticompetitiva, aceptó garantías para evitar su acaecimiento, pero no tomó medidas posteriores pertinentes para el seguimiento al cumplimiento de las mismas, lo que ocasionó que la conducta persistiera hasta el 2005 cuando la CRT (hoy CRC) expidió regulación al respecto²⁶⁶.

Es así como la sustitución fijo-móvil se facilitó por la diferenciación en la regulación de las tarifas mayoristas y minoristas entre estos servicios. Los operadores móviles tenían la potestad de fijar la tarifa minorista de las llamadas que se originaban y terminaban en sus redes. Así mismo, los operadores móviles eran libres de fijar las tarifas mayoristas, mientras que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) determinaba las de los operadores locales.

Este tratamiento regulatorio diferencial les permitió a los operadores móviles fijar tarifas altas para las llamadas FM y bajar las tarifas MM o FM, incentivando el uso de su red móvil y por consiguiente desincentivar el uso de la fija.

Esta conducta fue fundamental en la sustitución fijo móvil que generó que los usuarios prefieran los teléfonos móviles para sus llamadas hacia móviles. Hoy en día no hay puja en el servicio fijo móvil, dado que este tráfico es manejado sólo por los operadores móviles.²⁶⁷

²⁶⁶ Documento CRT “Análisis del mercado de las comunicaciones originadas en la red fija y terminadas en la red móvil”. Centro de conocimiento del negocio. Marzo 2005.

²⁶⁷ Hasta octubre 2005, los operadores móviles podían fijar libremente las tarifas de las llamadas fijo-móvil. A raíz de las continuas denuncias sobre abusos en dichas tarifas, la CRC decidió fijar un tope a dichas tarifas. El primero de estos topes fue fijado en \$ 464 por minuto y comenzó a regir en noviembre 2005. Luego este tope paso a \$ 392 en noviembre 2006, a \$ 198 en septiembre 2009, y a \$ 177 en enero 2011. En realidad, la disminución de la tarifa fijo-móvil motivada por la intervención de la CRC sólo produjo efectos significativos sobre el incremento del tráfico fijo-móvil a partir del año 2010, cuando la tarifa para llamadas de fijo a móvil se aproximó a la tarifa promedio de las llamadas originadas en redes fijas, en especial a las vigentes para los usuarios de planes prepago de telefonía móvil.

A la fecha cursa en la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca una acción de reparación directa²⁶⁸ en contra de la SIC, en la cual se solicita la reparación de los perjuicios sufridos por los operadores de telefonía local y de larga distancia como consecuencia de la actuación omisiva de la SIC en el ejercicio de sus competencias para evitar que los operadores celulares fijaran tarifas discriminatorias para las comunicaciones fijo- móvil y por no adelantar las actuaciones debidas en la investigación inicial y las denuncias adicionales presentadas por los perjudicados.

En la demanda se citan una a una las conductas omitidas por dicha entidad, que van desde que las garantías ofrecidas por los operadores móviles celulares no conducían a que eliminaran las conductas discriminatorias, que no se hiciera seguimiento a dichas conductas y que fuera de eso se concluyera la terminación de la investigación inicial por considerar que se habían cumplido las garantías. Las nuevas denuncias presentadas por los afectados ante la continuidad en la conductas de discriminación, también presentaron demoras y omisiones injustificadas por la SIC en el proceso.

La demanda se presentó en representación de más de 10 operadores de telefonía local y de larga distancia. La cuantía de la demanda se estimó en la suma de \$4.807.385.354.898 pesos colombianos, que corresponde a la cifra dictaminada por el perito en la acción popular que se tramitó en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, correspondiente al mercado fijo- móvil que se dejó de explotar por todos los operadores.

Las omisiones presentadas en la demanda se pueden simplificar así:

- a. La omisión del señor Superintendente de Industria y Comercio consistente en no ordenar como medida cautelar la suspensión de la conducta.
- b. La clausura de la investigación dispuesta por la S.I.C. sin tener en cuenta los intereses de los afectados con la conducta anticompetitiva.
- c. El efecto de clausurar la investigación, sin tomar medidas adecuadas para garantizar la suspensión efectiva de la conducta investigada.
- d. La omisión del Superintendente de Industria y Comercio frente al evidente incumplimiento por los operadores celulares de las disposiciones adoptadas al clausurar la investigación

²⁶⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Alberto Vargas. Radicado del proceso: 25000232600020070051601.

Por la discriminación de precios fijo móvil, también se presentó una acción de grupo²⁶⁹ en contra de Comcel, Movistar y la Nación, en la que se busca la indemnización de perjuicios sufridos por los usuarios de telefonía fija al sufrir el cobro inequitativo en las llamadas fijo móvil. El perjuicio pretendido equivale a la diferencia entre (i) la suma efectivamente cobrada a los miembros del grupo por las empresas de telefonía móvil celular por llamadas fijo-móvil, versus, (ii) la suma que en justicia y equidad debieron pagar los miembros del grupo a las empresas de telefonía móvil celular por las llamadas fijo-móvil. El cálculo total de los perjuicios sufridos por los usuarios de telefonía fija se hace en consideración a un rubro indemnizatorio aplicado, en general, sobre el número de líneas telefónicas existentes en el país. Con base a lo anterior, la suma pretendida se calculó por el demandante en un billón ciento nueve mil ochocientos dieciséis millones ochocientos mil pesos (\$1.109.816'800.000).

En la demanda también se busca la indemnización del daño jurídico causada a los demandantes en forma solidaria por las demandadas. Las siguientes son las omisiones que en la demanda se imputan a la Comisión de Regulación de Comunicaciones:

- La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones desde 1998, año en que supo a ciencia y paciencia lo que estaba pasando, ya era competente para someter a regulación a las empresas de teléfonos celulares, pero sólo reguló con la resolución 1296 de 2005.
- La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones sostuvo en su decisión administrativa que actualmente, en efecto, hay un “monopolio” en el mercado de las llamadas fijo-móvil, que ahora sí justifica la existencia de medidas regulatorias. Sin embargo, lo que no dijo la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, era desde cuando existía esa posición monopólica.
- La CRC conoció el sobrecosto—por minuto— que fue tolerado a rajatabla, y durante mucho tiempo, en las llamadas fijo-móvil.

Señala la demandante que se trata de un daño antijurídico que no están los usuarios de telefonía fija obligados a soportar:

“1.52.- Si llega a ser verdad que “daño antijurídico es aquél que las personas no están en el deber de soportar porque va más allá de lo normalmente exigible a quien actúa de modo solidario dentro de una comunidad jurídicamente organizada”, entonces sólo podemos concluir que las erogaciones experimentadas por todas aquellas personas que

²⁶⁹ Juzgado 28 Administrativo del Circuito de Bogotá, Expediente, 2006-0561. Demandante Claudia Esneda León Ortega y muchos otros. Demandado: Comcel y otros.

hemos tenido que pagar tan elevadas tarifas en llamadas fijo-móvil devienen en daño antijurídico. Es así porque el comportamiento abusivo de un concesionario de servicios públicos, desarrollado al amparo de la omisión de las autoridades públicas, jamás puede tolerarse, ni tenerse como una carga pública razonable dentro de un Estado social y democrático de Derecho”.

Se demanda en acción de grupo para evitar múltiples demandas por el mismo hecho y se busca que se condene en forma solidaria a todas las demandadas sobre la base de una imputación vía concausal, que se describe así en la demanda:

“no sólo es de índole jurídico bajo el título de imputación “falla en el servicio” en el caso de las entidades estatales y bajo la noción de “dolo” y de “abuso del derecho” en el caso de las empresas privadas accionadas, sino también se da dentro de la más elemental forma de imputación, cual es la *conditio sine qua non*, puesto que, de no haberse dado el comportamiento omisivo de las autoridades y de no haber las empresas de teléfonos celulares dolosamente, abusado de su derecho, no se habrían dado los daños materiales y morales que los usuarios hemos experimentado”.

La demandante también señala que no se puede calificar la falla de la CRC como una falla relativa en tanto la CRC ni las demás autoridades desplegaron los recursos disponibles. Según el demandante tampoco la discrecionalidad de la facultad de la CRC justifica su no actuación, en tanto debía buscar el interés general llevando a los competidores del sector a tener una rivalidad tan amplificadas como el óptimo de paretto, que dentro de ella ningún competidor pueda mejorar su situación si al hacerlo empeora a otro competidor o a los usuarios de los servicios bajo regulación.²⁷⁰

²⁷⁰ Pie de página de la demanda original: PORTER, Michael. “Estrategia competitiva. Técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia”, Edit. CECOSA, 1998. Además, el artículo 48 Ley 489 de 1998 preceptúa: “**Comisiones de Regulación.**- Las comisiones que cree la ley para la regulación de los servicios públicos domiciliarios mediante asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, **PARA PROMOVER Y GARANTIZAR LA COMPETENCIA** entre quienes los presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación”. Destacamos que si bien el artículo alude a servicios públicos “domiciliarios”, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en Colombia es competente tanto para regular lo relativo a los servicios públicos domiciliarios como los servicios públicos no domiciliarios, según ha dicho, siempre que tales servicios tengan directa relación con las telecomunicaciones.

4.3 CASO ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR APLICACIÓN DE RÉGIMEN DE CARGOS DE ACCESO²⁷¹

Este caso vincula como demandados a la Nación, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la CRC y, UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A ESP. La demandante fue presentada por EMCALI.

Los hechos relatados por la demandante, dan cuenta de que EMCALI y UNE suscribieron el 21 de octubre de 1998 un contrato de interconexión en el cual se acordó que se remunerarían el uso de las redes en la modalidad de minuto. Posterior a la firma del contrato, la CRT expidió las Resoluciones 463 de 2001 y 489 de 2002 en las cuales se modificaban las modalidades del pago de los cargos de acceso de minutos a capacidad.

Según la demandante con las modificaciones de la CRT, los ingresos de EMCALI derivados del contrato de interconexión se redujeron en un 60%.

Alude la demandante que la CRT desconoció la validez de los contratos de interconexión celebrados con anterioridad a la vigencia de las Resoluciones 463 y 489 y propició que los operadores incumplieran sus obligaciones contractuales de los contratos de interconexión vigentes a la fecha de expedición de las normas regulatorias, al iniciar actuaciones administrativas de modificación de los contratos de interconexión cuando en los mismos no existía ningún conflicto.

Para el caso específico de EMCALI y UNE, la CRT inició actuación administrativa por petición de UNE, para la definición del esquema del pago de cargos de acceso de interconexión derivados de la relación contractual. Lo anterior, teniendo como fundamento el art. 73.8 de la Ley 142 de 1994. La definición de la CRC fue modificar la modalidad del pago de cargos de acceso de minutos a capacidad.

Por el otro lado, el Consejo de Estado en su sección primera mediante sentencia del 2 de agosto de 2008, exp 2003-00047 M.P Marco Antonio Velilla Moreno declaró la nulidad de los artículos 2 numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución 489 de 2002 y, del artículo 4.2.2.19 de la Resolución 087 de 1997, modificada por la Resolución 463 de 2001.

²⁷¹ Tribunal Administrativo del Valle, Radicado 2011-00187.

En el pronunciamiento del Consejo de Estado, se indicó que la compilación de normas derogadas hecho por la Resolución 489 no puede tener ningún efecto en el mundo jurídico, pues fueron regulados por la Resolución 463 de 2001, la cual, fue derogada con la Resolución 469 artículo 3.

Según la actora, con motivo de la nulidad declarada por el Consejo de Estado, se deben reconocer a EMCALI los dineros dejados de percibir con ocasión de la modificación regulatoria y la modificación contractual en la modalidad del pago de los cargos de acceso los cuales ascienden a \$107.073.512.286 pesos colombianos a favor de EMCALI.

La actora reclama que se le reconozca y pague a EMCALI las sumas de dinero que se debe reintegrar por concepto de pagos de cargos de acceso de interconexión con motivo de la nulidad de los artículos 2 numerales 4.2.2.19 y 4.3.8 de la Resolución 489 de 2002 y, del artículo 4.2.2.19 de la Resolución 087 de 1997, modificada por la Resolución 463 de 2001; declarada el Consejo de Estado en su sección primera mediante sentencia del 2 de agosto de 2008, exp 2003-00047 M.P Marco Antonio Velilla Moreno. El total de los perjuicios materiales, incluyendo daño emergente y lucro cesante asciende a la suma de \$107.073.512.286 a la fecha de presentación de la demanda.

Basa la demanda de reparación directa en los artículos 2, 9, 13 y 90 de la Constitución Política. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 90 en cuestión, según la actora, EMCALI no debía soportar el daño antijurídico que se ocasionó con la expedición y aplicación de las Resoluciones 463 y 489.

De lo que se traduce de la demanda, EMCALI está demandando al Estado bajo el título de daño especial, en tanto señala:

“(…) Como lo ha distinguido la jurisprudencia y la doctrina, a partir de este texto constitucional el deber resarcitorio o de reparación a cargo del Estado emerge cuando se ha causado un daño antijurídico que le sea imputable. En efecto, EMCALI, no está en el deber jurídico de soportar los daños causados que se materializaron en los menores valores cobrados por cargo de acceso, al ser estos cambiados por la CRT hoy CRC de minutos a capacidad”.

“Es así como, dentro de este nuevo universo constitucional, la responsabilidad no está únicamente ligada al actuar negligente, culposo o doloso, es decir a criterios subjetivos, desplazándose a criterios

objetivos, fundamentados en principios de justicia, equidad, solidaridad, etc., en donde la importancia gira alrededor de quien sufre el daño. Es así, como puede hallarse el Estado obligado a resarcir un perjuicio causado a pesar que su actividad o actuación está dentro de los marcos de la licitud”.

4.4 CASO FLYCOM²⁷²

FLYCOM Comunicaciones S.A. E.S.P demandó al Ministerio de Comunicaciones, con el objeto de que se declarara la nulidad del acto mediante el cual el Ministerio negó la solicitud de revisión de las condiciones de su concesión y se condenara al Estado al pago de la suma de dinero que resultare probada en el proceso como consecuencia del restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica de la concesión. El título fue conferido mediante Resolución 1384 del 22 de junio de 2000 para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, el establecimiento de la red radioeléctrica de distribución punto multipunto de banda ancha con tecnología LMDS/LMCS.

El valor de la contraprestación inicial por el otorgamiento del título habilitante pagado por FLYCOM fue de \$32.863,338.200 pesos colombianos.

Según FLYCOM la ecuación económica de su contrato de concesión se había alterado por la caída de las acciones de las empresas de tecnologías, es decir la denominada crisis de las .com; la adjudicación de la banda de 3.5 GHz – Wimax sin exigir contraprestación inicial, y la aparición de nuevas tecnologías.

En contestación de la demanda el Ministerio argumentó que no era posible reclamar un desequilibrio del contrato de concesión puesto que no existía ningún contrato, sino el otorgamiento de una licencia para la explotación de un servicio. Asimismo, argumentó que el riesgo por la elección de una tecnología es del operador quien debe contemplarlo dentro de los riesgos que impactan la economía de su negocio.

²⁷² Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera – Subsección B, Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil once (2011), Magistrado: Ramiro Pazos Guerrero, Expediente: 2007-0307, Demandante: FLYCOM Comunicaciones S.A. E.S.P
Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones

El Tribunal al momento de estudiar la jurisdicción, la procedencia de la acción y la competencia estableció que la concesión otorgada a FLYCOM fue otorgada a través de un acto administrativo y no de un contrato estatal. Asimismo, determinó que estas instituciones son diferentes, ya que los contratos se rigen por la Ley 80 de 1993 y los actos administrativos por el Código Contencioso Administrativo; de conformidad con lo anterior el Tribunal estableció que la acción procedente para resolver el proceso no era contractual, sino de nulidad y restablecimiento del derecho.

El problema jurídico a resolver consistía en determinar si existieron alteraciones en la ecuación económica de la concesión que den lugar a su reconocimiento por parte de la entidad demandada.

El Tribunal estableció que es posible reclamar el desequilibrio de la ecuación financiera con base en el Decreto 2041 de 1998, el cual consagra el derecho de los operadores de servicios de telecomunicaciones, sin importar la forma que revistiera su título habilitante, a que la ecuación de su contrato se mantuviera inalterada siempre y cuando se hubiere cumplido oportunamente con el deber de cancelar las contraprestaciones en los términos, condiciones y cuantías aplicables.

En complemento, el Tribunal le dio la connotación de acto administrativo de contenido mixto a la licencia, es decir que combina elementos de índole unilateral y bilateral, señalando:

“Por último, es preciso referir que la jurisprudencia nacional ha desarrollado el concepto de actos administrativos de contenido mixto, la cual consiste en la concurrencia de efectos particulares y generales, acepción que bajo algunos matices es perfectamente predicable en el presente asunto, toda vez que la licencia tiene aspectos propios de un acto administrativo, puntualmente, la revocatoria directa, pero también contiene aspectos de un contrato, como el tema del desequilibrio contractual, sin que tal situación impacte en la acción procedente, toda vez que, como quedó visto, los presupuestos de la acción contractual no están presentes, sin embargo, en el análisis sustancial de tales materias, habrá de estarse a los desarrollos sustanciales de cada naturaleza para desatarlas. En otras palabras, los aspectos de la licencia que se relacionan con su naturaleza jurídica de acto administrativo se desatan conforme a las normas sustanciales de tal material y viceversa frente a los temas contractuales”.

El Tribunal para llenar el vacío normativo frente a un acto complejo como la licencia de Flycom dio aplicación al artículo 8 de la Ley 153 de 1887 que establece

que “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes...”, y al artículo 90 de la Constitución Política referente a la responsabilidad del Estado. Frente a este último, señala:

“En esos términos, tenemos que el artículo 90 de la Constitución Política establece la responsabilidad administrativa, la cual se centró, no en el comportamiento dañoso, según los principios clásicos, sino “en la posición de la víctima, pues se busca garantizar el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello, puede haber daño antijurídico sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio real o supuesta”.²⁷³

También sustentó el análisis del caso en el artículo 27 de la ley 80 de 1993 sobre el derecho del contratista a mantener la obligación entre derechos y obligaciones al momento de contratar, que de no cumplirse puede generar el restablecimiento del equilibrio contractual para cualquiera de las dos partes. Igualmente, en otros artículos de la ley 80 de 1993 que tratan sobre la figura de la ecuación contractual.

El Tribunal decide analizar dos supuestos de desequilibrio económico del contrato: hecho del príncipe y teoría de la imprevisibilidad.

Frente a la segunda, el Tribunal estableció que la caída de las acciones de las empresas de tecnologías y la aparición de nuevas tecnologías no eran circunstancias imprevisibles para el demandante, puesto que la primera ya había ocurrido para el momento en que se le adjudicó la licencia, y la segunda era inherente a la prestación de servicios de telecomunicaciones.

Añadió el Tribunal que si bien la entrada de nuevas tecnologías afectó el desarrollo de la tecnología concedida así como sus deficiencias técnicas, los desarrollos tecnológicos no pueden ser una situación imprevista para el concesionario, sobre todo en un área donde dichos desarrollos son de común ocurrencia aunados a la competencia que incentiva este tipo de avances.

²⁷³ Pie de página tomada de la Sentencia del Caso Flycom: Corte Constitucional, sentencia C-333 del 1 de agosto de 1998. Cfr. BENAVIDES, José Luís. El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2004, Bogotá, p. 140.

Luego entró a analizar la figura del hecho del príncipe, recordando los contornos de esta figura que han sido fijados por el Consejo de Estado²⁷⁴:

“Sobre esta teoría, la Sala manifestó en la mencionada providencia, recogiendo abundante doctrina al respecto, que se presenta un hecho del príncipe cuando el Estado expide una medida de manera general y abstracto que era imprevisible al momento de la celebración del contrato y que incide en forma directa o indirecta en el mismo, alterando en forma extraordinaria o anormal la ecuación financiera surgida al momento de proponer al contratista su oferta o celebrar el contrato, precisando sin embargo que “...sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión” (se destaca)

La actora centraba sus pretensiones en que el Ministerio cambió las reglas jurídicas de adjudicación, puntualmente, en la resolución 2070 de 2005, toda vez, que a su juicio, no se exigió respecto a la tecnología 3.5 Wimax a los proponentes y adjudicatarios el pago de licencias generándose a éstos últimos un descuento del 95% en el pago de contraprestaciones por el uso del espectro radioeléctrico.

Examinando el hecho del príncipe, el Tribunal consideró que sí se reunían los requisitos para que se configurara este título de imputación puesto que el Ministerio como entidad contratante había expedido unos actos administrativos posteriores de carácter general que regularon las concesiones, los cuales permitieron que otros operadores de banda ancha explotaran el espectro radioeléctrico sin el pago de la contraprestación inicial que sí se le había cobrado a FLYCOM, hecho que alteró gravemente la ecuación financiera de la concesión de esta última.

Para el Tribunal, se trata de una medida imprevisible, porque lo previsible es que la entidad demandada mantuviera dicha contraprestación para los nuevos concesionarios, con el fin de salvaguardar la ecuación financiera entre los operadores que se encontraban en legítima competencia. Dichas medidas si bien son legítimas, son imprevisibles por las partes, puesto que de prever el otorgamiento de tales permisos como uno de los riesgos propios de la licencia la actora no hubiera aceptado la licencia otorgada. Señala el Tribunal que además

²⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119

los nuevos permisos otorgados sin contraprestación inicial fue una de las causas debidamente demostradas que llevó a la crítica situación financiera de la actora.

“Era que la entidad demandada, mantuviera dicha contraprestación para los nuevos concesionarios, con el fin de salvaguardar la ecuación financiera entre los operadores que no se encontraban en legítima competencia; ahora bien, aunque dentro de las facultades constitucionales y legales con las que está investida la demandada, en aras de garantizar la cobertura efectiva del servicio público, está la de fijar las nuevas condiciones económicas como ocurrió con los permisos otorgados, lo cual demuestra su acatamiento al ordenamiento jurídico, lo cierto es que tales medidas, como ocurre en el presente asunto, pueden ser de tal dimensión que sean imprevisibles para las partes, puesto que de prever el otorgamiento de tales permisos como uno de los riesgos propios de la licencia, la actora difícilmente hubiera aceptado la licencia otorgada, toda vez que, como sucede en el presente asunto, los nuevos permisos otorgados, en el pago de contraprestación inicial a la que hemos referido, fue de las causas debidamente demostradas que llevó a la crítica situación económica de la actora, tal y como lo refirió la prueba pericial”.

Con base en dichas consideraciones el Tribunal consideró reunidos los requisitos de la teoría del hecho del príncipe, por la expedición de normas generales que permitieron que otros operadores de banda ancha explotaran el espectro radioeléctrico, sin el pago de contraprestación inicial a la cual se vio obligada la actora y que alteró gravemente la ecuación financiera de la concesión y su situación económica. La contraprestación inicial de la demandante se encontraba en normas de carácter general que no fueron reproducidas en las nuevas normas que se expedieron para regular la contraprestación a nuevos operadores.

Según el tribunal, por estos mismos hechos también se quebrantó el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

El fallo declaró la nulidad del acto mediante el cual el Ministerio negó la solicitud de revisión de las condiciones de la concesión de FLYCOM, y se condenó al Ministerio al pago del daño emergente que resultare probado por el hecho del príncipe (no se condenó al pago del lucro cesante puesto que por tratarse de una licencia el actor podía renunciar a la misma).

Esta decisión fue apelada y se encuentra cursando en el Consejo de Estado.

4.5 CASO INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL EN MERCADO DE LARGA DISTANCIA²⁷⁵

ORBITEL S.A. E.S.P quien para la fecha de la demanda era EPM TELECOMUNICACIONES E.S.P demandó a la Nación – Minsiterio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para que reestableciera el equilibrio económico del contrato de conseción que se le había otorgado para la prestación del servicio de TPBCLD.

Los argumentos de la demandante se basaron en que se rompió el equilibrio económico del contrato, debido al volumen de tráfico ilegal que no fue controlado por el Ministerio y que le generó a esta empresa dejar de recibir utilidades.

En contestación de la demanda el Ministerio argumentó entre otras cosas que el permiso que se le otorgó a la demandada se fundamentaba en una licencia y no en un contrato, y que por tal motivo no se podía predicar la figura del reestablecimiento del equilibrio económico del contrato.

El Tribunal al momento de estudiar la jurisdicción, la procedencia de la acción y la competencia declaró la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción la cual no debía ser una controversia contractual sino una de reparación directa por tratarse de una licencia y no de un contrato.

En aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal el Tribunal le dio trámite a la pretensión de la demandante, la cual pretendía que se declarara que la Nación – Ministerio incumplió sus obligaciones de vigilancia y control del tráfico ilegal de llamadas de larga distancia al punto de afectar en forma grave la concesión de EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

En el análisis de fondo el Tribunal negó todas las pretensiones de la demandante puesto que consideró que la concesión se otorgó en virtud de un acto

²⁷⁵ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Bogotá D.C. veintidós (22) de febrero de dos mil doce (2012), MAGISTRADO PONENTE: DR. LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERON, EXPEDIENTE: 250002326000200900826, DEMANDANTE: EPM Telecomunicaciones E.S.P., DEMANDADO: Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

administrativo y no de un contrato estatal, y que no se probó la omisión de vigilancia y control de la demandada.

Concluye la Sala que respecto a las pretensiones de las cuales se solicitaba declarar que el otorgante de la licencia incumplió sus obligaciones constitucionales y legales no fue demostrada la omisión de vigilancia y control en la que presuntamente había incurrido la demandada Ministerio de Comunicaciones, de conformidad con las abundantes pruebas obrantes, en los cuales obran las investigaciones penales, administrativas y disciplinarias tramitadas ante las fiscalías, el decomiso de equipos de los responsables de la desviación de llamadas.

En el fallo se declaró la ineptitud sustantiva de la demanda respecto de las pretensiones de la acción de controversias contractuales, y se declaró negada la pretensión de reparación directa por no probarse la omisión del Ministerio en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control.

UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A, presentó recurso de apelación el pasado 22 de febrero de 2012 contra el fallo del tribunal basándose principalmente en los siguientes argumentos:

- “Ambigüedad jurisprudencial y doctrinaria acerca de la naturaleza de la “licencia” para la concesión de servicios públicos, que motivó a UNE EPM TELCO a presentar de forma principal una acción de controversias contractuales y subsidiariamente, una acción de reparación directa”.
- “El Tribunal dejó de valorar una serie de pruebas incorporadas oportuna y legalmente al proceso. La consideración de que el MINTIC ha sido *diligente* en el ejercicio de sus potestades frente al tráfico clandestino de TPBCLDIE se basa en una escasísima, que podría calificarse como inexistente, valoración de las pruebas”.

4.6 CASOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ANTE LA CAN

El Tratado de Creación del Tribunal Andino dispone de forma genérica el tipo de obligaciones a que están sujetos los países miembros respecto de las normas andinas y que le generan responsabilidad en caso de violación así:

“Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”

La norma establece entonces que las autoridades tienen la obligación de “asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”. Dentro de esas normas encuadraría el cumplimiento de las normas generales del organismo regulador.

La norma además prescribe, la forma como los países comunitarios deben cumplir con esa obligación de asegurar el cumplimiento de las normas, esto es, a través de la adopción de las “*medidas que necesarias*”, lo cual cubre un gran rango de acciones a cargo del Estado que de no cumplirse generan incumplimiento por omisión de un deber jurídico, lo que refuerza la responsabilidad objetiva del País por no actuar adecuadamente.

La norma también regula el compromiso de los países miembros de unas obligaciones específicas de no hacer, como no adoptar o emplear medidas contrarias a las normas o que obstaculicen o impidan la aplicación y cumplimiento de las normas andinas.

Respecto a servicios de telecomunicaciones el artículo 2º de la Decisión 439 de la Comunidad Andina establece una definición de lo que se considera medida para efectos del cumplimiento del tratado, en la que claramente puede encuadrar las normas regulatorias:

“Medida: Cualquier disposición, sea en forma de ley, decreto, resolución, reglamento, regla, procedimiento, decisión, norma administrativa, o en cualquier otra forma, adoptada o aplicada por los Países Miembros.”

Los países comunitarios son responsables en el marco internacional por el incumplimiento de las normas andinas por decisiones formales de cualquier órgano del poder público, también por las omisiones de sus empleados, o el

incumplimiento de las normas por los particulares. Basta así probar que el país no cumplió a tiempo con su deber de hacer cumplir las normas a los particulares. Inclusive los países miembros pueden ser considerados responsables del incumplimiento aún si sus agentes han actuado por error. Es totalmente viable que dentro del marco interno se pueda buscar derivar responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano por incumplimiento de la normativa andina, omisión o error del Ente Regulador.

Colombia como país de la Comunidad Andina también está obligado a cumplir los tratados y decisiones de la Comunidad Andina y acatar la interpretación que sobre los mismos haga el Tribunal Comunitario.

Conforme el Consejo de Estado²⁷⁶ al definir el caso que se estudia más adelante, señaló que las autoridades regulatorias deben adoptar todas las decisiones tendientes a garantizar el ordenamiento comunitario y abstenerse de adoptar toda medida o de asumir cualquier conducta que lo obstruya. En caso de no hacerlo se puede comprometer la responsabilidad internacional del país miembro y cualquier persona podrá presentar la acción de cumplimiento ante el TJCA:

“Acerca de las aludidas obligaciones de hacer y de no hacer que se imponen a las autoridades de los Países incorporados en el Sistema de Integración Andino, el TJCA ha expresado lo siguiente:

“Estos principios o características del derecho comunitario se materializan en el artículo 4° del tratado Fundacional cuando su texto impone a los países que integran la Comunidad Andina las dos obligaciones básicas de 'hacer' y de 'no hacer' a que él se refiere.

Por la primera de las obligaciones citadas, los Países Miembros adquieren el compromiso de adoptar toda clase de medidas –sean de tipo legislativo, **judicial**, ejecutivo, administrativo o de cualquier otro orden– que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, **decisiones**, **sentencias** o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario.

²⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SALA PLENA, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 9 de agosto de 2012, Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045), Accionante: COMCEL S.A., Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A. E.S.P.

Por la segunda, deben abstenerse de adoptar toda medida, o de asumir cualquier conducta que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento. Por lo demás, lo dicho abarca también los niveles regionales y descentralizados del Estado y, por supuesto, a los particulares nacionales de dichos Estados, quienes también son sujetos de tal ordenamiento en las materias que lo conforman.

Debe precisarse, así mismo, que las obligaciones previstas en el artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, están referidas al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente definido en el artículo 1° del mismo Tratado. De donde se concluye que bien sea que se trate de normas de derecho primario o de normas de derecho derivado, deben por igual ser respetadas y acatadas tanto por los organismos y funcionarios de la Comunidad como, y sobre todo, por los Países Miembros²⁷⁷ (texto original con cursiva).

“De lo expuesto se desprende que cuando quiera que exista contradicción entre una norma comunitaria y una del sistema interno de alguno de los Estados Miembros, aquélla debe hacerse aplicar con primacía respecto de éstas, lo cual si bien no necesariamente comporta la obligación de derogar la norma interna —cuyos alcances o contenido probablemente sirvan para dirimir otro tipo de casos, sin colisionar con el ordenamiento comunitario—, sí implica la exigencia de inaplicarla —total o parcialmente— o de condicionar su interpretación de modo que el sentido normativo que se le atribuya para el caso concreto resulte respetuoso de la normativa comunitaria. De no proceder así, el Estado Miembro del cual se trate puede ver comprometida su responsabilidad internacional, circunstancia que en primer término se traduce en que resulta pasible de que en su contra se instaure la acción de incumplimiento ante el TJCA”.

Para estos efectos, debe tenerse en cuenta que el marco andino con injerencia en comunicaciones que puede llevar a acciones de cumplimiento en contra de Colombia por actuaciones del ente regulador y el ente de vigilancia de la competencia, en dicho sector, son las siguientes:

²⁷⁷ Pie de página original tomado de decisión del CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SALA PLENA, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Agosto 9 de 2012, Accionante: COMCEL S.A.
Accionado: ETB: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia 43-AI-99.

- a. DECISION 439 Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina
- b. DECISION 462 Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina
- c. Decisión 608 Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina
- d. RESOLUCION 432 Normas Comunes sobre Interconexión

Esto ha conllevado a que diversos actores del sector de telecomunicaciones hayan recurrido a la Comunidad Andina en aras de buscar que se cumpla los procedimientos definidos en dicha normatividad o la norma sustantiva comunitaria existente en materia de telecomunicaciones.

Existiendo un pronunciamiento andino sobre el incumplimiento de la normatividad andina es esperable que se desaten acciones de responsabilidad patrimonial del Estado por las acciones u omisiones frente al ordenamiento comunitario de sus autoridades judiciales o regulatorias, y que pudieron generar un daño antijurídico a una persona.

Esto es posible en tanto el artículo 30 del Tratado de creación del Tribunal señala expresamente que la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.

4.6.1 Caso ETB – Comcel cargos de acceso ante la comunidad andina²⁷⁸.

Este caso se origina porque COMCEL presento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral contra la E.T.B. con el fin de obtener la constitución de un Tribunal de Arbitramento, en el que pretendía que dicha empresa la pagara a COMCEL por concepto de cargos de acceso los valores establecidos para la opción minuto por las Resoluciones 463 de 2001 y CRT 489 de 2002. Igualmente perseguía que se condenara a ETB por el pago a Comcel por concepto de cargos de acceso, por el tráfico de larga distancia

²⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SALA PLENA, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 9 de agosto de 2012, Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045), Accionante: COMCEL S.A., Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A. E.S.P.

entrante cursado desde enero de 2002, fecha en que entró a regir dicho valor de cargo de acceso, y hasta la fecha del laudo

El Tribunal de Arbitramento respectivo profirió laudo el 15 de diciembre de 2006, mediante el cual resolvió que no prosperaban las excepciones propuestas por ETB en la contestación de la demanda y declaró que ETB estaba obligado a pagar a Comcel los valores de cargo por minuto establecidos en las Resoluciones CRT 463 de 2001 y CRT 489 de 2002. Se condenó a la ETB así a pagar a COMCEL la suma de (\$17.108.441.548.00) por concepto del uso de la red de COMCEL por la terminación de llamadas de larga distancia descontando lo ya pagado por ETB por dicho concepto, además de que la condenó por costas y agencias en derecho del juicio arbitral. Este conflicto se trató básicamente sobre el asunto respecto a implementación del régimen de cargos de acceso por capacidad al que aludimos previamente.

En contra del fallo arbitral ETB presentó recurso extraordinario de anulación, el cual fue resuelto por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de sentencia de fecha 27 de marzo de 2008, providencia que fue objeto de conocimiento por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El Consejo de Estado había declarado infundado dicho recurso porque en su entender no prosperaban las causales de anulación invocadas por ETB.

ETB procedió a promover acción de incumplimiento contra Colombia ante el Tribunal de la Comunidad Andina. La ETB señaló que en relación con los contratos de interconexión suscritos por ETB y COMCEL, OCCEL y CELCARIBE se había pactado que la solución de controversias se haría ante a un Tribunal Arbitral, razón por la cual los respectivos litigios fueron llevados ante dichos tribunales. En los tres casos, el 15 de diciembre de 2006, el Tribunal Arbitral profirió los laudos, en los cuales omitió la aplicación de las normas andinas acerca de conflictos de interconexión por lo que la ETB inició proceso de única instancia de anulación de laudo, ante el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera.

La ETB solicitó al Consejo de Estado, Sección Tercera, que requiriera la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, respecto de los artículos 3, 30 inciso final y 32 de la Decisión 462 y los artículos 1, 3, 13, 32 y 35 de la Resolución 432.

El Consejo de Estado emitió fallo, negando la solicitud de interpretación prejudicial y sin suspender el procedimiento para solicitar dicha interpretación ante el Tribunal

de Justicia de la Comunidad Andina. A juicio de la ETB hubo un error *in procedendo* o error de competencia.

El procedimiento no se podía iniciar válidamente si no se tiene la competencia para dirimir el conflicto por lo tanto el Consejo de Estado no debía negar la solicitud, pues el asunto versaba sobre normas andinas de procedimiento, la competencia para resolver el asunto técnico de la interconexión.

Dentro de la demanda que en ejercicio de la acción de incumplimiento instauró la E.T.B., se indicó:

“Los artículos 30 inciso final de la D. 462, y los artículos 13, 17 literal f) y 32 de la Resolución 432 tienen que ver con asuntos procesales para dirimir conflictos contractuales de interconexión que por pacto entre las partes pueden ser resueltos por un tribunal arbitral según el artículo 17 literal f) de la Resolución 432 y los conflictos técnicos, macroeconómicos, de competencia y regulatorios de la interconexión, que sólo pueden ser resueltos por la Autoridad de Telecomunicaciones como lo señala el artículo 32 de la Resolución 432.

En los arbitrajes se buscó modificar una tarifa regulada de los enlaces, conflicto que debía ser resuelto por la Autoridad de Telecomunicaciones mediante un proceso administrativo, por ello, el tribunal arbitral no tenía competencia para seguir el proceso arbitral.

Los conflictos que surgieron durante la ejecución de la interconexión de ETB con COMCEL, OCCEL y CELCARIBE solo podían ser resueltos por las Autoridades de Telecomunicaciones, ya que un Tribunal Arbitral privado no podía contemplar los equilibrios generales de competencia ni tener en cuenta los derechos de los usuarios, asuntos que sí debe de conocer la autoridad regulatoria (...). Por tratarse de una norma de orden público comunitario, la solución de diferencias de interconexión de telecomunicaciones, sin perjuicio de la función arbitral comunitaria prevista en los artículos 38 y 39 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, sólo puede ser dirimida a nivel interno por la Autoridad de Telecomunicaciones”.

El Tribunal de Justicia Andino el 26 de agosto de 2011 le dio la razón a ETB señalando el incumplimiento en que incurrió el Consejo de Estado al no seguir procedimiento ante la Comunidad Andina sobre interpretación prejudicial conociendo que el Tribunal de Arbitramento no lo había solicitado.

“Al no solicitar la interpretación prejudicial mencionada, el Consejo de Estado configuró un incumplimiento flagrante de la norma comunitaria andina, en especial de los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto.
(...)

“Por lo tanto, el Consejo de Estado no incurrió en una falla al no solicitar la interpretación prejudicial por el vicio in procedendo de competencia, ni al no solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias objeto de los laudos arbitrales, sino, el incumplimiento del Consejo de Estado de la República de Colombia surgió por no solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial al verificar que no se solicitó dicha interpretación en el proceso arbitral “...

El Estado Colombiano solicitó enmienda de la Sentencia del TJA y en forma subsidiaria la aclaración, señalando que era una inexactitud imponer al Estado Colombiano por la actuación del Consejo de Estado, el cumplimiento de una norma que se encontraba fuera de su alcance. También señaló que es ambiguo declarar que el incumplimiento se debe a que no se solicitó la interpretación judicial al verificar que no se había pedido en el proceso arbitral, dado que “no es claro sobre qué norma de derecho comunitario y sobre qué materias debió versar la solicitud de interpretación prejudicial, que fuera omitida por el Consejo de Estado, máxime cuando de la lectura de la providencia se desprende que la naturaleza andina de la norma, cuya referencia no es clara, obligaba a la corporación nacional a elevar la consulta al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sobre ese particular, la República de Colombia considera que la sentencia del Tribunal debió precisar la norma incumplida, así como los límites temporales, espaciales y materiales dentro de los cuales se produjo el incumplimiento (...)”.

El TDJA el pasado 11 de noviembre de 2011 negó la solicitud de enmienda pero aclaró su decisión. Para dicho Tribunal su decisión fue muy clara en tanto el Consejo de Estado no realizó la consulta ante la Comunidad Andina de interpretación prejudicial, siendo este precedente, conociendo que no se había hecho este proceso por los Tribunales de Arbitramento. ETB había establecido este hecho de manifiesto en su demanda de anulación de los laudos.

El TJDA señaló que la acción procedente era dejar sin efecto los fallos del Consejo de Estado que no resolvieron los recursos de anulación. De acuerdo con la sentencia del TJDA, el Consejo de Estado debía tomar como interpretación

prejudicial la Sentencia del 26 de agosto de 2011 del TJDA y la interpretación judicial de las normas se establecería una vez que el Tribunal de Arbitramento se constituya nuevamente de acuerdo con las normas colombianas y éste solicite la debida interpretación prejudicial de conformidad con la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Igualmente ordena a dar cumplimiento dentro de los 90 días siguientes a la notificación de la Sentencia a adoptar las medidas que estime convenientes para dar cabal cumplimiento a la Sentencia.

La decisión que adoptó la Sección Tercera del Consejo de Estado fue objeto de algunas peticiones elevadas por la ETB lo que motivó una segunda decisión del Consejo de Estado el 19 de abril de 2012 en el sentido de resolver, una a una, las solicitudes que hizo la E.T.B. En este momento la Sala estimó que era importante realizar nuevas actuaciones para que dicha entidad cuente con la mayor información, necesaria y adecuada de cara al pronunciamiento que debía emitirse con ocasión o por causa del fallo emitido por el TJDA.

Según el Consejo de Estado lo que se busca es “recaudar la visión autorizada de los entes a quienes se les solicitó su opinión, concepto u orientación, porque conocen y pueden examinar con propiedad el tema y sus implicaciones desde sus distintos campos de ejercicio, nada de lo cual puede entenderse como el desconocimiento de las obligaciones a cargo de la República de Colombia derivadas del aludido Tratado que dio lugar a la conformación de la Comunidad Andina de Naciones. (Subrayado original)”

Después de consultar a diversas entidades del Estado sobre este asunto, el Consejo de Estado entra al análisis extenso de la obligatoriedad de las normas comunitarias en el derecho interno y las consecuencias de su inaplicación.

Frente al caso concreto señala cómo la no consulta por parte de los Tribunales de Arbitramento de un asunto contenido en una norma comunitaria, corresponde a un error en el procedimiento que puede ser objeto del recurso extraordinario de anulación del Laudo:

“los Tribunales de Arbitramento que profieren sus decisiones en Derecho, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, de solicitar al TJCA la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso concreto que se hubiere sometido al conocimiento y decisión del respectivo Juez o Tribunal, por manera que el incumplimiento de dicha

exigencia del derecho comunitario andino por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, ora a solicitud del impugnante ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación, según lo entendió el TJCA en sus aludidos pronunciamientos, cuestión esta última excepcional (que se puede decretar de oficio) siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino”.

Añade también la obligatoriedad de que se hubieran tomado como precedentes las sentencias del TJDA sobre el caso particular:

(ii) los elementos del sistema de fuentes del Derecho Comunitario Andino tanto de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 122 y 123 de la Decisión 500 de 22 de junio de 2001 —normas andinas que el TJCA estimó que el Consejo de Estado debió aplicar en el presente asunto—, como, de manera particular y especialísima en el caso que ahora se examina, las providencias que profirió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en agosto 26 y noviembre 15 de 2011, dentro del proceso identificado con el No. 03-AI-2010, condición que torna a aquéllos y a éstas vinculantes, aplicables directamente e intangibles para las autoridades judiciales colombianas, incluido el propio Consejo de Estado en su condición de Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo;

Con base en los considerandos de las sentencias del TJDA, el Consejo de Estado decide dejar sin efectos el fallo que no estimó procedente la anulación del laudo arbitral en el caso COMCEL-ETB y también anuló el referido laudo arbitral.

El Consejo de Estado, también da pautas sobre el procedimiento a seguir en cumplimiento del fallo, que no puede ser otro que se convoque a un nuevo tribunal de arbitramento para que solicite la interpretación prejudicial. Al respecto señala:

“después de anulado el laudo sólo procedería —cuestión que consulta perfectamente el ordenamiento constitucional y legal colombiano— la convocatoria de un nuevo Tribunal de Arbitramento, convocatoria que debería efectuarse con sujeción a las normas que regulan la materia, nuevo Tribunal de Arbitramento que tendría, por tanto, el deber de

satisfacer la exigencia impuesta por el ordenamiento andino en el sentido de solicitar la Interpretación Prejudicial que resulta imperativa en el caso sub examine para que, posteriormente, con apoyo en dicha Interpretación Prejudicial y de haber lugar a ello, se profiera el correspondiente laudo arbitral”.

Como consecuencia de la anulación del fallo y para efectos de evitar el enriquecimiento sin causa de alguna de las partes, el Tribunal ordena a COMCEL a la devolución de dineros, así:

“Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del laudo arbitral de 15 de diciembre de 2006 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre la ETB y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. – CELCARIBE S.A., con ocasión del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito entre ellas el 11 de noviembre de 1998 y para evitar que la decisión que se adopta mediante el presente proveído —que pone fin a las actuaciones iniciadas con ocasión de este específico y excepcional caso concreto— pueda dar lugar a la consolidación de algún tipo de enriquecimiento sin causa en favor de alguna de las partes involucradas en el proceso arbitral respectivo, en el presente pronunciamiento se dispondrá la restitución, debidamente indexadas entre la fecha del pago y la de su efectiva devolución de conformidad con las fórmulas acogidas para tal efecto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de las sumas de dinero que hubiere pagado la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., a COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. E.S.P., en cumplimiento del laudo arbitral cuya nulidad aquí se declara”.

La devolución de estos dineros ha generado una serie de controversias judiciales adicionales que no se estudian en el presente caso. A la fecha de hoy no existe una devolución de dicho dinero por parte de COMCEL a ETB.

4.7 DEMANDA POR ENTRADA DE COMPETIDORES

En el 2004 se expidió decreto²⁷⁹ en el que se reglamentó el derecho de los operadores de trunking para acceder a la interconexión. La CRT mediante Resolución 1237 de 2005 reguló la manera en que se ejercería este derecho.

²⁷⁹ Decreto reglamentario 4239 de 2004.

No obstante la obligación legal y reglamentaria de COMCEL para otorgar la interconexión a operadores trunking, dicho operador interpuso innumerables trabas a AVANTEL para acceder a este derecho. El Ministerio de Comunicaciones mediante resolución²⁸⁰ sancionó a COMCEL por no conceder la interconexión a AVANTEL no obstante haberse cumplido los requisitos para la misma.

COMCEL convocó Tribunal de Arbitramento contra la Nación por haberle otorgado interconexión directa y numeración a AVANTEL²⁸¹. Con base en dicha demanda solicita COMCEL el restablecimiento del equilibrio de su contrato de concesión.

El debate gira en torno de la calificación que la parte demandante da al ingreso del nuevo competidor AVANTEL, lo que en su entender fue un hecho imprevisto e imprevisible, como quiera que al momento de realizar su oferta no se podía prever que tal situación advendría. Afirma la demandante que en el momento de contratar no existía posibilidad de que operadores diferentes a los TMC y a los PCS pudieran tener acceso directo de interconexión, en la cual no había la posibilidad, ni se preveía, de que ingresara el servicio *trunking*. La posición de COMCEL es que “Trunking era trunking y lo volvieron TMC”, lo cual era a su modo de ver era imprevisible e inimaginable.

El Tribunal desestima los argumentos de la demandante dado que en la cláusula 2 del contrato de concesión suscrito entre el Ministerio de Comunicaciones y COMCEL se había establecido expresamente que se podían dar otras concesiones a competidores. Añade el tribunal que la cláusula contractual era el reflejo de los lineamientos constitucionales, internacionales y legales que rigen el sector de las telecomunicaciones, que promueven y obligan a la competencia en bien del desarrollo del servicio público, lo cual, y es el punto más importante, son normas que se han venido promulgando de tiempo atrás e impiden calificar el advenimiento de un nuevo competidor como hecho imprevisible. A la cláusula segunda del contrato, señaló que se unía la tendencia universal de la reglamentación y de la re-reglamentación del sector de telecomunicaciones, y el estímulo y la promoción de la competencia a partir de las propias normas constitucionales.

²⁸⁰ Ministerio de Comunicaciones Resolución 2368 del 4 de septiembre de 2007.

²⁸¹ TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A. contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMUNICACIONES LAUDO ARBITRAL Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil nueve (2009).

En el caso concreto la demandante pidió la revisión del contrato porque se modificaron las condiciones de su desarrollo, y ello debido al acceso de los operadores *trunking* a la telefonía celular en condiciones diferentes. No se alude a una variación -o desaparición, como se afirma en la doctrina mencionada- de la base del negocio, sino a la existencia o la realización de otros negocios distintos, celebrados con competidores de la demandante. Por las mismas razones anteriores, el Tribunal concluyó que no hay lugar a la revisión pretendida por que estaba expresamente autorizada la concesión a otros operadores, no se alteró el equilibrio, no se lesionó la igualdad, ni se causó daño a la convocante.

El Tribunal hace un recuento normativo y doctrina sobre el sustento para entender que se presenta ruptura de la ecuación financiera cuando el equilibrio de las prestaciones se haya roto, ora por incumplimiento, ya por un Hecho del Príncipe, o por advenimiento de la imprevisión, pero cualquiera que sea la hipótesis, se debe tratar de una alteración en las prestaciones que las partes tienen derivadas del contrato. En el caso concreto el Tribunal observó que el contrato nació equilibrado, con prestaciones claras para cada uno de los contratistas y que dicho equilibrio se ha mantenido.

Respecto a la violación del principio de igualdad alegada por COMCEL, el Tribunal señaló que debe tenerse presente que no se puede invocar que el mejor trato dado a un tercero implique que contractualmente las prestaciones convenidas se hayan alterado. Que a otro le cobren menos, no es problema del contrato que se está estudiando.

Ahora, si lo que se cuestiona es que al operador *trunking* se le ha debido cobrar el mismo valor por la concesión y por el uso del espacio electromagnético que lo que se cobró a COMCEL, el Tribunal señala que es necesario establecer previamente si existen los elementos necesarios que permitan legalmente dicho trato desigual, para lo cual sugiere estudiar el juicio de proporcionalidad y los diversos test de igualdad, bien integrados por la Corte bajo su llamado Juicio Integrado de Igualdad.

Después de este análisis para el Tribunal no cabe duda de las diferencias que separan el sistema TMC y el de acceso troncalizado o *trunking* en el que justifica el trato desigual.

El Tribunal determinó que no se puede dar aplicación al principio de confianza legítima porque dicho principio es de aplicación restrictiva e impediría las reglamentaciones o la regulación acorde con los cambios tecnológicos. Otra cosa

es si se trata de derechos adquiridos pero en el caso el Tribunal señaló que la no entrada del servicio *trunking* como un servicio móvil no era un derecho consolidado para Comcel en su contrato. Todo lo contrario, en aplicación de la cláusula de introducción de competencia establecida en el contrato de concesión.

Retomó la teoría de *Regulation y Taking* estudiada por GARCÍA ENTERRÍA, para señalar que en el presente caso no se puede señalar que hubo una expropiación, sino una regulación:

“Se trataría, por el contrario, de una hipótesis de regulación económica en donde los particulares deben soportar las restricciones del uso de los bienes cuando las mismas surgen por el interés público. No debe olvidarse en este momento que la sociedad demandante ha superado las expectativas de éxito de su negocio y que, si bien ello no es en nada reprochable, tampoco puede considerar que la protección a su propiedad tiene que impedir regulaciones económicas que se sustentan en el interés público y que simplemente producirían, en caso tal, la reducción de sus utilidades”.

También declara el Tribunal que no se ha probado el daño por COMCEL. En primer lugar señala que para COMCEL no era extraña la variación a que podía estar sometida la economía de su contrato, ni la necesidad de adecuar con frecuencia su estructura operativa y financiera para competir adecuadamente y obtener rendimientos satisfactorios para su inversión. El Tribunal reconoce el éxito de su gestión empresarial. Tampoco se aportó pruebas de que COMCEL haya sufrido daño por el ingreso de operadores *trunking* a la telefonía móvil celular. Tampoco obró en el expediente prueba alguna de que COMCEL hubiera disminuido sus utilidades; o se hubiera visto en la necesidad de crear provisiones extraordinarias, o de reducir su operación comercial, o sus costos administrativos.

Para el Tribunal no es válido comparar los costos de operaciones distintas, en servicios de distinta naturaleza, con diferente capacidad de canales, con diferentes tecnologías, con reglas de pago también diferentes, porque cualquiera que sea la suma resultante no indica daño o perjuicio; quizás indicaría, si pudieran compararse por alguna similitud en el servicio, mejores condiciones de eficiencia, alguna oportunidad especial, antigüedad en el negocio

El Tribunal señaló que si hubiera habido prueba de un daño real, ese daño habría tenido que ser *grave, sustancial, excesivamente oneroso*, como es la exigencia legal. Pero en el caso nada se probó en el proceso.

Se denegó a COMCEL la prosperidad de sus pretensiones, se declararon probadas las excepciones expuestas por el demandado, en síntesis porque se concluyó que no se alteró el equilibrio financiero del contrato ni se presentaron circunstancias imprevisibles en el desarrollo del mismo, porque las prestaciones recíprocas que se establecieron en el negocio no se alteraron y porque se pactó una cláusula de exclusividad de 5 años con el operador móvil, que fue respetada.

4.8 DEMANDA RESTABLECIMIENTO ECONÓMICO DEL CONTRATO POR VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN NORMATIVO DE ENTREGA DE NUEVOS PERMISOS PARA USO DEL ESPECTRO.²⁸²

Se trata de un Tribunal de Arbitramento convocado por Colombia móvil (TIGO) contra la Nación MINCOMUNICACIONES por el espectro adicional que le dieron a los Operadores Móviles Celulares a los 2 años de otorgado el espectro a PCS a Colombia Móvil.

El artículo 12 de la Ley 555 había determinado que sólo se otorgarían nuevas concesiones adicionales a las previstas en el artículo 11, para la Prestación de Servicios PCS que se regulan en la citada Ley, después de 3 años contados a partir de la promulgación de la misma, y que el mecanismo para otorgar las nuevas concesiones sería igualmente la subasta.

La citada Ley 555 restringió la posibilidad de que los operadores de telefonía móvil celular obtuvieran alguna de las licencias iniciales de PCS, por considerar que se trataba de un servicio idéntico al celular, al que la ley quería introducir un competidor.

En Documento CONPES 3202 del 22 de octubre de 2002 que dio lugar a la concesión de PCS, se había establecido lo siguiente frente a nuevas concesiones iniciales en PCS:

“El Gobierno Nacional, en ejercicio de su función de regulación y control, continuará haciendo un seguimiento estricto y objetivo para

²⁸² LAUDO ARBITRAL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. contra LA NACION - MINISTERIO DE COMUNICACIONES, Bogotá Distrito Capital, dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).

evitar que se presenten situaciones ajenas a un ambiente de competencia.

En desarrollo de lo anterior, el Gobierno Nacional estudiará la situación del mercado móvil y dos años después de adjudicadas las concesiones iniciales, determinará la conveniencia de adelantar nuevas concesiones de servicios móviles. Esta decisión será tomada cuando se considere que existen condiciones para que entren nuevos concesionarios en términos del número de concesiones asignadas, la tecnología existente, el nivel tarifario, la penetración, el nivel de calidad de los servicios y en general el nivel de beneficio del usuario.

El plazo estipulado tiene en cuenta la recomendación hecha por el consultor de las concesiones iniciales de PCS, en términos de periodo de consolidación de los concesionarios iniciales y adicionales de PCS, consolidación del plan de expansión, nivelación de tarifas y prestación del servicio”.

Mediante la Resolución No. 034 del 20 de enero de 2003, el Ministerio de Comunicaciones adjudicó las concesiones de los servicios de comunicación personal PCS, en las Áreas Oriental, Occidental y Costa Atlántica, objeto de la Licitación Pública No.002 de 2002, a la Sociedad bajo promesa COLOMBIA MOVIL S.A.

Además, en el contrato de concesión se había pactado por las partes un pago condicionado por valor de tiempo que se pagaría por Colombia Móvil a los 36 meses siempre y cuando durante el mes inmediatamente anterior el Ministerio no hubiera conferido una nueva concesión para la explotación de los servicios de telefonía móvil en la misma Área del Contrato. Se entendería que no habría nueva concesión cuando el nuevo concesionario sea el mismo Concesionario, la controlante del Concesionario, cualquier entidad sujeta a control o que esté bajo control común con el Concesionario. La obligación de pago condicional desaparecía si ocurría la condición. Pero si se extinguía la obligación el Concesionario declaró en el contrato que quedaría compensado íntegramente y que por tanto carecería de acción alguna con la Nación- Ministerio de Comunicaciones por razón del acaecimiento del otorgamiento de una nueva concesión.

El Ministerio de Comunicaciones expidió el Decreto 4234 del 16 de diciembre de 2004, por medio del cual estableció las condiciones y determinó el procedimiento para otorgar espectro adicional a los operadores de servicios de telefonía móvil prestados a través de gestión directa o indirecta.

Por solicitud expresa de los operadores concesionarios de Telefonía Móvil Celular, el Ministerio de Comunicaciones les otorgó el espectro adicional en banda de 1900 MHz mediante Resoluciones Nos. 002720 de 2004 y 508 de 2005.

Colombia Móvil presentó la demanda arbitral, solicitando que se declarara que había ocurrido la condición pactada en la cláusula de pago condicionado, que se condenara al MINTIC la devolución de dicho pago y que se declarara que el MINTIC con la entrega de espectro adicional había modificado las condiciones de competencia en el mercado, alterando la ecuación económica del contrato. También solicitó que para devolver el equilibrio en el contrato de concesión se garantice la igualdad en el acceso al espectro, permitiendo a Colombia Móvil a acceder a 40 MHz de espectro adicional y prestar servicios PCS y TMC en las bandas de 1900 y 850 MHz.

Como existía espectro disponible en la banda de 1.900 MHz, habiendo atribuido una porción del mismo a las concesiones adicionales de PCS, el Ministerio consideró posible entregar espectro adicional a los operadores celulares para que pudieran continuar expandiendo sus redes.

El Tribunal de Arbitramento consideró que no había en estricto sentido una nueva concesión en tanto se había dado espectro adicional y modificado las concesiones iniciales de los operadores de telefonía móvil celular. La concesión es para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, cosa distinta es el espectro que se utiliza. Según el Tribunal de las normas reglamentarias vigentes cuando se otorgó la concesión se desprende que era posible ampliar el espectro radioeléctrico asignado, sin que ello necesariamente implicara una nueva concesión.

En relación con la cláusula de pago condicionado el Tribunal señaló que las partes establecieron una medida de reparación por un hecho previsible (el otorgamiento de una nueva concesión para la explotación de los servicios de telefonía móvil en la misma área de la convocante y distinta de las concesiones de la banda F), medida que no dependía de la naturaleza del contrato.

Respecto al cambio de condiciones en el mercado móvil, el Tribunal acogió el criterio del perito según el cual el tener espectro adicional generaba una ventaja competitiva y fuera de eso había permitido a los operadores de telefonía móvil celular un posicionamiento previo del mercado antes de que entrara Colombia Móvil.

El Tribunal consideró que con la asignación de espectro adicional a los operadores de TMC sí se generaron ventajas competitivas en favor de los operadores de TMC. A la vez, consideró también que a partir de junio de 2005 se consolidó una situación de predominio en el mercado por parte de COMCEL S.A.

Las ventajas competitivas las adujo como sigue:

“El Tribunal considera que las ventajas competitivas expuestas tuvieron como consecuencia modificar las condiciones de competencia y de mercado en los servicios de TMC y PCS, no sólo porque los tres (3) operadores que competían en los servicios móviles iban a enfrentarse en el mercado con diferente disponibilidad de espectro (40 Mhz los de TMC y 30 Mhz el operador de PCS), sino, fundamentalmente, porque la asignación de más espectro se hizo a dos (2) operadores de TMC que, amén de ser competidores de la convocante, gozaban de la ventaja adicional de haberse establecido en el mercado con diez (10) años de anticipación a la entrega adicional de espectro.

Al entrar a analizar el cargo de alternación de la ecuación contractual señaló que desde la óptica contractual lo que importa es la anormalidad e imprevisibilidad de los efectos económicos o la excesiva onerosidad resultante, pues ni aún en los contratos aleatorios es dable aseverar la asunción de efectos y riesgos anormales por el contratista.

No obstante desató en forma negativa la gran mayoría de las pretensiones de Colombia Móvil en tanto dicha sociedad no acreditó el daño antijurídico, ni la excesiva onerosidad, ni la anormalidad o imprevisibilidad de los efectos económicos generados en la economía de los Contratos Nos. 007, 008 y 009 de 2003 por la asignación del espectro adicional a los operadores de telefonía celular. Ello por cuanto Colombia Móvil no aportó el plan de negocios que lo llevó a participar por la concesión de PCS, y sin conocer dicho plan no era posible estimar la alteración de ecuación contractual, el daño antijurídico, la imprevisibilidad y la anormalidad.

El Tribunal tampoco consideró procedente acceder a ordenar que se le permita a Colombia Móvil prestar servicios TMC y PCS disponiendo de 40 MHz adicionales en la banda de 850 MHz o 1900 MHz, al considerar que ello implicaba invadir la órbita de competencias y atribuciones del MINTIC en materia de asignación de

concesiones y espectro radioeléctrico, las cuales son innegociables y, por ello, ajenas a la transigibilidad que informa a la justicia arbitral.

No obstante el Tribunal diferenció el que no se hubiera acreditado la relación de causalidad entre la asignación del espectro a los operadores de TMC y las condiciones de mercado y competencia en la telefonía móvil, el daño antijurídico o la anormalidad e imprevisibilidad de los efectos económicos derivados de dicha asignación y que el Tribunal no reconozca la existencia de ventajas en favor de los operadores de TMC y la modificación de las condiciones de competencia y de mercado como consecuencia de la asignación del espectro adicional –cosa que ya ha hecho-, así como la situación de predominio de uno de ellos en el mercado de los servicios móviles.

Por todo lo expuesto, se accedió parcialmente a la pretensión consistente en declarar que la Nación – Ministerio de Comunicaciones modificó las condiciones de competencia y de mercado en los servicios de telefonía móvil (TMC y PCS), pero respecto a estas declaró probadas por la convocada las excepciones sobre falta de competencia del Tribunal de Arbitramento por aspectos no transables que no son objeto de decisión de árbitros y ausencia de daño.

En este Tribunal de Arbitramento hubo salvamento de voto de uno de los árbitros. A juicio de este árbitro con la expedición de las normas por las cuales se asignó espectro a los operadores de telefonía móvil celular y la modificación a los contratos de concesión, se consumó el proceso iniciado con el Decreto 4234 de 2004 y, con ello, se produjo una actuación administrativa y unas decisiones de la administración que además de alterar el principio de confianza legítima y modificar las condiciones de competencia y del mercado de telefonía móvil celular, constituyen un nuevo sistema de adjudicación *ad hoc*, para el otorgamiento de una nueva concesión móvil. Dicha norma es un decreto que no reglamentaba ninguna norma general, y que además lo que hizo fue un restablecimiento en el mercado de la diferencia espectral entre Colombia Móvil (30 MHz) y los operadores de telefonía móvil celular (25 MHz cada uno).

Según el árbitro si bien el Ministerio de Comunicaciones puede otorgar espectro adicional, estaba sujeta a la Ley 555 de 2000 por lo que no podía asignar espectro en las bandas de frecuencias de 1850 a 1990MHz, que se habían reservado para la prestación de los servicios de PCS iniciales, los Servicios de PCS adicionales y los servicios de comunicación IMT-2000.

CONCLUSIONES

10. El estudio de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado adquiere importancia en un esquema de autorización general como la existente en el sector de telecomunicaciones, en el cual no se precisa un acto del Estado autorizando la actividad, y en la que el servicio deja de ser titularidad del Estado. El regulado entra por su cuenta y riesgo a una actividad regulada y por ende tendrá que asumir los riesgos y prever que las condiciones de prestación del servicio pueden variar en el tiempo. En este campo, será más predicable un régimen de responsabilidad extracontractual. En el terreno de la responsabilidad extracontractual, el Regulador será responsable por su acción, omisión, falla en el servicio de regulación, violación de la confianza legítima y por daños especiales generados a las personas o regulados.
20. Se puede concluir que hay dos tesis alrededor de esta discusión. Algunos que pretenden que la regulación no genere responsabilidad al considerar que el actor económico regulado asumió la regulación y los riesgos correspondientes al ingresar a un mercado regulado. Otros, que pueden considerar que por adquirir una licencia compran al mismo tiempo la legalidad, siendo inviables reglas de juego sobrevivientes. Estos polos son extremos, en tanto por el sólo hecho de entrar a un mercado regulado no significa que el Estado pueda desconocer el patrimonio y derechos del inversionista y el principio de buena fe. Quien ingresa o participa en un mercado hace sus propias previsiones de negocio acorde con las condiciones definidas por el Estado y asume que se respetará el ordenamiento legal. También que se respetarán sus derechos los que pueden ser modulables más no excluirse por las actuaciones del Regulador. Por ello, cuando se genere un daño antijurídico o una violación al núcleo esencial de sus derechos que además es imprevisible por el destinatario de la regulación deberán resarcirse los perjuicios generados.
30. No obstante, endilgar esta responsabilidad es un ejercicio complejo en tanto debe poder imputarse el daño antijurídico generado a la acción, omisión o hecho del Regulador. Se debe recurrir a un ejercicio de causalidad jurídica para verificar si estas son las causas determinantes del daño antijurídico. El regulador tiene a su cargo el deber de recrear el mercado y por tanto actuar para que el mercado, la competencia y los demás objetivos públicos definidos en la ley se cumplan. No puede excusarse su responsabilidad al considerarse que éste sólo se “dispara” a manera de fusible (causalidad material) buscando que se cumplan los objetivos definidos en la Ley, porque claramente su acción u omisión pueden ser determinantes de la ocurrencia o no del daño. Pero tampoco caerse en el extremo de generarle una responsabilidad total cuando se pueden presentar factores externos,

hechos de terceros o culpa de la víctima, que fueron fundamentales para la generación del daño.

- 4º. Como el regulador debe garantizar las condiciones para la prestación del servicio, debe responder por las malas decisiones, y por adoptar, como un buen hombre de negocios, soluciones razonables predicables de su experticia y que obedezcan a las necesidades del mercado. Esto hace que el regulador, no pueda ser un objeto pasivo ante las fallas que se presenten, ni actuar sin criterios técnicos, con arbitrariedad o en forma irrazonable, porque incurriría en una acción, omisión o hecho que generaría responsabilidad patrimonial, en tanto se encuentren los demás elementos generadoras de la misma.
- 5º. La regulación tiene unas connotaciones que la hacen una función del Estado de intervención en la economía que realiza un gerenciamiento de diversos intereses en juego, buscando consensuar aspectos críticos de la regulación, que establece limitaciones a derechos de los particulares y que busca adaptar una norma general a situaciones cambiantes y bajo un margen de flexibilidad. Surge de la aplicación de normas generales que enunciadas en forma de conceptos jurídicos indeterminados, le dan cierto margen de maniobrabilidad al regulador, lo que genera un reto en el encuadramiento de la responsabilidad del Estado Regulador. No debe pasarse por alto que la regulación es un acto innovador e invitante que procura por la participación de agentes para su construcción sobre la base de intereses contrapuestos, con intervención de sus destinatarios.
- 6º. Este marco de acción dado en la Ley competencial debe cumplirse y guiar el ejercicio de las competencias dadas al regulador. La acción regulatoria se convierte en reglada y por lo menos no exenta del control judicial. Para determinar si cabe la responsabilidad del Estado Regulador, será tarea del juez con los recursos probatorios con los que cuenta revisar la ponderación realizada por el regulador, si hubo un error manifiesto de apreciación o no cumplió con los criterios técnicos aplicables. Será su tarea verificar en decisiones de índole política, a qué obedeció la ponderación realizada para adoptar la decisión, y si las diferentes alternativas se determinaron con criterios técnicos o respondió a lo que apuntaban dichos criterios. Y también verificar los límites internos de su actuación, en concordancia con los principios generales del derecho, los cuales son de aplicación obligatoria para el sector de tecnologías de la información y las comunicaciones según el artículo 1 de la ley 1341 de 2009.

- 7º. En caso de encontrarse una actuación que genera un daño antijurídico a una persona, se podrá endilgar responsabilidad patrimonial al Regulador. Aún si la decisión comporta una valoración política o de conveniencia, en tanto sea ejercida por una autoridad de la que se precisa la técnica o para la cual sus decisiones están sujetas a criterios técnico-administrativos, deberá sustentarse o apoyarse en los criterios que le sirvieron de base para la elección realizada. Si dichos criterios admiten varias soluciones o están sujetas a actividades de prognosis, el Juez podrá endilgar responsabilidad cuando encuentre que existe un error grave de apreciación. Pero si el criterio sólo admite una solución y el Regulador se aparta de ella, el juez podrá anular la decisión y sustituirla y condenarlo por los perjuicios generados por la misma. Existe una tendencia hacia la tecnificación de las decisiones de los órganos administrativos, incluidos los políticos, lo que conlleva a que incluso las decisiones sobre la base de la política deban tener una planificación y justificación, porque de lo contrario será predicable la responsabilidad del Regulador.
- 8º. Cuando de un análisis de la acción regulatoria se encuentre que ésta se muestra acorde con los principios y criterios abordados anteriormente, para examinar la responsabilidad del Estado Regulador se deberá analizar si su margen de apreciación desconoció o limitó derechos o intereses de particulares, que deban ser resarcidos. En caso de exclusión de los derechos de los particulares, será necesaria la indemnización del Estado Regulador. Para alguna parte de la doctrina, esta indemnización obedece a la figura de expropiación, para otros a la de responsabilidad.
- 9º. Como vimos en la regulación se hace la concreción de una norma general desde una perspectiva técnica, en la cual el Regulador se encuentra entre múltiples y contradictorios intereses sociales y privados y principios en oposición, por lo cual la regulación debe ser practicada desde una forma prospectiva debiendo el regulador realizar una ponderación de los intereses y principios en juego buscando el mayor beneficio de la actuación regulatoria. El Regulador está llamado a hacer una ponderación y por su misma tecnicidad, requerirá de una argumentación y sustento técnico sobre el peso que se le da a un principio, fin, interés u a otro. Del análisis de esta ponderación, el juez podrá determinar si se realizó un sacrificio singular de un fin o principio establecido para el regulador. Una de las formas en que se ha analizado la ponderación realizada por el regulador es verificando si ha existido privación o delimitación de los derechos de los reguladores.
- 10º. Para analizar si existe privación, se utiliza la figura de la expropiación, que generaría obligación de indemnización a cargo del Estado Regulador por la

limitación del derecho de propiedad y del contenido esencial de otros derechos. Existe un sinnúmero de acercamientos doctrinales frente a la diferenciación de la limitación del derecho frente a la exclusión del mismo. En tanto estemos ante una violación del núcleo esencial de derecho por objeto de una medida regulatoria, el Estado Regulador estará obligado a indemnizar al perjudicado. Sobre este tema existe la teoría de *regulatory takings* de la jurisprudencia norteamericana, cuya aplicación ha dado paso a novedosas formas de identificar cuando existe una expropiación o *taking* del derecho.

- 11º. La figura de *regulatory takings* ha sido retomada en los Acuerdos Bilaterales de Inversión o BITS, en los que no ha sido deslindado en forma clara la expropiación directa e indirecta. La jurisprudencia ha utilizado diversos criterios para diferenciarla como son el grado de interferencia con el derecho de propiedad, el carácter de las medidas del gobierno y la interferencia con las expectativas razonables del inversionista. Para estos efectos los tribunales no sólo revisan el efecto de la medida sino también su propósito y proporcionalidad para determinar si procede la compensación. Aunque los conflictos por inversión extranjera crecen, lo cierto es que los casos tienden a no considerar expropiatorias las medidas gubernamentales no discriminatorias relacionadas con el medio ambiente, salud y seguridad, integridad del mercado y políticas sociales.
- 12º. Se encuentran tendencias a enmarcar la responsabilidad según el tipo de función ejercida por el Regulador: normativa y de control. No podrá predicarse igual responsabilidad cuando el regulador dispone una norma general, a cuando aplica una norma específica en la solución de un conflicto o imponiendo medidas a un operador dominante previa la verificación de una falla de mercado. O puede exigirse mayor grado de diligencia o un más alto estándar de actuación para catalogar si ha existido una falla en la función de regulación. Otra forma de abordar la responsabilidad del Regulador es calificar la actividad de supervisión y control como una obligación de medio y no de resultado, según la cual el Regulador no es garante de que se obtenga un resultado específico en el mercado de telecomunicaciones o un beneficio para los consumidores o destinatarios de la regulación. Ello no es óbice para que por aplicación de los títulos de imputación de falla de servicio y daño especial se pueda imputar responsabilidad al Estado Regulador.
- 13º. Tratándose de reglamentos que se expidan en ejercicio de la actividad regulatoria, se puede predicar la responsabilidad del Estado Regulador, por

tratarse de reglamentos arbitrarios o irrazonables que permitirá imputar el daño antijurídico a la autoridad regulatoria correspondiente.

- 14º. Aunque el daño que haya sido producido sea imputable a la acción de la administración, no genera responsabilidad cuando la víctima si estaba obligada a soportar el daño, en tanto el daño es calificable de jurídico. Pueden ser casos de daño soportable por la víctima el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa judicial, el pago de un impuesto, el cumplimiento de una obligación impuesta por ley, cuando el interesado se coloca voluntariamente en una situación de riesgo concurriendo o no su voluntad de aceptar sus consecuencias, lo que está aparejado a la concurrencia de la culpa de la propia víctima. Tampoco se genera la obligación de reparar el daño cuando se hace un uso fraudulento de las posibilidades que brinda el ordenamiento jurídico. Se encuentran esfuerzos del Tribunal Español por tratar de justificar como las decisiones discrecionales generadoras de daños, razonables y razonadas, deben soportarse, en tanto el margen de maniobra utilizado en debida forma hace que la lesión no pueda considerarse antijurídica. Con esto se desconoce el régimen de responsabilidad patrimonial que se analiza con relación a la posición de la víctima y no con la posición del Regulador.
- 15º. Normalmente las personas pueden verse como obligadas a soportar los efectos de la regulación y más si se presenta una norma jurídica o contractual que lo obliga a ello o la misma persona asume un riesgo que le produce el daño. El análisis de la obligación de soportar el daño surgirá entonces de un análisis de dichas normas y de revisar también si se genera un sacrificio especial a las personas. De ser así, el daño será antijurídico y no se generará para dichas personas la responsabilidad de soportar el daño.
- 16º. Para encuadrar la responsabilidad del Estado Regulador no basta la mera relación de causalidad entre la acción y el daño sino que tendrá que atribuirse a dicho órgano el deber jurídico de indemnizarlo. Los títulos de imputación que se pueden utilizar para analizar si existe responsabilidad extracontractual del Estado Regulador, son la confianza legítima, falla en el servicio y la figura del daño especial. La confianza legítima protege las expectativas legítimas, cosa diversa de los derechos adquiridos.
- 17º. En materia de responsabilidad extracontractual del Estado Regulador, consideramos que no puede tener mucha aplicación la figura de derechos adquiridos, en tanto como hemos visto la tradición jurídica colombiana la utiliza en casos excepcionales (laboral). Puede dar lugar a indemnización si

se demuestra que los derechos de los particulares han sido limitados en forma excesiva o puede haberse conformado una expropiación regulatoria. Otra situación puede presentarse en materia de responsabilidad contractual respecto a derechos del contratista que se desconozcan por la Administración, asunto que no es materia de estudio en esta memoria de grado.

- 18°. El principio de confianza legítima si tiene una importancia palmaria en materia de regulación, por la propia naturaleza de la regulación que está dirigida a intervenir en forma flexible una actividad económica que de por sí esta permeada de condiciones económicas y sociales cambiantes y por la innovación tecnológica. El Estado como garante de la prestación de servicios de telecomunicaciones debe asegurar que sus destinatarios tengan un término razonable para adaptarse a la regulación sin exigirle cambios drásticos o repentinos que no puede prever y que generan impactos ostensibles en los planes de negocios para la prestación de servicios. Esta figura es de vital importancia en tanto la normativa competencial en telecomunicaciones es de estructura amplia y genera un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades del sector.

- 19°. Frente al principio de confianza legítima se vislumbra una polémica de diferentes tratadistas de su aplicación al terreno de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, lo que puede generar incertidumbre de su aplicación en el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado Regulador. En esencia, este principio cumple más el carácter de guía a la actuación, para otorgar plazos o medidas que mitiguen los efectos del cambio normativo en los destinatarios que confiaban o podían confiar en su permanencia con razones objetivas. Sólo cuando estos plazos o medidas de transición no se otorgan, se puede comprometer la responsabilidad del Estado. Será un alea ordinario que tendrá que asumirse por el regulado la alteración objetiva de las circunstancias originadas por ejemplo en cambios tecnológicos. Los regímenes de transición no son ajenos al sector de telecomunicaciones y se han utilizado preferentemente para minimizar el impacto de la entrada de competencia en el mercado frente a situaciones consolidadas de operadores incumbentes.

- 20°. Cuando se trate de una acción u omisión legítima del ente Regulador, que por ejemplo puede ser la expedición de una norma regulatoria o la omisión de regular o intervenir en un mercado, en procura del interés general, y sin que estemos en presencia de una falla del servicio, el título de imputación de la responsabilidad del Estado Regulador será el daño especial. Para endilgar dicha responsabilidad se tendrán que cumplir los siguientes

elementos: una acción u omisión legítima del ente regulador- que se convierte en el hecho legal dañino-, un daño anormal y especial y un nexo de causalidad entre dicha acción u omisión o hecho legal y el daño. Este tema reviste importante interés en materia regulatoria, donde hay normas de carácter general, o de carácter particular que se expiden en beneficio del interés general o de un principio que la ley de telecomunicaciones ordenó tutelar. Se debe mirar las cargas y quienes se benefician con las normas, para verificar si para alguno o algunos surge una carga excepcional en desproporción al interés general protegido o al beneficio buscado con la norma, y si se cumplen los demás elementos de la responsabilidad, la(s) víctima (s) estará llamado a ser reparado bajo la teoría del daño especial.

- 21º. El título jurídico para que proceda la reparación de los perjuicios generados por la acción regulatoria legítima, será entonces, la vulneración al principio de igualdad ante las cargas públicas. Nos encontraremos ante un daño antijurídico a propósito del régimen del daño especial, cuando se genera una desproporción entre los beneficios y las cargas impuestas entre los destinatarios o impactados por la norma. En regulación, estaremos ante un Estado Regulador que debe responder patrimonialmente bajo la figura del daño especial cuando las normas generan un sacrificio mayor a una persona que el beneficio esperado o que le reporta la norma o los sacrificios generados a una persona o grupo de personas no se compensan con los beneficios obtenidos por éstas.
- 22º. Las dos causas extrañas que pueden tener mayor injerencia en la exoneración de responsabilidad del Estado Regulador son la culpa de la víctima y el hecho de un tercero. Nos encontraremos ante un hecho de la víctima que genera la exoneración de responsabilidad del Regulador, cuando éste último impone medidas al operador dominante por fallas de mercado generadas por éste, y estas medidas generan un daño antijurídico al mismo. El hecho de un tercero sucede cuando por ejemplo un regulador que interviene el mercado financiero para detener una actividad riesgosa en el mercado generado por un agente sujeto a su intervención, pero los ahorradores sufren perjuicios. El regulador se podría exonerar si demuestra que ese perjuicio realmente fue generado por el agente en el mercado y que no hubo una falla de servicio. Sobre esta responsabilidad se puede tomar como referencia los casos en el sector financiero francés y español referidos en este estudio.
- 23º. Encontramos doctrina que refiere a como en desarrollo de la responsabilidad sin falta, han sido reparados los daños permanentes de los servicios públicos y los daños especiales resultantes de la aplicación de las

leyes y reglamentos. En el terreno francés encontramos ciertas posiciones que cuestionan la aplicación el régimen de daño especial, por las dificultades de calificar un daño especial proveniente de una norma general, en la unión de los caracteres de la especialidad y la anormalidad que deben cumplirse. Según dicha doctrina, otro obstáculo se presenta en la aplicación del régimen de responsabilidad sin falta como es la naturaleza del acto de regulación dirigida al cumplimiento de unos objetivos legítimos. Según una parte de la doctrina, no puede determinarse responsabilidad alguna del Regulador, salvo que la ley haya previsto el derecho a una indemnización.

- 24°. La falla en el servicio será el título de imputación también cuando el Regulador no sigue los procedimientos establecidos para la expedición de las medidas impositivas o por incumplimiento de deberes que le son predicables en el ejercicio de su función o por actuaciones ilícitas o irregulares. A la vez se podrá argumentar falla del servicio cuando el regulador incurra en error regulatorio.
- 25°. Una noción que no ha sido objeto de mucho desarrollo en nuestra doctrina y que nos ocupa, es la responsabilidad por error regulatorio, claramente enmarcable dentro del título de imputación de falla del servicio. Tratándose de las labores regulatorias tendientes a ejercer la vigilancia y control del mercado como aquellas de la CRC dirigidas a establecer medidas regulatorias para promover la competencia y evitar el abuso de la posición dominante, se puede aplicar la teoría del error judicial como generadora de responsabilidad patrimonial.
- 26°. En la doctrina española se muestra los riesgos que genera la actividad regulatoria que hacen muy factible en que incurra en errores. Según dicha doctrina, la probabilidad es mayor en un régimen jurídico de control ex post basado en estudios económicos sobre cambiantes realidades de hecho y en ejercicio de potestades discrecionales o sujetas a conceptos jurídicos indeterminados. Se muestran los riesgos que pueden presentarse en los análisis de los mercados relevantes, dado que esto depende de circunstancias fácticas y de los análisis económicos que pueden no ser correctos. Advierten que los efectos económicos de las medidas regulatorias son más complejos que los perseguidos y el regulador se puede percatar tardíamente de sus consecuencias no deseadas. Además de formular la procedencia de presentar una reclamación de responsabilidad patrimonial con base al marco normativo español, por funcionamiento anormal de los servicios en caso de presentarse un error regulatorio, formulan la dificultad de probarse los daños y perjuicios que éste genera.

- 27°. Visto el marco competencial en Colombia del Regulador de telecomunicaciones, verificamos que sus obligaciones están encuadradas en normas abiertas, que aluden muchas veces a conceptos jurídicos indeterminados como promoción de competencia, maximización del bienestar de los usuarios, entre otros, lo que hará más complejo enmarcar el funcionamiento de la regulación como un servicio defectuoso. La utilización de la figura de falla de servicio tratándose de la regulación puede tener más aplicación en tanto se omita el ejercicio de la regulación por cuanto la única situación que deberá precisar el juez es que existía una obligación de actuar y que se omitió su cumplimiento. Generará un poco más de complejidad determinar el ejercicio tardío de la regulación, en tanto tendrá que revisarse la valoración realizada por el Regulador para decidir no actuar en un determinado momento. Cosa distinta si ni siquiera existe prueba de que valoró no intervenir en dicho momento.
- 28°. Respecto a la responsabilidad del Estado Regulador por falta o falla en el servicio sólo hemos encontrado pocas referencias bibliográficas en Francia. En dicho país la simple falta basta para acarrear responsabilidad, pero tratándose de ciertas actividades delicadas, se exige la falta grave. La falta grave es una exigencia que están realizando los tribunales franceses a instancias de permitir la actuación de la administración en asuntos de gran trascendencia y complejidad. Según dicha doctrina, las propiedades intrínsecas del acto de regulación como un acto invitativo, efectivo e informal, sirven de justificación a la admisión de un régimen de responsabilidad por falta simple. Aunque la falta grave es la excepción en el terreno de la responsabilidad francesa y así ha sido entendida frente a la acción de regulación. Se muestra como existe controversia en los jueces de fondo franceses que consideran que se deben diferenciar las diferentes actividades que están incluidas en la regulación y someterlas a exigencias diferentes. Algunos tribunales han optado por exigir la falta grave respecto a la responsabilidad causada en la acción disciplinaria del regulador. Y otros han optado por sólo imputar responsabilidad por falta simple.
- 29°. La omisión como generadora de responsabilidad puede revestir complejidad en actividades reguladas en las que juegan diversos factores externos y no sólo los hechos imputables al Regulador. Demostrado alguno de estos factores: diligencia del Regulador, la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, queda exonerado el Regulador de toda responsabilidad, como lo hemos visto en casos en Francia y España de exoneración de responsabilidad del Regulador en el sector financiero. Existe entonces un hilo delgado en materia probatoria entre los hechos que generan un daño

antijurídico en actividades económicas y los hechos que se derivan de factores externos o decisiones del propio regulado. Más cuando los daños causados pueden estar vinculados a la actuación del mismo destinatario de la regulación o un tercero y no propiamente del Estado.

- 30°. También existe dificultad, en este y cualquier título de imputación, para verificar si actuaciones o hechos del Regulador con incidencia en actividades económicas, causaron un perjuicio cierto, presente o futuro, y que el perjuicio que se alega no reviste el carácter de probable, incierto o hipotético. Podríamos estar en presencia de un daño eventual, porque existe también la posibilidad de que el hecho dañino tenga el potencial de generar beneficios al mercado y también al destinatario de la regulación que puede considerarse afectado.
- 31°. Lo que sí es cierto es que el Regulador ni los jueces que controlan su actuación, pueden sucumbir ante las dificultades de la acción regulatoria y de corrección del mercado, ni mucho menos los jueces. El Estado en su rol de Garante y Regulador disminuyó la intervención pública en ciertas actividades reguladas como las telecomunicaciones y por ello no puede eximirse de su responsabilidad última de alcanzar los fines públicos que le han sido encomendados, lo que lo obliga a hacer un reforzamiento en su estrategia de supervisión y control estatal, y por ende del control judicial sobre todas las actividades vinculadas al Regulador.
- 32°. En el análisis de casos relevantes encontramos una tendencia en la Comunidad Europea a eximir de responsabilidad a las autoridades nacionales de regulación debido a la tendencia de liberalización económica que está ligada a un mayor ámbito de discrecionalidad a las autoridades comunitarias y las autoridades nacionales con competencia en la ordenación de las telecomunicaciones. Esta jurisprudencia ha influido en las decisiones jurisprudenciales de responsabilidad patrimonial, en tanto las decisiones complejas de la administración, como en el caso de Francia, se miran con cierta laxitud. Esta tendencia se aleja totalmente de un esquema de responsabilidad objetiva de mayor aplicación hoy Colombia en el que el juicio de la responsabilidad recae sobre la antijuridicidad de la lesión y el deber de la víctima de soportar el daño.
- 33°. En los casos internacionales estudiados, en materia de control de la discrecionalidad, se da peso al margen de discrecionalidad al Legislador señalando que el control jurisprudencial debe limitarse a examinar de si adolece de un error manifiesto o una desviación de poder o si el legislador

se ha extralimitado claramente en su facultad de apreciación. Aunque se reconoce dicho margen de apreciación se hace un control de dicha discrecionalidad sobre la base de los parámetros de la misma como son los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

- 34º. El fundamento de la responsabilidad patrimonial en la Comunidad Europea es el desconocimiento de las normas comunitarias, siendo el elemento esencial que se trate de una violación suficientemente caracterizada de la norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a particulares. Otros requisitos que deben cumplirse son: la ilegalidad del comportamiento de las instituciones, la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio que se alega. Para endilgar responsabilidad se le da bastante peso al *margen de apreciación* que tiene la autoridad nacional para aplicar la norma. A menor margen de apreciación, si se infringe la norma se genera una violación suficientemente caracterizada; a mayor amplitud en la apreciación, mayor restricción de la responsabilidad. También juegan en dicho análisis la revisión de si tiene excusas para dicha infracción o para cometer un *error de derecho*.
- 35º. Se estudiaron dos casos en que el Tribunal de Justicia Europeo consideró que el organismo regulador alemán gozaba de un completo margen de configuración y de elección para imponer determinadas obligaciones a los operadores con posición dominante en un concreto mercado. Se desestimó el recurso presentado por un competidor que quería medidas adicionales en contra del operador dominante alemán bajo el argumento que el derecho de regulación posee un amplio margen de apreciación al que asimila al *Derecho de Planificación*, expresión de una libertad de configuración que se extiende a la realización de los mandatos legales de regulación y a la ponderación prospectiva de los problemas a ella conexos. Según una de las sentencias se deben analizar si la medida está justificada y si es adecuada a los fines de la regulación. Según el Tribunal de Justicia Europeo, el control judicial debe ser mínimo, y limitarse a enjuiciar la conformidad de derecho de la ponderación realizada. Los elementos que justificarían según el tribunal un control judicial mínimo serían: (i) La poca densidad normativa, que se concreta con otros elementos (no jurídicos); (ii) la complejidad de la materia y (iii) el carácter técnico del organismo al que se le ha encargado la decisión.
- 36º. Cuando se revisa la proporcionalidad de la decisión regulatoria por el Tribunal de Justicia Europeo otro elemento que también hace parte del control judicial es la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados que han de supervisarse por el juzgador sin limitación alguna para verificar

la aplicación que del derecho realizan los órganos administrativos. El análisis realizado sobre dicha sentencia por la doctrina nota como las valoraciones políticas en la regulación también están enmarcadas por el carácter técnico, lo que soporta aún más nuestro criterio de que inclusive las decisiones políticas deben responder a criterios técnicos. Entre las críticas realizadas por la doctrina a las sentencias del Tribunal de Justicia Europeo sobre esta materia están que el margen de la apreciación del regulador debe estar contenido en la Ley, la que debe decidir y ofrecerle una programación suficiente para ello. La falencia programática de la ley competencial comporta prácticamente una exoneración de la responsabilidad del Estado Regulador.

- 37º. En la doctrina se muestran varios casos en Francia en los que se ha optado por la falta grave para la revisión de la actividad de control del regulador lo que ha sido justificado en la dificultad de la acción pretendida y el respeto del margen de maniobra del regulador. En el sector bancario se busca evitar que el controlador soporte las consecuencias de actos que no son suyos.
- 38º. Las tendencias en España en materia regulatoria y de supervisión son muy estrictas a la hora de determinar si existe una responsabilidad del Estado Regulador. La dificultad en responsabilizar al Regulador radica en que tengan que cumplirse los presupuestos de la responsabilidad: acción u omisión, nexo causal inmediato, daño o perjuicio efectivo individualizado, deber jurídico de soportarlo. La dificultad versa en la verificación efectiva del nexo causal para lo cual dicho organismo utiliza la metodología de la causalidad adecuada.
- 39º. Podemos ver que la tendencia en el sector de telecomunicaciones colombiano es que se utiliza el régimen de responsabilidad contractual, por encima del régimen de responsabilidad extracontractual. En todo caso ya afloran ciertos casos de responsabilidad extracontractual en el sector de telecomunicaciones. La discusión de si se puede equiparar la licencia al contrato, también ha ocupado a nuestros Tribunales para determinar qué régimen de responsabilidad aplicar. Aún con el régimen de autorización general dispuesto en la ley 1341 de 2009, por expresa disposición del artículo 10, la prestación del servicio mantiene un régimen en que el Estado continúa siendo su titular, y el proveedor es un gestor del servicio de telecomunicaciones, por lo cual puede predicarse una mayor responsabilidad del Estado. Esto sin dudas, seguirá marcando las discusiones del régimen de responsabilidad en el sector de telecomunicaciones. Los derechos incorporados en los permisos para el

uso del espectro radioeléctrico, sin lugar a dudas pueden tener la connotación de actos administrativos bilaterales de los que pueden buscarse la reclamación de responsabilidad patrimonial vía contractual.

- 40°. El título que empieza a tener aplicación en materia de responsabilidad extracontractual es el daño especial, que tratándose de normas legales, ha sido de tratamiento escaso en nuestras Cortes.

BIBLIOGRAFÍA

AFANADOR GARCÍA, Fabio Iván. Causales de Exoneración de la Responsabilidad del Estado, Centro de Estudios sobre Gerencia Jurídica Pública, Julio-diciembre 2008.

ALEXY ROBERT, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, Derecho Administrativo y Globalización. Garrigues Cátedra. Universidad de Navarra, Thomson Civitas, Madrid 2004.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo; La Responsabilidad Patrimonial del Estado – Legislador, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Monografías Jurídicas, Madrid Barcelona, 1999.

ARIÑO, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica, Fundación de Estudios de Regulación.

----- . Fallos y logros de los Sistemas Regulatorios, en la obra Regulación, Desregulación, Liberalización y Competencia, Fundación Rafael del Pino, Colección economía y empresa, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid 2006.

----- y CASSAGNE, Juan Carlos, SERVICIOS PÚBLICOS, REGULACIÓN Y RENEGOCIACIÓN, Lexis Nexis, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia; Su proyección para el presente milenio. Bogotá; Ediciones Doctrina y Ley, 2002.

BARCELÓ ROJAS, Daniel A. Responsabilidad Patrimonial del Estado en el sistema español. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos11/respo/respo.shtml>

BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004, citado por QUINCHE.

BLANQUER, David, El control de los Reglamentos Arbitrarios, Prólogo de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, CIVITAS, Primera edición 1998

BOBES SANCHEZ, María José, “Discrecionalidad y Regulación (a propósito de la reciente jurisprudencia del Bvwewg sobre Telecomunicaciones y la Sentencia del TJUE Comisión C. Alemania de 3 de diciembre de 2009, Revista General de Derecho Administrativo 29(2012), revistas@iustel.com.

BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe, Responsabilidad Patrimonial del Legislador, Universidad del Rosario, Legis, Serie Lex Novo, Bogotá, 2007.

CALANDRI, Laurence. Recherche Sur la Notion de Régulation en droit Administratif Francais, L.G.D.J. L’extenso éditions, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

----- . La Estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o las licencias de servicios públicos. Disponible en: <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/LA%20ESTABILIDAD%20DE%20LOS%20DERECHOS%20PATRIMONIALES%20EMERGENTES%20DE%20LAS%20CONCESIONES%20Y.pdf>

----- . “La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo, ED 100-987, citado por la tesis de ALONSO, DIEGO ANDRES, denominada “Poder de Policía en materia de seguros y responsabilidad de la Superintendencia de Seguros por omisión en el control de las aseguradoras, Argentina 2005.

CASTILLO HOLGADO, Antonio. “Innovación tecnológica y regulación en Sector de las Telecomunicaciones y los sistemas de información”, Derecho de la Regulación Económica, IV. Telecomunicaciones, Director Tomás de la Quadra Fernández del Castillo, 2009.

CIRIANO VELA, César David, Administración Económica y Discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.

COLAUTI, Carlos E., Responsabilidad del Estado, Problemas Constitucionales, Rubinzal Culzoni Editores, Argentina, 2003.

DARCACULLETA GARDELLA, M. Merce, La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la Regulación. El debate en la República Federal Alemana. Libro Derecho de la Regulación Económica, I Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Directores: Santiago Muñoz Machado y José Estéve Pardo, IUSTEL y Fundación Instituto de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009

DECRETO 2696 DE 2004. Departamento Nacional De Planeación, Versión aprobada, Bogotá D.C., 01 de diciembre de 2011; Documento Conpes 3107, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación, Política De Manejo De Riesgo Contractual Del Estado Para Procesos De Participación Privada En Infraestructura, Versión aprobada, abril 3 de 2001.

DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas judiciales de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la Jurisprudencia), Cuadernos Civitas, 1990.

DE VIVERO, Felipe. Artículo La Estabilidad Jurídica al Interior de la Regulación, Bogotá, 2009.

DIAZGRANADOS MESA, Santiago, Responsabilidad del Estado por Daño Especial, Universidad Javeriana, Agosto de 2001, Tesis Derecho dirigida por el doctor Alier Hernández.

DOCUMENTO CRT “Análisis del mercado de las comunicaciones originadas en la red fija y terminadas en la red móvil”. Centro de conocimiento del negocio. Marzo 2005.

DOMENECH PASCUAL, Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Actos Jurídicos Ilegales, publicada en Revista de Administración Pública, Madrid, Septiembre-diciembre de 2010.

------. Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?, Revista de Administración Pública, ISSN.0034-7639, núm. 183, septiembre-diciembre (2010), páginas 179-231. Se refiere a sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 5 de marzo de 1996 (Brasserie du Pecheur y Factortame y otros, C-46/93 y C-48/93, secciones 76 y 78.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis, página 259. Citada en la sentencia del 21 de octubre de 1999 antes referida.

ERGER, Thomas. "Protection of private ownership rights against interference by private persons and by government", <http://igidr.ac.in/~babu/law/course.html>

GALEANO, Fernando "Test de Igualdad en la jurisprudencia constitucional", Observatorio Constitucional, Universidad de los Andes. Se puede consultar en: http://www.observatorioconstitucional.com/test_igualdad.pdf

GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo. "Regulación de Servicios Públicos: Hacia donde debemos ir, en Estudios Públicos, No. 83, 2002.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús, La Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

GOMEZ FERRER RINCON, Rafael. "Cambios de Modelo y Derecho. El Derecho Transitorio en la evolución de la ordenación en comunicaciones, libro regulación. Derecho De La Regulación Económica, Iv. Telecomunicaciones, Director: Tomas De La Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo.

------. La transición a la competencia, sus costes y sus posibles compensaciones, Un estudio crítico, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2003.

GOMEZ POSADA, Teoría y Crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia, Universidad Sergio Arboleda, Segunda Edición, Bogotá, Enero 2007.

GUERRA, María del Rosario y OVIEDO, Juan Daniel, La Ley de Tecnologías de la Información y las comunicaciones (L 1341/09), Actualización de un marco legal para un sector en constante evolución.

GUERRA, Sergio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005

HENAO, Juan Carlos, El Daño, Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Julio 1998.

HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier. Daño Antijurídico, Títulos de Imputación y carga de la prueba, Centro de Estudios sobre Gerencia Jurídica Pública, julio diciembre de 2008.

HOYOS DUQUE, Ricardo. La Evaluación jurisprudencial y doctrinaria de la responsabilidad patrimonial del Estado: ¿Un concepto limitado o absoluto? Centro de Estudios sobre Gerencia Jurídica, Bogotá, julio-diciembre de 2008.

JIMENEZ LECHUGA, Javier. La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español, Una visión de conjunto, Marcial Pons, Monografías Jurídicas, Madrid Barcelona, 1999.

JINESTA LOBO, Ernesto. Responsabilidad del Estado Legislador, <http://www.ernestojinesta.com>

LAGUNA DE LA PAZ, José Carlos. “Telecomunicaciones, Regulación y Mercado”, Thomson Aranzandi, Segunda Edición Ampliada, Pamplona 2007.

LEON, José María. Reserva de Administración y Derecho comunitario WP IDEIR nº 7 (2011), Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García. Disponible en: <http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento27973.pdf>

LOPEZ MENUDO, Francisco, GUICHOT REINA, Emilio y CARILLO DONAIRE, Juan Antonio, la Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, Editorial Lex Nova, 2005.

MAGIDE HERRERO, Mariano. Límites Constitucionales de las Administraciones Independientes, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.

MARCOU, Gerard. "Regulación de los sectores de audiovisuales y telecomunicaciones, en la obra la Regulación Económica: Tendencias y Desafíos, Colección textos de jurisprudencia, Primera Edición, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, diciembre de 2004.

MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, 6ta edición actualizada, 1997, Edición Abeledo Perrot, Tomo IV.

MARIN, Hugo. Norma Regulatoria, mito o realidad? Revista digital de Derecho Administrativo, N^o. 3, segundo semestre/2009.

MARMOLEJO GONZALEZ. Las Expropiaciones y Tratados de Protección de Inversiones (Regulatory y Takings and Bilateral Investment Treatis.).

MEDINA ALCOZ, Luis. La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo, Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Thomson Civitas, Primera Edición, España, 2005.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco. La Responsabilidad del Estado Legislador, en la obra Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004.

MIR PUIGPELAT, Oriol. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración hacia un nuevo sistema, Civitas, Madrid, 2002.

MONTERO PASCUAL, Juan José. Derecho de las Telecomunicaciones, Derecho y Tic's, Tiránt le Blanch, Valencia, 2007.

NALLAR DERA, Daniel Mauro. Regulación y control de los servicios públicos, Marcial Pons, monografías jurídicas, administrativo, 2011.

NAVIA ARROYO, Felipe. La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, Revista de Derecho Privado, No. 6, julio/diciembre 2000

OECD, "Indirect Expropriation" and the "Right to regulate" in international investment Law". Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>

PAILLET, Michel, La Responsabilidad Administrativa, Traducción y estudio Introductorio Jesús María Carrillo Ballesteros, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

PITA BRONCANO, Carmen Piedad, La Responsabilidad patrimonial de la Administración disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2163711.pdf

PLAZA FERNANDEZ, Jaime Andrés. Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: régimen de transición para operadores diferentes de los servicios de TPBC. Artículo 68 de la Ley 1341 de 2009. Publicado en la obra Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. TIC- (Ley 1341 de 2009).

POLO FIGUEROA, Juan Alberto. Elementos de derecho administrativo. Segunda edición. Editorial Fundación Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

QUINCHE RAMIREZ, Miguel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano, de la Carta de 1991 y sus reformas, Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás, La Responsabilidad del Estado Legislador. Disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1994_135_103.PDF

ROMERO REY, CARLOS, Los límites a la potestad de planeamiento urbanístico, Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente - Núm. 210, Junio 2004.

ROUYÉRE, Aude. Responsabilité civile et régulation, Éléments d'une recontre en Responsabilité et régulations économiques, Themes commentaires, Presses de sciences Po et Dalloz, Francia, 2007.

RUIZ BORJA, WILSON, Responsabilidad Extracontractual, Ecoe Ediciones, Primera Edición, Enero 2008.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, Grupo Editorial Ibáñez, cuarta reimpresión, Bogotá, 2008.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador. Disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1972_068_057.PDF.

SARRIA OLMOS, Consuelo. Algunos comentarios sobre la evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad civil extracontractual del Estado, publicado en "Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, el Régimen de las libertades, la Responsabilidad de la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003.

SOTO KLOSS, Eduardo. Responsabilidad del Estado, Globalización, Regulaciones y Seguridad Jurídica, Revista Chilena de Derecho, vol. 31 No. 2, 2004.

TAFUR GALVIS, Álvaro. Estudios de Derecho Público. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997.

THURY CORNEJO, VALENTÍN, Control de la actividad administrativa: discrecionalidad técnica y motivación: apuntes a partir de la reciente jurisprudencia española. Disponible en: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168496107&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168490952&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=CM_Revista_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU

TORREGROZA SANCHEZ, Javier Enrique, Responsabilidad Extracontractual del Estado por el Hecho del Legislador, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, Tesis de Grado No. 47, 2007.

TORRES DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la sociedad de la información, Un estudio de derecho administrativo económico, Consejo de Estado, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005.

UNESA, LA LIBERALIZACION DEL SISTEMA ELECTRICO ESPAÑOL Y LOS COSTES DE TRANSICION A LA COMPETENCIA, Madrid, enero de 1999

VARGAS ROZO, Oscar Eduardo. “Autonomía y Arbitrio. Dos paradigmas para el funcionamiento de los Bancos Centrales. Una visión desde el Derecho Público”, en la obra la Regulación Económica: Tendencias y Desafíos, Colección textos de jurisprudencia, Primera Edición, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, diciembre de 2004.

----- . “Discrecionalidad Administrativa: naturaleza, límites y garantías ciudadanas

VIVIANA CLEVES, María José. El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

JURISPRUDENCIA

COMISION EUROPEA

- Conclusiones del abogado general, SR. M. POIARES MADURO presentadas el 1 de octubre de 2009, Asunto C-58/08, Vodafone Ltda., Telefónica O2 Europe plc, T-Mobile International AG, Orange Personal Communications Services Ltda. contra Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform. [Petición de decisión prejudicial de la High Court of Justice of England and Wales, Queen’s Bench Division (Administrative Court)]. Se puede consultar en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=discrecionalidad&docid=72636&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=70468#ctx1>
- Decisión 95/489/CE: Decisión de la Comisión, de 4 de octubre de 1995, relativa a las condiciones impuestas al segundo operador de radiotelefonía GSM en Italia Diario Oficial nº L 280 de 23/11/1995 P. 0049 – 0057
- Decisión 97/181/CE: de 18 de diciembre de 1996 relativa a las condiciones impuestas al segundo operador de radiotelefonía GSM en España. Diario Oficial nº L 076 de 18/03/1997 P. 0019 - 0029
- Impact Assessment Guidelines, 15 January 2009, SEC (2009) 92.

- Caso C-500/01. Se puede consultar en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=en&lng1=en,es&lng2=da,de,el,en,es,fi,fr,it,nl,pt,sv,&val=287525:cs>
- Decisión 97/181/CE, GSM España, DOCE L 76/19.

CONSEJO DE ESTADO.

- Exp. No IJ-001. Actor: VITELVINA ROJAS ROBLES. Ponente, Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007) Radicación número: 16421
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: JACOBO PEREZ ESCOBAR, Sentencia del 26 de agosto de 1983.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Demandado: NACION-MINISTERIO DE TRANSPORTE-INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: JACOBO PEREZ ESCOBAR, Bogotá, veintiséis (26) de agosto (08) de mil novecientos ochenta y tres (1983).
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, sentencia del 31 de octubre de 2007, Radicación número: 11001-03-26-000-1997-13503-00(13503), Actor Actor: SOCIEDAD MINERA PELAEZ HERMANOS & CIA; Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y OTRO
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 20 de febrero de 1989, exp. 4655, C.P. Antonio José de Irisarri
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA; Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia del 9 de mayo de 2011.
- Sección Primera, Sentencia del 2 de agosto de 2008, Exp 2003-00047 M.P Marco Antonio Velilla Moreno
- Sección Tercera, Sentencia del 25 de julio de 2002, exp. 13744, actor Gloria Esther Noreña Benjumea, Ponente, Dra. María Elena Giraldo Gómez.
- Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119
- Sentencia de Octubre 28 de 1976, radicado 1482, Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango.
- Sentencia del 30 de septiembre de 1949
- Sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007), expediente No 16421. Actor: CARLOS SAMMY LÓPEZ MUSTAFÁ, Ponente, Dra. Ruth Stella Correa Palacio.
- Sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074.

- Sentencia de julio 18 de 2002. CP: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. En el mismo sentido: Sentencia de junio 3 de 1993. CP: Dr. Julio César Uribe Acosta. Sentencia de septiembre 23 de 1994. CP: Dr. Julio César Uribe Acosta. Sentencia de 10 de julio de 1997. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA; SUBSECCION B; Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, del 11 de mayo de 2011
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Primera, Sentencia del 16 de abril de 1978, Expediente 2052.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421)
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección tercera, Expediente 3504.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 23 de mayo de 1973, Exp. 978, Actor: Vitalia Duarte Vda. de Pinilla, C.P. Alonso Castilla Saiz.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 28 de octubre de 1976, Exp. 1482, Actor: Banco Bananero del Magdalena, C.P. Jorge Valencia Arango.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421)
- Sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007), expediente No 16421. Actor: CARLOS SAMMY LÓPEZ MUSTAFÁ, Ponente, Dra. Ruth Stella Correa Palacio.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA; SUBSECCION B; Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, del 11 de mayo de 2011.
- Sección Tercera, 3 de mayo de 1990, Expediente 5497, actor Bernardo Méndez, Consejero Ponente Antonio José de Irisarri Restrepo.
- Sentencia de 30 de septiembre de 1949, C.P. Pedro Gómez Parra.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SALA PLENA, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 9 de agosto de 2012, Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045), Accionante: COMCEL S.A., Accionado: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A. E.S.P.

CONSEJO DE ESTADO FRANCES.

- Fallo del 31 de marzo 2003, Ministro de la Economía, las Finanzas y la Industria c/S.A. Laboratorios farmacéuticos Bergaderm.
- Sentencia del 30 de septiembre de 2001 entre el Ministro de Economía de Economía citada por TORRES DE SILVA y LOPEZ LETONA. En este caso se

concluyó que se requiere la culpa grave para declarar la responsabilidad por faltas cometidas en el ejercicio de la supervisión y control de los establecimientos de crédito.

- Fallo del 31 de marzo 2003, Ministro de la Economía, las Finanzas y la Industria c/S.A. Laboratorios farmacéuticos Bergaderm

CORTE CONSTITUCIONAL

- Sentencia C-310 de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-392/07, Sentencia C186 de 2011, sentencia C 974 de 2002 y sentencia C 1162 de 2000.
- Sentencia T-552, Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencia 26 de junio de 2002. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido, ha dicho la Corte: “3. La propiedad privada y su función social constitucional
- Sentencia C-131 de 2004, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C-310 de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-478 de 9 de septiembre de 1998. M.P. Dr. Alejandro Martínez. (Resaltado por fuera del original). En el mismo sentido, revisar: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-147 de 19 de marzo de 1997. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-058 de 4 de febrero de 2002. M.P. Dr. Álvaro Tafur. Sentencia C-168 de 20 de abril de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria
- Sentencias C-022 de 1996, C-1191 de 2001, C-810 de 2007 y C-106 de 2004.
- Sentencia C-038 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO; Bogotá, D.C., primero (1º) de febrero de dos mil seis (2006).
- Sentencia C-092 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Sentencia C-743 de 2011, Magistrado Ponente: Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.
- Sentencia C-478 de 9 de septiembre de 1998. M.P. Dr. Alejandro Martínez. (Resaltado por fuera del original). En el mismo sentido, revisar: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-147 de 19 de marzo de 1997. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-058 de 4 de febrero de 2002. M.P. Dr. Álvaro Tafur. Sentencia C-168 de 20 de abril de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria
- Sentencia C-789 de 2002, Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia T-364 de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia C-131 de 2004, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia T-684A/11 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO

- Número 2407/99 (transformación del título habilitante de Lince Telecomunicaciones S.A., citado por TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA.

- Número 2852/2002 tomado de TORRES DE SILVA Y BLANCO LETONA, obra previamente citada.
- Número 3399/98 relativo a la responsabilidad del Estado Legislador formulada por Canal Satélite Digital, SL), tomado de TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA.
- Número 3399/98 Caso Canal Satélite, retomado de obra de TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA
- No. 1973/94 y TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA, refiriéndose al artículo 139,2 de la Ley 30 de 1992
- Número 1110/2000 (transformación parcial del título habilitante de Madritel Comunicaciones S.A.”, citado por TORRES DE SILVA Y LOPEZ LETONA, obra previamente citada.
- Número 1598/2002 por la reclamación de Telefónica y Telefónica de España.
- Número 1973/1994 que retoma casos del Tribunal de Justicia Europea, tomado de Torres de Silva y López Letona.
- Número 3399/98 relativo a la reclamación de la responsabilidad del Estado Legislador formulada por Canal Satélite Digital.

JUZGADO 28 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, Expediente, 2006-0561. Demandante Claudia Esneda León Ortega y muchos otros. Demandado: Comcel y otros.

LAUDO ARBITRAL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. contra LA NACION - MINISTERIO DE COMUNICACIONES, Bogotá Distrito Capital, dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA,

- SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Bogotá D.C. veintidós (22) de febrero de dos mil doce (2012), MAGISTRADO PONENTE: DR. LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERON, EXPEDIENTE: 250002326000200900826, DEMANDANTE: EPM Telecomunicaciones E.S.P., DEMANDADO: Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES
- SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B, Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil once (2011), Magistrado: Ramiro Pazos Guerrero, Expediente: 2007-0307, Demandante: FLYCOM Comunicaciones S.A. E.S.P
- SECCIÓN TERCERA. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Alberto Vargas. Radicado del proceso: 25000232600020070051601.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A. contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMUNICACIONES LAUDO ARBITRAL Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil nueve (2009).

TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO

- Sentencia del 3 de febrero de 2005 Asunto Chiquita Brands
- Sentencia 15 de junio de 2004, Asunto Di Lenardo.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

- Sentencia del 5 de marzo de 1993.
- STS de 16 de septiembre de 1997.
- STS de 24 de junio de 1994.
- STS de 5 de marzo de 1993, FJ 1º.
- STS del 17 de diciembre de 1981 (RJ5427)
- STS de 4 de julio de 1987, tomado de obra de Domenich Pascual, Gabriel previamente mencionada.