

INTERVENCIÓN PÚBLICA, REGULACIÓN ADMINISTRATIVA Y ECONOMÍA: ELEMENTOS PARA LA DEFINICIÓN DE LOS OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN

*Alfonso Miranda Londoño**
*Carlos Pablo Márquez Escobar***

RESUMEN

Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2004

La tesis que desarrollan los autores establece que la actuación de las autoridades administrativas de regulación, inspección, vigilancia y control han pasado de la aplicación de un derecho administrativo económico policivo, al desarrollo de un derecho administrativo económico, abierto a la canalización de la información derivada de los procesos de mercado y a la concertación entre las autoridades y los destinatarios, interesados o afectados por la regulación.

Los autores se centran en el desarrollo de tres aspectos de la intervención pública en la economía: primero, estudian el papel de la intervención del Estado en las actividades económicas; segundo, analizan el principio de legalidad y su aplicación a la actuación administrativa; y tercero, estudian la relación entre la intervención del Estado en la

* El doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO es abogado y socioeconomista javeriano. Especialista en derecho financiero de la Universidad de los Andes. *Master* en derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en derecho de la competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia —CEDEC—. Socio de la firma Miranda & Jaramillo Ltda.

** El doctor PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR es abogado javeriano, Magíster en economía y se desempeña como profesor investigador en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana.

economía bajo el principio de legalidad, y la regulación económica como instrumento de intervención de la administración pública. Estos tres aspectos les permiten explicar su tesis referida al concepto de regulación y su papel en los procesos de intervención económica, contrastando sus opiniones con la tesis tradicional que justifica la intervención del Estado en la economía referido a la necesidad de corregir las fallas del mercado.

Palabras clave: regulación administrativa; regulación económica; intervención del Estado en la economía; policía administrativa; fallas del mercado; economía austriaca.

ABSTRACT

The author's thesis establishes that the administrative authorities' action of regulation, inspection, surveillance and control has changed to be the application of a administrative law to the development of a economic administrative law, open to the canalization of information derived from market process and the agreement between authorities and regulated industries interested or affected by regulation.

The authors center their views in the development of three aspects of public intervention in economy: first, they study the role of State intervention in economic activities; second, they analyze the principle of legality or the rule of law and its application to administrative action; third, the authors study the relation between state intervention in economy under the rule of law, and the economic regulation as an instrument of public administrative intervention in economy. These three aspects permit them to explain their thesis referred to the concept of regulation and its task in economic the economic intervention process, contrasting their opinions with the traditional thesis that justifies the State's intervention in economy pointed to the need of correction of market failure.

Key words: administrative regulation; economic regulation; public intervention in economy; market failure; Austrian economics.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA
3. INTERVENCIÓN NORMATIVA EN LA ECONOMÍA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD
4. REGULACIÓN ECONÓMICA COMO MECANISMO DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA
5. INTERVENCIÓN MEDIANTE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA
 - 5.1 intervención como mecanismo para remediar las fallas del mercado: análisis y críticas
 - 5.1.1 Análisis del modelo de falla del mercado
 - 5.1.2 Crítica del modelo de falla del mercado
 - 5.2 Nuevas tendencias de la regulación económica: la ley y la regulación como incentivos de acceso al mercado desde la perspectiva austriaca
 - 5.3 El caso del sector portuario colombiano
 - 5.3.1 Estructuración del actual sistema portuario
 - 5.3.2 Integración vertical o competencia al interior del puerto

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El presente documento analiza la evolución de una de las facetas del principio de intervención del Estado en la economía, relacionada con la actuación de las autoridades administrativas de regulación, inspección vigilancia y control, las cuales, en los últimos años, han pasado de la aplicación de un derecho administrativo económico policivo, al desarrollo de un derecho administrativo económico, abierto a la canalización de la información derivada de los procesos de mercado y a la concertación entre las autoridades y los destinatarios, interesados o afectados por la regulación.

Afirmaremos que el proceso de deslegalización y desregulación de las actividades económicas, cuyo objetivo es permitir el funcionamiento de las leyes del mer-

cado, ha llevado a la interacción entre las autoridades estatales y los destinatarios, interesados o afectados por la regulación económica, cuyo objetivo es incrementar el libre flujo de la información y en últimas la eficiencia de los mercados, los cuales funcionan, hoy en día, en un marco jurídico de apertura a la competencia.

Inicialmente el documento se centrará en tres aspectos: el papel de la intervención del Estado en las actividades económicas; el principio de legalidad y su aplicación a la actuación administrativa; y la relación entre la intervención del Estado en la economía bajo el principio de legalidad, y la regulación económica como instrumento de intervención de la administración pública.

Una vez desarrollados los puntos anteriores, profundizaremos en la intervención del Estado en la economía a través de la regulación. Para ello intentaremos explicar el concepto de regulación y su papel en los procesos de intervención económica.

Lo anterior nos permitirá analizar la tesis tradicional que justifica la intervención del Estado en la economía en la necesidad de corregir las fallas del mercado, así como las nuevas propuestas teóricas sobre el espectro y objetivos que debe perseguir la intervención del Estado en la economía.

2. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Tal como lo señala FOUCAULT en *Las palabras y las cosas*¹, para los economistas clásicos, la ciencia económica se reducía al estudio de la riqueza; aunque sus trabajos sirvieron de base al concepto del sistema de mercado, que fundamentó en buena parte el desarrollo posterior de la ciencia económica. Los análisis realizados por estos economistas eran de corte filosófico y estaban centrados en el desarrollo de los conceptos de valor y riqueza², dentro de un marco ético y jurídico de libertad³. Así, los “fisiócratas”, con base en el ideal naturalista de LOCKE, desarrollaron un sistema de pensamiento en el cual la libertad económica era el fundamento ético de la no intervención del Estado en los asuntos empresariales. Por ello sostenían que el equilibrio de los mercados se podía alcanzar mediante el funcionamiento libre de las fuerzas naturales que en ellos operan y no mediante la intervención del gobierno en los asuntos económicos.

Como se puede observar, de conformidad con el pensamiento de los economistas clásicos, el funcionamiento armonioso del sistema de mercado requiere de un

1 FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas*, Editorial Siglo XXI, México, 1999, pág. 164 y sigs.

2 *Ibidem*.

3 Cfr. MISES, LUDWIG VON, *Sobre liberalismo y capitalismo*, Folio, Bogotá, 2000.

marco jurídico que garantice factores tales como el respeto por la propiedad privada⁴ y la libertad de los particulares para perseguir sus fines individuales, en el convencimiento de que al permitir que los individuos persigan de manera individual y por motivos no altruistas sus propios intereses, se logra la colaboración necesaria entre los agentes económicos y la satisfacción de sus necesidades, sin que sea necesario que intervenga el Estado⁵.

En consonancia con la implementación de un sistema de mercado basado en la libre actividad de los particulares, el *rol* del Estado, como lo describía ADAM SMITH,

“...correspondía única y exclusivamente al cumplimiento de tres obligaciones a saber: la primera, consistente en proteger a la sociedad de los violentos y de las agresiones que otros estados pudieran cometer; la segunda, velar por una exacta administración de justicia; y la tercera, la realización y conservación de determinadas obras públicas y determinadas instituciones públicas, cuya producción no es rentable económicamente a los particulares”⁶.

Estas obligaciones del Estado son un reflejo propio de los principios naturalistas propios de la época, los cuales favorecían la garantía de la seguridad, la justicia, la equidad y el bien común.

Las ideas expuestas se constituyeron en el fundamento de escuela clásica económica bajo cuyos postulados se identifica la denominada economía de mercado, dentro de la cual se dio gran preponderancia a la libre iniciativa de los individuos en el desarrollo de sus empresas y se evitó al máximo la intervención estatal.

Se supone que bajo este sistema de pensamiento los individuos actúan impulsados por el afán de obtener y maximizar el beneficio o utilidad de cada uno de ellos, es decir, por la obtención o el logro de sus propios intereses. El interés particular y la ambición o ánimo de lucro, dan pie al desarrollo de la competencia, es decir, a que muchos concurren en la búsqueda de lo mismo y, por ello, compitan por el lucro que ello les proporciona, tanto en la posición de oferentes como de demandantes. Así, el sistema de cooperación permite que se den las condiciones para que se produzcan y consuman los bienes y servicios en el mercado. Con todo, hay una condición previa: este sistema sólo funciona si hay escasez⁷. Se entiende por escasez la insuficiencia, falta o carencia de recursos, para que ellos sean asignados a los agentes

4 HUERTA DE SOTO, JESÚS, *Socialismo*, Unión Editorial, Madrid, 1989, pág. 73.

5 BORDA, R., *Introducción al derecho económico*, Pontificia Universidad Javeriana, 1999, pág. 26.

6 *Ibidem*, pág. 27, citado. Ésta es una clara expresión de la línea de pensamiento del liberalismo clásico expuesto por HOBBS y LOCKE.

7 *Ibidem*. El autor cita como fuente de autoridad de su conclusión el libro de LUDWIG VON MISES, *Human action*, en: <http://www.mises.org>. La versión española es publicada por Unión Editorial, Madrid, 2000.

que los necesitan. La razón por la cual las ideas económicas se fundan en el concepto de escasez salta a la vista: si los recursos no fueran escasos, ¿para qué producir?, ¿para qué competir?

Posteriormente, con la caída del individualismo y los procesos de contracción y depresión de las economías desarrolladas, estas ideas dejaron de ser preponderantes y fueron sustituidas por la idea del fortalecimiento del Estado⁸. Se decía que de no acabarse con el régimen anárquico de la libertad, de no darse al Estado la facultad de *disponer, reglamentar, limitar e intervenir en la libertad* de los agentes del mercado, las consecuencias de la libertad serían el abuso del poder económico, la explotación de los trabajadores y la concentración de los medios de producción en pocas manos⁹.

Por lo dicho se desarrollaron al interior de las escuelas de economía, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, teorías distintas que justifican el desarrollo de la intervención del Estado en la economía.

“Tradicionalmente se ha reconocido que la intervención estatal cumple cinco grandes funciones en un Estado social de derecho: (i) una función de redistribución del ingreso y de la propiedad...; (ii) una función de estabilización económica o de racionalización en el manejo de los recursos públicos...; (iii) una función de asignación de recursos, es decir, de distribución del patrimonio público entre los diferentes órganos del Estado con el fin de cumplir los deberes a él asignados, principalmente, en obligaciones constitucionales indelegables e intransferibles, tales como, garantizar el acceso universal y solidario a la educación y salud...; (iv) una función de defensa a la libre y leal transparencia del mercado, corrigiendo las externalidades que afecten su normal funcionamiento...; y (v) una función de regulación económica y social...”¹⁰.

Esta concepción tradicional de la intervención del Estado en la economía, que responde al marco jurídico-constitucional de algunos estados, resulta un tanto sesgada, ya que incluye algunos de los objetivos que debe tener este tipo de intervención pero olvida otros de gran importancia, dentro del amplio espectro que la caracteriza.

Intervención viene de la raíz latina *intervenire*, que en su principal acepción se refiere a tomar parte, interceder o mediar en algún asunto¹¹. En nuestro caso,

8 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El derecho de la competencia en Colombia”, *Revista de Derecho Económico*, n° IX, 1989, pág. 52 y sigs.

9 La pregunta que surge es: ¿si éste era el fin de la intervención económica, porqué aun hoy, donde la intervención está en sus niveles máximos, los problemas resaltados son incluso más graves?

10 POLO-ROSETO, MIGUEL, “Sobre la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones”, *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, n° 2, JAVEGRAF, Bogotá, 2004.

11 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua española*, en: <http://www.rae.es/>. septiembre de 2004.

hablamos del conjunto de actos del Estado por virtud de los cuales toma parte, intercede o media en la economía. Por economía nos referimos al conjunto de transacciones directas o indirectas, sobre bienes y servicios que se presentan entre agentes en un determinado espacio-tiempo¹². De lo anterior podemos deducir que la intervención del Estado en la economía se refiere al conjunto de actos del Estado por virtud de los cuales toma parte, intercede o media en las transacciones directas o indirectas, sobre bienes y servicios que se presentan entre agentes en un determinado territorio —espacio— y durante un período específico —tiempo.

Desde la anterior perspectiva, podemos identificar a simple vista tres ámbitos en los que el Estado interviene en la economía. En la siguiente figura planteamos un esquema en el que se resume las diferentes facetas del Estado en su actividad de intervención:

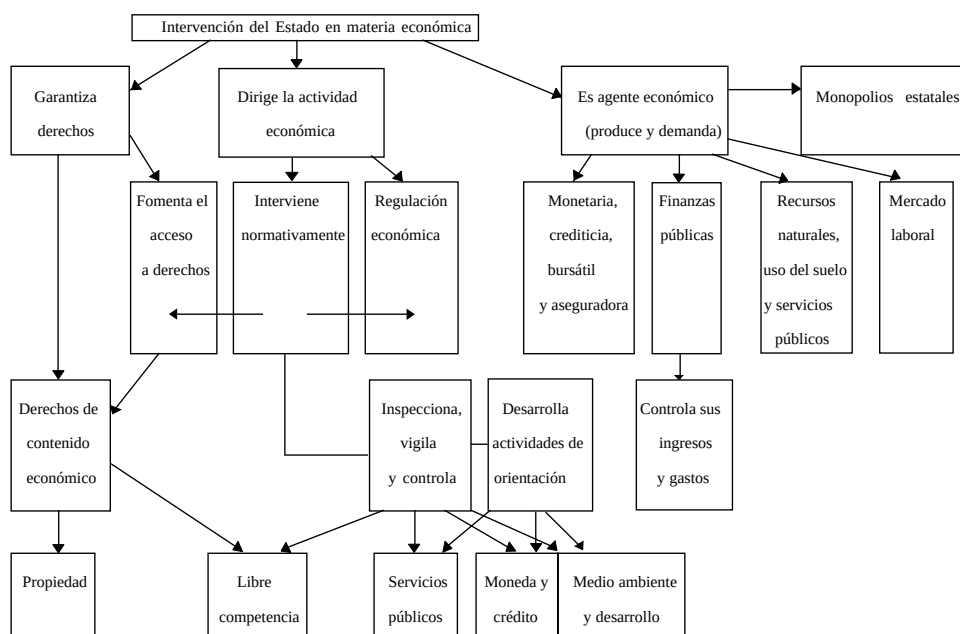


FIGURA 1. Intervención del Estado en materia económica¹³

12 Distinguimos así, economía como ciencia, de economía como administración o economía como ahorro. Véase: Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, en: <http://www.rae.es/> septiembre 2 de 2004.

13 El anterior cuadro fue derivado parcialmente de extractos de diferentes textos. Dado que determinar una nota al pie para cada aparte sería un esfuerzo muy oneroso, simplemente resaltaremos que algunos de los textos de los que provienen apartes de las ideas manifestadas en la figura son: LÓPEZ GARAVITO, LUIS

La intervención del Estado se representa en diferentes facetas que le permiten desarrollar diferentes funciones. En primer lugar, el Estado desde su origen teórico desarrolla una función de garantía. Dicha función consiste precisamente en garantizar los derechos que, para el liberalismo clásico, justifican la existencia del Estado, es decir la seguridad individual y la propiedad. De éstos, pareciera que la garantía de la propiedad se constituye en la principal función del Estado en materia económica, ya que la propiedad garantiza el intercambio, en el cual se basa la economía de mercado. Posteriormente, otros derechos de contenido económico como la libertad de asociación, la libre competencia y los derechos de la información, entre otros, aparecieron en el escenario político y fueron tutelados por el Estado.

De la función de garantía se deriva la de fomento por medio de la cual el Estado interviene en la economía y desarrolla una labor de estímulo o impulso en favor de la población, con el fin de lograr que el mayor número de personas accedan a los derechos garantizados.

La segunda forma de intervención del Estado en los procesos económicos se refiere a su actuación como agente económico, es decir, cuando se comporta como productor o consumidor de bienes y servicios. En efecto, el Estado interviene en el mercado monetario, crediticio, bursátil, asegurador, etc., antes como exclusivo y dominante productor, y en la actualidad como productor (en algunos casos) pero principalmente como consumidor. Del mismo modo, interviene como demandante de mano de obra en los mercados laborales, o bien como proveedor monopolístico de bienes y servicios provenientes de la explotación de monopolios estatales, de algunos recursos naturales o de bienes de su propiedad, entre otras actividades de intervención directa en la economía.

En nuestra opinión, dentro de esta forma de intervención, la función más importante que desarrolla el Estado es la de consumidor de bienes o usuario de servicios, pues de ella se derivan diferentes políticas de incentivo. Del mismo modo, la estructura de los ingresos del Estado, basada de manera principal en los tributos y las multas, le permite una capacidad discrecional para incentivar o disuadir la producción de ciertos bienes o la prestación de ciertos servicios por medio del sistema tributario.

La tercera forma en que el Estado interviene en la economía, es por medio de la actividad de dirección. Como consecuencia de la influencia del socialismo de fina-

FERNANDO, *Intervencionismo de Estado y economía pública*, Universidad Externado, Bogotá, 1998; IBÁÑEZ, JORGE E., *Estudios de derecho constitucional económico*, JAVEGRAF, Bogotá, 2002; ROMER, DAVID, *Advanced Macroeconomics*, McGraw-Hill, 1996; NARANJO MESA, VLADIMIRO, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Temis, Bogotá, 1994; MÁRQUEZ-ESCOBAR, PABLO, *Introducción a la relación entre el derecho y la economía*, colección de ensayos, CEDE, Bogotá, 2004.

les del siglo XIX y principios del XX, las constituciones de muchos países le entregaron al Estado, no sólo la guarda de los derechos a la propiedad y la seguridad como garantía para la operación del sistema de mercado, sino también la facultad de dirigir y regular la economía bajo las directrices contenidas en la Constitución Política y la Ley, a lo cual se ha denominado intervención normativa en la economía.

El objetivo de la intervención normativa es la definición de las restricciones a la libertad empresarial. Dicha potestad, no debe dirigirse a corregir fallas del mercado, ni a buscar un orden económico preciso, sino que debe reflejar la política y los intereses del Estado, los cuales se encuentran plasmados en la Constitución y desarrollados por la ley.

Ahora bien, definidos esos límites de acción, el Estado establece las autoridades u organismos encargados de velar por el cumplimiento de las normas que limitan la actividad empresarial, las cuales actúan en ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control. Adicionalmente. Se otorgan también a las autoridades administrativas, facultades de regulación económica, cuyo objetivo es el de orientar la actividad económica hacia el equilibrio. La regulación económica es la nueva forma de intervención con la cual el Estado impone el orden y equilibrio en las actividades de mercado.

Es claro que lo dicho anteriormente no agota la totalidad de las funciones del Estado, ni mucho menos da un panorama de las relaciones e interacciones de las facultades constitucionales y legales de intervención del Estado en la economía. No obstante, el mapa explica la tesis que proponemos por medio del presente ensayo, según la cual en la actualidad la intervención de Estado en la economía proviene, en términos generales de las facultades que otorga la Constitución y se concreta de manera puntual a través de la regulación administrativa, cuyo objeto es desarrollar el orden y equilibrio de la economía.

La intervención del Estado en la economía fue introducida en Colombia, como parámetro constitucional de funcionamiento del Estado, por medio del Acto Legislativo número 1 de 1936, en el cual se establecía que el Estado intervendrá “...*por medio de leyes*”, con lo cual se dio un primer paso al dotar al Estado de facultades para establecer el marco jurídico de la actividad económica. Aunque antes de dicha reforma constitucional ya se habían expedido muchas leyes que implicaban la intervención del Estado en la economía¹⁴, no existía un principio constitucional de intervención en la economía.

14 Para poner un ejemplo simple, considérense las leyes 25 de 193 y 45 de 1923 por medio de las cuales se crearon el Banco de la República y la Superintendencia Bancaria y se promulgó la primera ley de

El antiguo artículo 32 de la Constitución Política de 1886 fue nuevamente reformado por el Acto Legislativo número 1 de 1945, en el cual se determinó que el Estado intervendría “...*por mandato de la ley*”, con lo cual se introdujo oficialmente la posibilidad de que el Estado interviniera en la economía en forma directa, en competencia con los particulares.

El mencionado artículo fue modificado una vez más mediante el artículo 6 del Acto Legislativo número 1 de 1968, que marcó la llamada descentralización administrativa por servicios, política de intervención directa en la economía a través de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

En la actualidad en Colombia, la intervención del Estado en la economía se encuentra enmarcada de manera precisa en el ordenamiento jurídico, como se puede observar en los siguientes puntos:

El artículo 333 de la Constitución Política establece la libre iniciativa privada y la libre competencia económica como principios fundamentales dentro de lo que se ha denominado la *Constitución económica*.

De manera concordante, la Constitución Política garantiza el derecho a la igualdad (art. 13 CP), la propiedad privada (art. 58 CP), la libertad para escoger profesión u oficio (art. 26 CP), la libertad de asociación, (art. 38 CP) y la libertad de competencia económica (art. 333 CP), los cuales se constituyen en los pilares de la economía social de mercado diseñada por el constituyente de 1991, como una expresión del Estado social de derecho.

La libertad económica y la iniciativa privada son tan importantes en nuestro ordenamiento jurídico, que solamente pueden ser limitadas o restringidas válidamente con autorización del pueblo, expresada a través de sus representantes, en la forma de una ley de intervención económica.

En efecto, no obstante la importancia de estos principios, la misma Constitución Política así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional han señalado que existen unos límites para el ejercicio de la libertad económica.

Así, el inciso 1º del artículo 333 de la CP habla del bien común como límite a la libertad económica y el inciso final de dicha norma señala que,

bancos en Colombia. es evidente que estas normas implican una intervención del Estado en la economía.

“la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”.

Asimismo, el artículo 334 de la CP señala que la dirección general de la economía se encuentra a cargo del Estado, el cual intervendrá,

“(...) en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, (...) para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.

Conforme a las normas anteriores, el Estado puede adoptar diferentes medidas de intervención con el fin de racionalizar la economía y buscar el bienestar y la protección del interés general. Estas medidas de intervención pueden incluso restringir las libertades consagradas en el inciso primero del artículo 333 de la Constitución Política.

En relación con los límites a los que se encuentra sometida la libertad económica, la Corte Constitucional en sentencia C-560 de 1994, con ponencia del magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO señaló lo siguiente:

“El artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero advierte que la libertad a ellas reconocida habrá de ejercerse dentro de los límites del bien común.

La libre competencia económica, si bien es un derecho de todos a la luz del mismo precepto, supone responsabilidades, por lo cual la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social.

Así, en materias como las que tratan las normas demandadas, la Corte estima indispensable recalcar que, a la luz de la preceptiva constitucional vigente y siguiendo el criterio de la prevalencia del interés público en ella consagrado, no puede permitirse que aspectos tales como los límites de endeudamiento de las instituciones financieras, los toques de los créditos que ellas otorgan, las clases y requisitos de las garantías exigidas a los deudores, o los niveles de patrimonio mínimo de quienes ejercen la gestión financiera, queden librados a la más absoluta discreción de los entes participantes o dependan en forma exclusiva de las fuerzas del mercado y del incontrolado juego de la oferta y la demanda. La presencia estatal activa, técnicamente orientada y razonablemente dirigida, dentro de unas políticas globales que preserven el sano y armónico desenvolvimiento de la actividad crediticia, resulta insustituible como garantía para el público y como factor que incide en la solidez del sistema económico en su conjunto”.

Con posterioridad, la Corte Constitucional, en sentencia C-398 de 1995, igualmente con ponencia del magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, reiteró las facultades de intervención del Estado en la economía en los siguientes términos:

“Pero insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 CP) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado.

En un Estado social de derecho, dentro del cual el poder público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones (artículo 334 CP), la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. Ésta se debe dar, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particular. Se trata, al fin y al cabo, de realizar fines esenciales del Estado como los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Preámbulo y artículo 2º CP), en ejercicio de un papel dinámico y activo inherente a su función básica de dirección general de la economía (artículo 334 CP).

A juicio de la Corte, la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios, *como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución*”.

Luego, la Corte Constitucional, en sentencia C-043 de 1998, con ponencia del magistrado VLADIMIRO NARANJO MESA, estableció que la libre iniciativa privada no es un límite para las actividades de intervención y regulación a cargo del Estado:

“(…)en un Estado social de derecho donde el poder público asume responsabilidades tales como la dirección general de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, la libre iniciativa privada no puede erigirse como un derecho absoluto ni como un obstáculo insuperable para la actividad de intervención del Estado, particularmente en materia económica y de servicios públicos. Es así como el propio artículo 333 de la Carta permite el desarrollo de dicha iniciativa privada, pero ‘...dentro de los límites del bien común’ y, a su vez, faculta a la ley para delimitar su alcance ‘...cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”.

A continuación se explicará la relación entre el principio de legalidad y las facultades de intervención en la economía otorgadas a las autoridades administrativas, con lo cual se definirá el concepto de regulación. Posteriormente profundizaremos en los fundamentos económicos de la intervención y la regulación, describiremos las teorías tradicionales que justifican la intervención y luego estudiaremos las nuevas tendencias de la regulación administrativa y del papel del Estado y el derecho en la economía.

3. INTERVENCIÓN NORMATIVA EN LA ECONOMÍA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como quedó enunciado, la regulación se ha constituido en la actualidad en una importante herramienta de intervención del Estado en la economía. Sin embargo, existen diversas opiniones sobre el significado de la regulación y sus efectos sobre la economía, razón por la cual procuraremos describir brevemente el principio de legalidad y la forma en la que se aplica a la actuación administrativa, para luego centrarnos en su relación con la regulación económica como fundamento del principio de intervención pública.

Es importante aclarar, en primer lugar, el significado del principio de legalidad. En términos estrictos, tal como lo ha indicado la Corte Constitucional colombiana, dicho principio tiene una doble condición:

“...de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador”¹⁵.

Acierta la corte colombiana al decir que la legalidad no sólo es un principio del derecho sancionador que se resume en la expresión latina “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”, sino que este principio también se constituye en el fundamento del ejercicio del poder, pues tal como lo establecen las constituciones democráticas modernas, no puede existir ninguna función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos sin previa autorización prescrita y expresa en la ley¹⁶.

De este modo, el ejercicio de las potestades que otorga el ser funcionario del Estado lleva consigo el actuar conforme a la Constitución y a las demás normas

15 Corte Constitucional, sentencia C-710/01, MP JAIME CÓRDOBA TRIBIÑO, julio 5 de 2001.

16 En efecto, mientras que en relación con la actividad de los particulares el principio general es que “*todo lo que no se encuentra prohibido se encuentra permitido*”, el que rige la actividad del Estado y de los servidores públicos en un Estado de derecho es que “*todo lo que no se encuentra expresamente permitido se encuentra prohibido*”. El principio general de la actuación de la administración es el de la “*actividad reglada*.”

que reglamentan el ejercicio del poder público. Este principio se deriva de manera exclusiva de las características generales presentes en el Estado de derecho, según el cual el imperio de la ley, la división de los poderes públicos, la legalidad en las actuaciones administrativas y la garantía de los derechos y libertades fundamentales, se constituyen en los pilares de la teoría contemporánea del Estado¹⁷. Entonces, el Estado de derecho se define por la pretensión de abarcar la totalidad de la acción posible del Estado, el cual debe racionalizar su acción por medio del derecho, que a su vez define los límites al ejercicio del poder y determina la necesidad del trato igualitario de cualquier individuo por el Estado.

De acuerdo con la Corte colombiana, el principio de legalidad “*como principio rector del ejercicio del poder...*” permiten que se entienda el principio de legalidad como una institución jurídica que pone límites a la actuación del Estado. Esto no quiere decir que toda conducta sea objeto de regulación, ni mucho menos que el papel del Estado en el desarrollo de su acción frente a los individuos sea absolutamente pasivo, sino que el ordenamiento jurídico establece reglas para garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes del Estado.

Ahora bien, tal como lo dijimos en la introducción a este texto, la regulación surge como una expresión de las facultades del poder de dirección de la economía en cabeza de la administración, derivados del proceso de deslegalización. Pero antes de examinar este concepto, debemos delimitar el concepto de la intervención administrativa, entendida como el control ejercido por la administración, que tiende a limitar o normar las libertades de los individuos con el fin de mantener el orden económico constitucional. Parafraseando a HAURIU¹⁸,

“la peculiaridad de la intervención administrativa radica en la tendencia a conceder a la administración los poderes para evitar que la actividad privada de los ciudadanos perturbe el orden económico, poderes que incluyen los de imponer limitaciones a la libertad y derechos de los ciudadanos”¹⁹.

La anterior definición nos impone desarrollar una apreciación frente a la vinculación de las potestades de policía de la administración y el principio de legalidad, pues en vista del orden público y del proceso de deslegalización la administración puede establecer ciertos límites a las libertades individuales, que en este caso son libertades de tipo económico. Esa singular adaptación del principio de legalidad a la

17 DÍAS, ELÍAS, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1988, pág. 85.

18 HAURIU, MAURICE, *Precis de droit administratif et de droit public*, Sirey, Paris, 1927.

19 REBOLLO PUIG, MANUEL, “La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”, en: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 1375.

actuación administrativa, debe tener firme asidero en la ley y la Constitución, como ya se explicó. En los términos de REBOLLO PUIG, se puede aseverar que la administración no tiene más poderes sobre los individuos que aquéllos concedidos por la Constitución y la ley. Sin embargo, se acepta que es esencial que el sistema de derecho le confiera a la administración amplios poderes para garantizar el orden, teniendo como límite el derecho positivo²⁰ es decir, la

“habilitación legal no sólo para restringir los derechos fundamentales sino incluso la libertad genérica de los ciudadanos”²¹.

Es preciso por lo tanto definir en qué sentido la potestad intervención permite a la administración, por intermedio de la regulación, desarrollar un conjunto de políticas que tiendan a lograr cierto *orden económico* definido en la Constitución y la ley.

La solución a este punto requiere del planteamiento de las tres aristas del problema: en primer lugar, debemos entender que la administración no define lo que se entiende por orden público económico, sino que sus límites y ámbito de aplicación, dependen de lo que establecen la Constitución y la ley, lo cual indica que es la Constitución la llamada a definir los linderos del concepto de orden económico. En segundo lugar, la intervención del Estado en el desarrollo de las actividades de mercado por intermedio de la administración, tiene como fundamento el poder de intervención, el cual implica un cierto control sobre las libertades de empresa e iniciativa privada que tienen todos los ciudadanos en el desarrollo de sus actividades económicas. Por último, la actividad de policía no se ejerce con base en el poder reglamentario del ejecutivo, sino en desarrollo de las facultades de inspección y vigilancia de la administración, las cuales se expresan en una acción independiente que respeta el marco constitucional y legal de su acción pero no se deriva de una obligación de reglamentación.

Para poder entender un poco más las aristas del problema y el grupo de conceptos que pretendemos desarrollar sobre la intervención pública de la administración en la economía, y sobre todo, de la intervención por intermedio de regulación, debemos primero distinguir qué entendemos por regulación, cuál es su diferencia y relación con la reglamentación y cuál es el papel de la regulación en los procesos de intervención económica.

20 *Ibíd.*, pág. 1376.

21 *Ibíd.*, pág. 1394.

4. REGULACIÓN ECONÓMICA COMO MECANISMO DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Hemos reiterado que la regulación es la nueva forma de expresión de la intervención del Estado en la economía. Además, hemos confirmado que las facultades de regulación otorgadas a las autoridades administrativas se encuentran limitadas por la Constitución y la ley, de tal manera que el principio de legalidad determina los límites al ejercicio de la intervención pública.

La regulación adquirió importancia debido al cambio del modelo proteccionista de desarrollo por el de apertura económica. Los pasos que los países latinoamericanos han dado en su camino hacia la liberalización de los mercados pueden describirse, de manera general, así:

Durante la mayor parte del siglo pasado, los países latinoamericanos aplicaron el modelo de desarrollo cepalino de sustitución de importaciones, a través del cual se pretendió proteger a los productores nacionales de la competencia internacional, con el fin de que la industria pudiera crecer y desarrollarse antes de entrar en contacto con la competencia extranjera.

Bajo el modelo proteccionista, el Estado desarrollaba muchas actividades económicas estratégicas, tales como los servicios públicos esenciales, en forma directa (a través de entidades o empresas de su propiedad), en algunos casos bajo regímenes monopolísticos o actividades legalmente reservadas.

Bajo este modelo económico los servicios públicos se prestaban a precios políticos. El Estado aplicaba la solidaridad mediante el subsidio a la oferta, con el fin de hacer llegar los servicios a la población más pobre. En este escenario, las empresas estatales presentaban problemas crónicos de financiación, ineficiencia, burocratización y politización.

Como consecuencia de lo anterior, el Estado no era capaz de generar empresas de servicios públicos rentables, que extendieran sus redes a la población más pobre y vulnerable y tuviera capacidad para prestar servicios de calidad. Paradójicamente el Estado terminaba prestándole los servicios baratos (pero de mala calidad) a las personas más ricas e influyentes.

Desde finales de los años ochenta, los estados latinoamericanos cambiaron el modelo proteccionista de desarrollo por el de apertura económica, como consecuencia del cual se abrió a la competencia la prestación de los servicios públicos,

generando una separación entre quien establece los parámetros o reglas generales y quien ejerce la actividad regulada²².

En este escenario típicamente se hace primero la privatización de las empresas estatales, con el objeto de maximizar su valor. Posteriormente se procede a la liberalización y desregulación de la actividad, con el fin de permitir el ingreso de nuevos competidores y lograr que actúen las leyes naturales del mercado.

Como consecuencia de la aplicación de estas políticas, los particulares pueden participar en la prestación de servicios públicos en condiciones de libre competencia, bajo el régimen que establezca la ley.

Sin embargo, el Estado debe mantener la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos con el fin de promover la competencia, garantizar la calidad, los niveles de servicios y en general para proteger a los usuarios.

Bajo el sistema de apertura a la competencia los servicios públicos se prestan en condiciones de suficiencia financiera: la tarifa debe cubrir al menos el costo más una utilidad razonable. El principio de solidaridad se aplica mediante la política de contribuciones y subsidios (efecto Robin Hood), con el objeto de que la población más pobre y vulnerable pueda acceder a la prestación de los servicios públicos. El Estado debe completar los subsidios para buscar el servicio universal.

No es posible ocultar la influencia del derecho anglosajón en el desarrollo del concepto de regulación, que como en el caso latinoamericano se funda en la actividad de autoridades administrativas con algún grado de independencia del gobierno central, creadas para intervenir en la actividad económica de los particulares, ya que,

“el nuevo orden de mercado trae consigo la necesidad de nuevos principios de regulación”²³,

principios que apuntan al surgimiento de una nueva forma de organizar²⁴.

22 TORNOS MAS, JOAQUÍN, “La actividad de regulación”, en: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 1327.

23 MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. II, Madrid, 1997, pág. 179,

24 TORNOS MAS, *op. cit.*, pág. 1331.

El concepto de regulación nace vinculado a la creación de nuevos sistemas de administración, los cuales responden a la necesidad de desligar al regulador del regulado en actividades de tipo económico²⁵. En este sentido, el constituyente o el legislador le atribuyen a la administración poderes de intervención que antes no le habían sido conferidas. Ello debido a que,

“hacia mediados del siglo XX la noción tradicional del servicio público entra en crisis, y el modelo del Estado intervencionista propugnado hasta ese entonces, empieza a desaparecer, retornando a la filosofía política, jurídica y económica la idea posrevolucionaria francesa del ‘Estado mínimo’, lo cual se evidencia en el auge de las técnicas privatizadoras y de la liberalización de los servicios”²⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que la regulación no se refiere a las normas generales de intervención en la economía, sino a aquella intervención del Estado, que ejecuta la administración y que tiene como fin la consecución de un orden económico definido en la Constitución. En este sentido, la adopción del concepto es problemática, ya que el desarrollo legal y constitucional del que se deriva la regulación se refiere usualmente a la reglamentación o potestad reglamentaria del ejecutivo, cosa que afecta el sentido de la noción regulación. Asimismo, encontramos que el término regulación es anfibológico, no tiene un sustento semántico claro, se le atribuyen distintos significados en cada legislación, y por ello su funcionalidad jurídica resulta débil. Esta penumbra nos la refleja el autor POLO-ROSETO al indicarnos que en la Constitución colombiana la función de regulación es reconocida en el artículo 365 y,

“consiste en la facultad del Estado de expedir normas de carácter general y/o particular de alcance no sólo jurídico sino también económico e informativo, destinadas a preservar con exclusividad el normal y transparente funcionamiento del mercado, corrigiendo las fallas que atenten contra su habitual estabilidad”²⁷.

Ejemplos como el citado se pueden entrever en la mayoría de las constituciones y sistemas legales latinoamericanos donde no hay un criterio unívoco sobre el tema, y tal como lo señala POLO-ROSETO, aquello que se puede entender como regulación, se suele confundir con reglamentación, del mismo modo que se puede confundir con potestad reglamentaria²⁸; conclusión que nos permite develar la semántica creativa presente en todo aquello que tiene que ver con el concepto regulación²⁹.

25 *Ibidem*, pág. 1338.

26 POLO-ROSETO, *op. cit.*, pág. 12.

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

29 Ejemplo de este modo de aplicar los conceptos sin advertir la equivocidad del mismo, y sobre todo la asimilación a fenómenos jurídicos disímiles de la regulación se puede ver en: IBÁÑEZ, JORGE ENRIQUE,

A pesar de las dificultades, no es imposible describir el fenómeno de la regulación y su diferencia con otras figuras. Al respecto, el tratadista MAISL dice lo siguiente:

“...la reglamentación puede definirse como el encuadramiento jurídico de los comportamientos sociales; y es, en este sentido... un modo de regulación. Pero el término de regulación tiene un sentido más amplio. Se habla de regulación... para designar la acción tendiente a regularizar el movimiento, o asegurar su buen funcionamiento, a mantener el equilibrio. El reglamento jurídico es por tanto un modo de regulación dentro del conjunto de arreglos, ajustes que permiten a la sociedad salvaguardar sus equilibrios”³⁰, así, “el nuevo orden impuesto con la regulación tiene como fundamento posibilitar una acción ordenadora o reguladora, más adaptada a las exigencias... de sectores sensibles, gracias al otorgamiento de las pertinentes facultades a nuevas instancias dotadas de formas de actuación más diversificadas que las propias de la administración pública directa”³¹.

En la anterior línea los tratadistas han desarrollado diferentes teorías con respecto a lo que jurídicamente podemos entender por regulación. Al respecto JONGEN, en un singular ensayo, nos muestra cómo la actividad de ordenación derivada de la regulación es un mecanismo que permite lograr equilibrios en el desarrollo de la actividad privada, por medio de medidas que limitan el ejercicio de la libertad. En este sentido, regular es el

“ejercicio de diversas técnicas jurídicas como la reglamentación, la autorización, o la coacción”³².

La crítica a este concepto radica en que identifica la regulación simplemente con la limitación, cuando en cierto sentido la regulación también permite abrir caminos por medio de técnicas de tipo contractual como los acuerdos ambientales, las cadenas de competitividad o los acuerdos de absorción de cosechas como los que se han visto en Colombia. Incluso la regulación permite recurrir, no sólo a la potestad reguladora, sino también a la potestad de autorización, sanción, y de solución alternativa de conflictos, como es el caso de la mediación, la conciliación y el arbitraje.

“Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria: la división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario”, revista *Universitas* de la Pontificia Universidad Javeriana, n° 106 de diciembre de 2003.

30 MAISL, *Le regulation des télécommunications, changements et perspectives*, RFDA, 1995, 3, 449 y sigs, citado por: TORNOS MAS, *op. cit.*, pág. 1337.

31 JONGEN, *La police de l'audiovisuel*, Bruselas, 1994, pág. 48 y sigs.

32 TORNOS MAS, *op. cit.*, pág. 1339.

En ese sentido, la regulación sirve a los intereses de la administración como mecanismo de ejecución del mandato legislativo que establece el marco de acción de los particulares. Así, la finalidad de la regulación no sólo es imponer el mandato de una norma previa a través de actos administrativos sancionatorios³³, también implica desarrollar una actividad, por intermedio de mecanismos previamente establecidos, que implemente y logre el orden económico ya definido en la Constitución, con el objeto de lograr el equilibrio entre intereses generales y particulares en donde no están plenamente definidos los derechos en conflicto³⁴. Así, podemos identificar la actividad reguladora de la administración como cierta actividad de policía y cierta actividad de la administración que busca el equilibrio entre intereses contrapuestos. Son por lo tanto instrumentos de la regulación el reglamento, la autorización y la sanción, asimismo deben ser considerados en esta categoría otros no tradicionales como el informe, la propuesta, la mediación, el acto administrativo negociado y la solución de conflictos.

Como lo habíamos anticipado, en el caso colombiano, la regulación forma parte de la posibilidad de intervención del Estado en la economía. Consiste en la creación de normas que desarrollan los preceptos constitucionales y legales, por parte de las autoridades administrativas autorizadas para el efecto. En relación con el concepto de regulación ha dicho la Corte Constitucional, en sentencia C-1162 del 6 de septiembre del 2000, expediente D-2863, con ponencia del magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, lo siguiente:

“Ahora bien, se hace necesario que la Corte precise el alcance y las implicaciones jurídicas de la atribución de “regular”, toda vez que si se le otorgara el sentido de sustituir al legislador en estas materias, o el de dictar reglas sobre servicios públicos sin base en las prescripciones legislativas ni en las políticas del gobierno, se violaría la Constitución, y el parágrafo debería ser declarado inexecutable.

“A juicio de la Corte, las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales.

(...).

“Es importante señalar que la regulación es una forma de intervención estatal en la economía, y se convierte en una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales de nuestro Estado (preámbulo, artículos 1, 2, 333, 334, 365, 367 y 370 CP).

33 Recordemos que la palabra sancionar tiene un sentido neutro, no sólo implica la pena sino también la recompensa.

34 TORNOS MAS, *op. cit.*, pág. 1341.

En materia de servicios públicos domiciliarios, debe resaltarse que la regulación —como función presidencial delegable en las referidas comisiones— no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para “completar la ley”, o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República —y, más grave todavía, a sus delegatarios— atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de derecho, entre los cuales se encuentran el principio de separación de funciones de los órganos del Estado (artículo 113 ibídem), el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas (art. 150, numeral 10, CP) y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas.

“En efecto, “completar” según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, significa “añadir a una magnitud o cantidad las partes que le faltan”, y ello implica que “regular” ha sido erróneamente asimilado a “legislar”, en tanto ha sido entendida como la función de llenar los vacíos legales. Y como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga “con sujeción a la ley”, no “para completar la ley”.

“Tampoco resultan ajustadas a la Constitución otras interpretaciones doctrinarias que han venido haciendo carrera en nuestro medio, consistentes en que las resoluciones de las comisiones de regulación “en forma conjunta con la ley forman una proposición jurídica”, y que a diferencia de los decretos reglamentarios pueden “llenar los vacíos legislativos dejados por el legislador”, en la medida en que son actos de creación de derecho.

“Este tipo de interpretaciones es abiertamente opuesto a la Constitución, ya que ellas otorgan a los actos de las comisiones —que la Corte estima subalternos de la política trazada por la ley y por los decretos reglamentarios— un alcance normativo general de alta jerarquía y le confieren la atribución inconstitucional de “crear derecho” en forma compartida con el legislador ordinario, o la de desplazarlo, e incluso la de formulación de normas “como atribución constitucional propia”. Se ha llegado al extremo de definir las disposiciones reguladoras como una “legislación secundaria”, y ello bajo la desacertada importación de modelos foráneos que no encajan dentro de nuestro sistema jurídico, y que han sido acogidos sin tener en cuenta las muy diversas bases fácticas y jurídicas que han moldeado los diferentes sistemas. También se ha dicho erróneamente que, en virtud de la delegación, las comisiones podrían llegar a derogar leyes y aún a dictar normas “de aplicación preferente frente a ellas”, todo lo cual desnaturaliza el concepto mismo de delegación de funciones administrativas, pues excede los límites de ellas, y rompe la estructura de separación funcional prevista en la Constitución (arts. 113 y 150 CP).

“A juicio de la Corte, estas interpretaciones se apartan de los preceptos constitucionales, pues de ninguna forma se puede admitir que órganos administrativos asuman extraordinariamente una función legislativa, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Carta contempla en cabeza del Presidente de la República. Aceptar aquella posibilidad afectaría gravemente el principio democrático.

“Por otra parte, como se ha advertido, la regulación tampoco se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República, y ello por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente (artículo 189, numeral 11, CP). En efecto, esta última disposición constitucional define la potestad reglamentaria como la facultad presidencial para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, mientras que el artículo 370 se refiere a la fijación de políticas generales, con arreglo a ley, en dos materias muy precisas: administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

“Cabe entonces preguntarse: ¿cuál es la naturaleza de la regulación si no es ejercicio de función legislativa, ni tampoco de la potestad reglamentaria?

“Para absolver ese interrogante, es importante tener en cuenta que en la exposición de motivos de la ley bajo estudio, se definió así la función reguladora:

‘La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que *fomenta la competencia* en aquellas áreas donde existe y es factible; *impide el abuso de posiciones de monopolio natural*, donde ésta es ineludible; *desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia* y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor’ (Gobierno Nacional, “Exposición de motivos al proyecto de ley 135 Senado”, *Gaceta del Congreso*, n° 162 de 17 de noviembre de 1992, pág. 21, bastardilla fuera de texto).

“Por su parte, el inciso primero del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, acogiendo los anteriores criterios, señala que las comisiones tienen como fin promover la libre competencia y regular los monopolios, en orden a una prestación eficiente de los servicios. Por contera, las comisiones resultan ser tan sólo órganos especializados de carácter técnico encargados de contemplar en la órbita puramente administrativa, con arreglo a la ley y a los reglamentos y previa delegación del Presidente, las pautas orientadas a intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquéllos y defender los derechos de los usuarios”.

5. INTERVENCIÓN MEDIANTE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

El regulador es una agencia estatal que actúa para desarrollar el orden económico establecido por la Constitución y la ley. Tanto la función de regulación como la de policía administrativa que se requiere para la efectividad de la primera, están sujetas al principio de legalidad.

A continuación estudiaremos la intervención de la administración en la economía a través de la regulación. Explicaremos la tesis tradicional de la regulación como mecanismo para buscar el equilibrio económico y eliminar las fallas del mercado, *versus* las nuevas tendencias de la regulación cuyo objeto es el funcionamiento eficiente de la economía.

5.1. Intervención como mecanismo para remediar las fallas del mercado: análisis y críticas

El debate sobre la intervención del Estado en la economía y la regulación ha evolucionado de manera importante. En una primera aproximación, se consideró que la regulación era necesaria para proteger el interés público (el de toda la comunidad), el cual se encontraría afectado por ciertas ineficiencias, cuya corrección sería un problema de Estado.

5.1.1. Análisis del modelo de falla del mercado

Los problemas que la economía neoclásica busca resolver con la regulación son los derivados de las fallas del mercado, fallas que pueden plantearse en tres supuestos de comportamiento y tres características comunes a todos los mercados competitivos, así:

“1. Los agentes del mercado maximizan racionalmente, son tomadores de precios y no hay barreras de entrada o salida del mercado. Esto quiere decir que ninguno de ellos tiene la capacidad o el poder de, por sí sólo, influenciar los precios del mercado sea por intermedio de las cantidades producidas o de la variación del número de agentes.

“2. Los bienes y servicios transados en el mercado son homogéneos, están en cabeza de propiedad privada y ellos son garantizados por el Estado. Cuando se dice que el bien es homogéneo se busca analizar los bienes de un mercado particular para que puedan ser sujetos a adición como lo que son. Así pues, aun cuando sean bienes sustitutos, para los mercados no es posible sumar peras con manzanas a menos que estemos

estudiando el mercado agregado de las frutas. Por otro lado, los derechos de propiedad y su garantía permiten que la asignación de bienes y servicios del mercado se maneje de forma eficiente.

“3. La información de los participantes en el mercado es simétrica y, por ello, cada uno de los agentes posee previsión perfecta (conoce que quiere hacer cada agente) y completa (conoce la utilidad esperada de cada agente por cada acción). Esto quiere decir que, en el mercado, ninguno de los agentes tiene más información que otro, de manera tal que cada uno conoce que saben los demás y los demás saben que cada uno de los participantes conoce lo que los demás saben, de modo que todos saben que cada uno conoce que ellos conocen los que los demás saben. Así, sin ventajas, todos tienen la capacidad de prevenir perfectamente el comportamiento de los demás, de manera que es posible determinar cuál será el efecto de la acción de cada agente”³⁵.

Complementando podemos establecer que el modelo neoclásico también supone:

“Primeramente, se asume que la unidad básica del proceso económico es el individuo. Entonces, ‘el bienestar social puede ser entendido únicamente como la agregación de bienestar individual; queé es valioso para la economía no puede tener otro significado’ (OGUS, 1994: 23). Segundo, se asume que los individuos se comportan con racionalidad perfecta, esto es, los individuos se conciben como egoístas interesados en sí mismos buscando maximizar su utilidad (ibídem: 23). Tercero, se asume que la información y los recursos circulan libremente, en respuesta a las variaciones de precios”³⁶.

Teniendo en cuenta lo dicho, para la escuela neoclásica, el modelo walrrasiano de competencia perfecta se introduce como el principal objetivo de la regulación, de manera tal que el esfuerzo del Estado se dirige única y exclusivamente a corregir las fallas del modelo de competencia perfecta. Así, el modelo de la falla del mercado surge como una nueva interpretación de aquellas razones por las cuales el modelo de competencia perfecta o modelo general competitivo walrrasiano³⁷ presenta distorsiones. Quizás el principal representante de estos nuevos desarrollos fue PIGOU, quien en su libro *Economía del bienestar*³⁸, estableció que era posible

35 MÁRQUEZ-ESCOBAR, PABLO, “Introducción a la relación entre el derecho y la economía”, en: *Colección de ensayos del Centro de Estudios en Derecho y Economía*, JAVEGRAF, Bogotá, 2004, págs. 47 y 48.

36 FRANCO, DIANA, *Publication theories of regulation*, tesis doctoral, Oxford, 2000. El texto dice: “The neoclassical approach is supported by three main assumptions. Firstly, it is assumed that the basic unit of the economic process is an individual. Hence, “social welfare can be understood only as the aggregate of all individual welfare; what is ‘valuable to society’ can have no other meaning”. (OGUS, 1994: 23). Secondly, it is assumed that individuals behave with ‘perfect rationality’, that is, individuals are conceived as self-interest egoists seeking to maximize their utilities. (ibídem: 23). Thirdly, it is assumed that information and resources flow freely in response to price variations. Individuals, then, possess the necessary information to take their utility-maximizing choices. (ibídem: 23)”³⁸.

37 WALRRAS, LEÓN, *Elementos de una teoría pura de la economía*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

38 PIGOU, A., *Economics of wealfare*, McMillan, 1920.

eliminar las externalidades como falla del mercado, mediante la introducción de una señal al mercado que internalice a la acción la falla del mercado.

En este sentido, la teoría de la intervención por intermedio de regulación, tiene dos objetivos principales. Primero, eliminar la posibilidad de que los agentes del mercado marchen sin control; y segundo, corregir las fallas que puedan impedir la eficiencia del modelo de mercado. Este es el modelo que la Corte Constitucional colombiana ha tomado como orientador de la acción del Estado en la economía. Al respecto, la ya citada sentencia C-1162 del 6 de septiembre del 2000, expediente D-2863, con ponencia del magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, estableció lo siguiente:

“Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del gobierno, a través de los respectivos ministros.

Posteriormente, la Corte Constitucional se volvió a pronunciar sobre el modelo de falla del mercado, por medio de la sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003, con ponencia del magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. En esa oportunidad la Corte estableció lo siguiente:

“La literatura sobre “fallas del mercado” versa sobre este problema³⁹. Fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras.

“Esta Corporación ha analizado situaciones en las que se pone de presente que, en determinadas oportunidades, una falla del mercado puede devenir en un problema constitucionalmente relevante. En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre asuntos relacio-

39 Por ejemplo, desde una perspectiva general sobre diferentes “fallas de mercado”, véanse: STEPHEN BREYER, *Regulation and its Reform*, Harvard University Press. Cambridge, 1982; RICHARD J. PIERCE, JR. and ERNEST GELLHORN, *Regulated Industries*, West Publishing Co, 1994; y JEFFREY L. HARRISON, *Regulation and Deregulation. Cases and Materials*, West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1997.

nados con problemas de información⁴⁰, oferta limitada y abuso de posición dominante⁴¹, bienes o servicios que el mercado no proporciona de manera eficiente⁴², barreras de ingreso al mercado⁴³, externalidades⁴⁴, competencia destructiva⁴⁵ entre otros, en los que

- 40 Por ejemplo, la Corte ha puesto de presente que el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la Constitución permite la existencia de bases de datos, cuya finalidad es garantizar la posibilidad de acceder a información relevante para el mercado. En efecto, “la información veraz en materia financiera protege la estabilidad del sector, pues el otorgamiento de créditos es una actividad que implica riesgos, y por ello es legítimo que las entidades financieras busquen conocer el comportamiento pasado de los aspirantes a préstamos”. Sentencia C-687 de 2002; MP EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, (En esta sentencia, la Corte declaró inexecutable el artículo 19 de la Ley 716 de 2001, el cual fijaba un término de caducidad de los datos financieros negativos de los deudores. La Corte consideró que tal asunto regulaba directamente el derecho fundamental al *habeas data*, razón por la cual, al ser una ley ordinaria, violaba la reserva de ley estatutaria). No obstante, “la consagración de un término de caducidad del dato financiero regula estructuralmente el *habeas data* en materia financiera, pues establece las condiciones de tiempo en que las personas pueden exigir que sea removida una información negativa, que figura en una determinada base de datos” (Ibidem).
- 41 Por ejemplo, en la sentencia T-375 de 1997 (MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), la Corte concedió una tutela interpuesta por un fabricante de velas que había interpuesto una queja de carácter comercial contra la accionada, razón por la cual ésta le había suspendido el suministro de la materia prima (parafina) que requería para la elaboración de las velas. Esta Corporación constató que en la región sólo la accionada distribuía parafina, de manera que la suspensión en el suministro, implicaba para el accionante la imposibilidad de continuar con su actividad económica. La Corte sostuvo: “La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando éstas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aun más el nivel de competencia existente (CP art., 333)”.
- 42 Por ejemplo, en la sentencia T-604 de 1992; MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, la Corte Constitucional decidió una tutela interpuesta por un accionante residente en una zona periférica de una ciudad que consideraba que la omisión de la empresa transportadora encargada de prestar ese servicio público vulneraba su derecho a la libre locomoción, pues no recorría toda la ruta asignada. La empresa prestadora del servicio argumentó que no recorría el último tramo de la ruta asignada debido a que no era rentable. Esta Corporación sostuvo que el transporte público era necesario para garantizar la vigencia de varios derechos fundamentales, que la ruta en su totalidad era rentable y que por lo tanto la empresa tenía la obligación constitucional de cubrir el recorrido completo.
- 43 Por ejemplo, en la sentencia T-425 de 1992 (MP CIRO ANGARITA BARÓN), la Corte conoció de una tutela interpuesta por un accionante a quien se le había prohibido tener máquinas de juegos electrónicos en un establecimiento de comercio, de acuerdo con las normas locales expedidas por el concejo municipal respectivo. La Corte sostuvo que sólo el Congreso tiene facultades para limitar la libertad económica de los ciudadanos.
- 44 Por ejemplo, en la sentencia T-437 de 2002 (MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA), la Corte concedió la tutela interpuesta por un accionante cuyo vecindario era utilizado como terminal de una empresa de transporte. Una de las razones que acompañaron la decisión consistió en que “la empresa accionada utiliza el espacio público, de manera ilegítima y por fuera de lo contemplado en las normas pertinentes, para fines meramente privados —la realización de una actividad empresarial”.
- 45 Este tema ha sido estudiado por la Corte en sentencias de ratificación de tratados internacionales. Al respecto, consultar las sentencias C-178 de 1995, (MP FABIO MORÓN DÍAZ), C-334 de 2002 (MP ÁLVARO TAFUR GALVIS) y C-581 de 2002 (MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ).

se muestra cómo, en ciertas circunstancias, las fallas del mercado afectan los derechos y valores consagrados en la Constitución, lo cual conlleva a la necesaria intervención estatal para orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional.

“Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de “fallas del mercado”. En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones —además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó— se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. Por eso la Corte ha dicho que “[l]a regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia”⁴⁶.

La Corte Constitucional colombiana confunde “regulación” con “intervención normativa” —equívoco común que resaltamos párrafos atrás⁴⁷— fundamenta la intervención del Estado en la economía en la teoría de las fallas del mercado, e inclusive señala que el objetivo de tal intervención es:

“orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional”.

De conformidad con esta concepción, la intervención del Estado en la economía es deseable en tanto en cuanto sirve para eliminar las fallas del mercado, ya que si se permitiera su funcionamiento espontáneo, las fallas resultarían más perjudiciales para los consumidores, como sucede en el caso de las empresas de servicios públicos donde la presencia de costos hundidos (*sunk costs*) impide el fácil acceso al mercado de competidores, lo cual genera barreras de entrada y de salida en el mercado⁴⁸.

46 Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003, mp Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Bogotá D.C., 25 de febrero de 2003.

47 Por ejemplo, el artículo del Dr. IBÁÑEZ resaltado en párrafos anteriores fundamenta su noción de regulación en la sentencia previamente citada, *op. cit.*, págs. 50 a 72.

48 Véase: SPULBER, DANIEL, *Regulation and markets*, Massachusetts, MIT Press, 1989, pág. 43.

Como se puede observar, en esta acepción la regulación opera como un sistema de policía que impone límites a la acción de los agentes del mercado que operan en presencia de fallas del mismo, como por ejemplo en el caso de los monopolios naturales derivados de actividades tales como los servicios públicos, o bien impone cargas de información a los agentes en aquellos eventos en que se pueden presentar asimetrías de información. Dentro de este marco conceptual, el propósito de la regulación es:

“...lograr estados o asignaciones particulares que pueden ser vistas como superiores, en términos de eficiencias de asignación, a situaciones alternativas en las que ninguna intervención legal se lleva a cabo”⁴⁹.

5.1.2. Crítica del modelo de falla del mercado

Esta teoría, según la cual el papel del regulador está dirigido a solucionar las fallas del mercado ha sido objeto de múltiples críticas, las cuales en general se han centrado en tres puntos:

Primero, que otorgar tanto poder a la administración para dirigir el mercado puede llevar a que las consecuencias de la regulación sean incluso más perjudiciales para la economía que la falla del mercado misma.

Segundo, la incompetencia del regulador para analizar fenómenos reales en los que las fallas del mercado recaen sobre problemas de información e incertidumbre y;

Tercero, la “falacia” de la existencia de las “fallas” del mercado, es decir, que lo que sucede no es que se presenten fallas del mercado, sino que esa es la forma en naturalmente funciona el mismo.

Sin embargo, la principal crítica al modelo de falla del mercado tiene que ver con la incapacidad que dicho modelo tiene para enfocar la regulación hacia el interés de la comunidad. En efecto, la búsqueda del interés privado en lugar de la búsqueda del interés público, parece ser el principal efecto negativo de la regulación como respuesta a las fallas del mercado. La razón es simple: la regulación tiende a convertirse en un instrumento de discriminación empresarial, el cual permite que las

49 FRANCO, *op. cit.*, pág. 18. El texto dice: “*is to bring about particular states or allocations which can be viewed as superior, in terms of allocative efficiency, to alternative situations in which no legal intervention takes place*”.

empresas reguladas demanden regulación específica que les de ventajas comparativas con la competencia o frente a los consumidores, y a su vez, es un instrumento por intermedio del cual los políticos pueden responder a demandas de grupos de interés.

Esta crítica, tal como lo explica OGUS, se funda en que la explicación más plausible de la incapacidad de las agencias de regulación para proteger el interés público cuya guarda les ha sido asignada, resulta ser que dichas autoridades han sido subvertidas por presión, influencia y ‘cohecho’ para proteger los intereses de aquellos que son sujetos de la regulación⁵⁰.

Hay diferentes variantes de la teoría de la regulación por interés privado, sin embargo, los trabajos más prominentes sobre el tema son los de PELTZMAN⁵¹ y STIGLER⁵² quienes encontraron que la regulación es *capturada* por la industria y es designada y operada principalmente para su propio beneficio. La razón de lo anterior es que la regulación determina el mayor impacto sobre los beneficios de una compañía en el corto plazo, sobre todo si ésta es monopólica o presenta beneficios adicionales por asimetrías de información. En términos económicos, el regulador no es necesariamente un “buen samaritano”, sino que es también un agente económico que opera bajo incentivos. Del mismo modo, las empresas siempre estarán dispuestas a presionar, influenciar y ofrecer dadas a los reguladores, si la reducción de los beneficios derivados de la regulación es menor al costo esperado de incentivar al regulador a eliminar o imponer una medida de regulación administrativa conveniente al regulado. De ese modo, el regulador quien es un maximizador racional, sobre todo en industrias con carácter monopólico, tendrá un fuerte incentivo a dirigir la regulación hacia los intereses del regulado en la busca de un mayor apoyo político o de algún otro tipo de interés, sea o no patrimonial.

Es evidente que el regulador tiende a comportarse, dentro de su particular marco jurídico y económico, en una forma racional. Es decir, que como todo *homo economicus*, el regulador tiende a adoptar las decisiones que le permitan la maximización de su beneficio:

50 OGUS, 1994, pág. 57. El texto en inglés dice: “*Stemmed from the perception that the ineffectiveness of regulatory agencies in meeting the public interest goals assigned to them could most plausibly be explained by assuming that they had been subverted by pressure, influence, and ‘bribery’ to protect the interests of those who were the subjects of the regulation*”, citado por: FRANCO, op. cit., pág. 30.

51 Véase: PELTZMAN, 1976.

52 Véase: STIGLER, 1971.

“...los individuos son modelados para comportarse de tal manera que maximizan utilidades subjetivas ante las restricciones que enfrentan, y, si el análisis ha de llegar a ser operativo, es necesario establecer argumentos específicos en las funciones de utilidad”⁵³.

En este sentido, el análisis debe fundarse en el individualismo metodológico, según el cual es necesario hacer que en los modelos de comportamiento económico los individuos se entiendan como entes que persiguen su propio interés. Así, se pretende desarrollar una lógica, positiva y consistente, que ligue el comportamiento individual a la acción del regulador como agente de decisión y producción de normas. Lo anterior demanda explicar como es precisamente el proceso político presentando una teoría positiva sobre el entendimiento y la explicación, desde la teoría de la elección racional, de los productos del legislativo y la burocracia administrativa⁵⁴.

Tal como lo dicen MERCURO y MEDEMA citando a GWARTNEY y WAGNER:

*“Public choice analysis is to governments what economic analysis is to the markets. In both cases, the outcomes will reflect the choices of individuals and the incentive structure which influences those choices. In the political arena, the mayor players are the voters, politicians, and the bureaucrats”*⁵⁵.

La teoría de la regulación debe centrarse en el análisis de aquellas reglas políticas que definen el orden colectivo, en las cuales los reguladores toman sus decisiones fundados en un sistema de preferencias. Estas reglas establecen restricciones formales respecto de la capacidad y amplitud de tales elecciones. El principio del *homo economicus* trae al análisis de la elección pública el aspecto positivo. Permite describir y explica, desde dicho postulado, como se comportan los resultados de la política en términos de la elección racional, la maximización de la utilidad de los individuos y los grupos de individuos mientras participan en el proceso de estructuración⁵⁶.

El ejemplo definido por PELTZMAN se basa en la teoría de la elección pública, según la cual hay una disimilitud entre los intereses de los políticos y los de los

53 BUCHANAN, JAMES, *La perspectiva de elección pública*, en: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/buchanan-eleccc-publica.htm>.

54 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 87.

55 WAGNER, RICHARD y GWARTNEY, JAMES, *“Public choice and the conduct of representative government”*, en: *Public Choice and constitutional economics*, editado por: WAGNER, RICHARD y GWARTNEY, JAMES. Greenwich, Con.: JAI Press, 1988, citado en: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 214.

56 Cfr. Mercurio y Medema. *Op. cit.* pág. 88.

electores, de la misma manera en que existe una disimilitud entre los intereses del gerente de una compañía y los de los propietarios de la misma. Esta disimilitud se presenta porque tanto políticos o burócratas como gerentes prefieren sus intereses particulares antes que los intereses colectivos. El modelo indica que los reguladores, que forman parte de la administración tienen un incentivo a maximizar su propio interés, que se expresa, por ejemplo, en la búsqueda de votos que obtendrían haciendo proselitismo desde su posición. En este ejemplo el objetivo del regulador estaría entonces en función de obtención de votos o de la maximización de otro tipo de beneficios, lo cual depende de la riqueza de los grupos de interés, así:

FIGURA 2. El modelo de PELTZMAN⁵⁷



Donde S , representa el exceso del consumidor en función del precio, y p , representa los beneficios de la industria en función del precio. La función de producción de regulación sería M , la cual es una función de s y p , $M(s, p)$. Vemos en la gráfica que el exceso del consumidor es máximo al precio competitivo, $S(p_c)$, y disminuye al precio monopolístico, $S(p_m)$. De ese modo el problema del regulador se deriva de obtener el mayor beneficio de la producción de regulación teniendo en cuenta que tiene dos grupos de intereses que debe satisfacer. De ese modo el regulador seleccionará el régimen regulatorio que maximice la mayoría votante o los ingresos por regular⁵⁸. Entonces, los intereses de los regulados son promovidos por las medidas

57 Spulber, Op. cit., pág. 94.

58 Ibídem, pág. 94 y sigs.

intervencionistas, ya que incluso la presencia de una gran cantidad de normas interviniendo una actividad incentiva a la entrega de dadas y el desarrollo de presiones al regulador y al mismo tiempo, el regulador puede determinar sistemas que maximicen su propio poder, con lo cual impulsará y favorecerá el sistema de incentivos⁵⁹. El resultado es una alta producción de regulación que el regulador justifica por la protección del interés público, pero que en realidad es capturada por el regulado o el regulador⁶⁰.

Este tipo de análisis del regulador y de la actividad de regular, permite comprender lo difícil que es encontrar regulación que verdaderamente proteja el interés público, ya que la autoridad administrativa siempre tendrá incentivos para favorecer a un grupo de interés, en la búsqueda de un beneficio particular. Obviamente, esta ineficiencia no se presenta únicamente en materia de regulación, también en instancias como la administración de justicia el juez tiene un incentivo a producir fallos que se inclinen a favor de uno u otro interés, permitiendo cierto tipo de proselitismo mediante el ejercicio de la función judicial⁶¹.

La teoría de la captura de la regulación desestima la neutralidad de dicho mecanismo y su utilidad para lograr el orden y equilibrio económicos; por el contrario indica que existe todo un mercado político en el que el objeto a transar es la propia regulación⁶². La escuela de la elección pública, liderada por BUCHANAN y TULLOCK, concluye que el modelo de la regulación dirigida a mitigar las fallas del mercado, es decir, el poder de mercado, las externalidades, los bienes públicos y la información asimétrica, no es efectiva para mejorar el bienestar de los ciudadanos. De conformidad con dicha escuela, son mucho mayores los costos derivados de la regulación perversa, a la que también se denomina la falla gobierno o de la administración⁶³. Del anterior análisis se deduce que se debe desarrollar un modelo de intervención

59 BULLARD nos muestra en su texto *Derecho y economía*, cómo la presencia de una gran cantidad de normas hace eficiente para la firma el desarrollo de actividades consideradas corruptas, pues, desde el punto de vista costo-beneficio, la celeridad en el procedimiento derivado de la corrupción y la eliminación de ciertas barreras compensan, no sólo el monto de la dadas, sino incluso el valor esperado de la pena por incurrir en actividades como el cohecho.

60 OGUS, *op. cit.*, págs. 58-73.

61 Un caso importante es el de los magistrados de la Corte Constitucional de Colombia, quienes han desarrollado por intermedio de sus fallos procesos de proselitismo que se dirigen a lograr la elección posterior en cuerpos colegiados de elección popular o de libre nombramiento y remoción favoreciendo a uno u otro interés en el desarrollo de su actividad.

62 FRANCO, *op. cit.*, pág. 20.

63 Cfr. GOTEES, C., "Uncommon common sense vs. Conventional Wisdom: The Virginia School of economics", Fairfax, Center for study of Public Choice, 1991, citado en: *Introduction to the Handbook on Public Choice Theory*, vol. I, editado por: Cambridge University, Cambridge, 1997.

que consulte de manera fiel los objetivos constitucionales, limite las posibilidades de que el gobierno interfiera con los procesos económicos y ayude a reducir las fallas de la regulación.

A partir de las críticas formuladas por la escuela de la elección pública que plantea la captura del regulador y la regulación por parte de los grupos de interés se ha desarrollado un nuevo postulado de intervención estatal, en el cual, la intervención normativa es remplazada por el libre mercado. Según esta tendencia, el mejor modo de sobreponerse a las fallas de la regulación es a través del proceso de privatización, de la eliminación de la concurrencia del regulador con el regulado, la eliminación del modelo monopolístico de prestación de los servicios públicos y la apertura a la competencia en la prestación de éstos⁶⁴. En conclusión, esta aproximación teórica sugiere que el papel de la regulación administrativa no consiste en la corrección o eliminación de las fallas del mercado, ni en la redistribución de la riqueza, sino que se constituye en un mecanismo por medio del cual se comunican e interactúan los múltiples intereses de la pluralidad de agentes que convergen en el mercado y en el proceso, formación y estructura de la regulación⁶⁵. Como se sabe, estas transformaciones ya han comenzado a aplicarse en varios países incluyendo a Colombia.

5.2. Nuevas tendencias de la regulación económica: la ley y la regulación como incentivos de acceso al mercado desde la perspectiva austriaca

A partir de la falla del modelo tradicional, múltiples propuestas sobre la regulación, el regulador y el papel de la ley en la reglamentación de la economía han sido elaboradas por los críticos de este modelo. La regulación ha dejado de ser vista como un estricto método de control, transformándose así en una nueva forma de aproximar el Estado a la industria, para que en un proceso que, asimilado al mercado, el regulador acuerde con el regulado el modo en que se tratarán de lograr las metas que el orden constitucional impone.

Una de las principales escuelas críticas al sistema es la escuela austriaca de economía. El método de la escuela austriaca, dado a conocer por CARL Menger y

64 FRANCO, *op. cit.*, pág. 23.

65 *Ibidem*, pág. 27.

LUDWIN VON MISES⁶⁶, a finales del siglo XIX y principios del XX, es completamente diferente al método de economía neoclásica⁶⁷, y plantea un grupo de postulados que proveen una explicación teórica diferente respecto de las implicaciones y la intromisión o intervención del gobierno en la acción humana. En primer lugar la escuela asume las proposiciones del individualismo metodológico, según el cual los agentes económicos no pueden estudiarse de manera agregada, pues cada agente tiene un complejo sistema de preferencias.

Por otro lado, la escuela austriaca considera que la información y el conocimiento son incompletos, y que no es posible tener toda la información relevante al tomar una decisión económica, dado que la información se encuentra fragmentada⁶⁸ de manera tal que es imposible la omnisciencia que pretende imponer el método neoclásico, así como lograr adquirir toda la información relevante a ningún costo. Ahora bien, la escuela austriaca fundamenta sus pretensiones en el proceso de descubrimiento que es una característica empresarial natural en el ser humano y que consiste en:

“una innata capacidad creativa que le permite apreciar y descubrir las oportunidades de ganancia que surgen en su entorno, actuando en consecuencia para aprovecharlas”⁶⁹.

Consiste en la capacidad típicamente humana para crear y descubrir fines y medios continuamente, teniendo en cuenta que dichos recursos no son dados, sino que son dinámicos. El mercado parte de un proceso de constante innovación, creación y descubrimiento que tiene como móvil la utilidad, que no es exclusivamente influenciada por elementos materiales, sino también por las emociones como lo son el miedo, la desazón, la envidia, el altruismo, etc.⁷⁰. Es la capacidad de descubrir del empresario, la que amplía los caminos a las nuevas oportunidades, en busca de su

66 Al respecto véanse: CARL Menger, *Principios de economía política*, Unión Editorial, Madrid, 1983 y Ediciones Folio, Barcelona 1996; MISES, LUDWIN VON, *Human action*, Scholars Edition, Mises Institute, Auburn, Alabama, 2002; *Sobre liberalismo y capitalismo*, Ediciones Folio, Barcelona, España, 1996. Véase: HAYEK, F.A., *Fundamentos de la libertad*, ediciones Folio S.A., Barcelona, 1997; MURRAY ROTHBARD, *Man Economy and the State*, 4ª edición, The Ludwig von Mises Institute, 2001.

67 HUERTA DE SOTO, JESÚS, “La *Methodenstreit*, o el enfoque austriaco frente al enfoque neoclásico en la ciencia económica”, incluido en *Actas del 5º Congreso de Economía Regional de Castilla y León (Ávila, 28-30 de noviembre de 1996)*, editorial, Junta de Castilla y León, Consejería de Economía y Hacienda, Valladolid, 1997.

68 FRANCO, *op. cit.*, pág. 24.

69 HUERTA DE SOTO, JESÚS, “La libertad de empresa”, en: *Anuario de economía*, Negocios Ediciones, Madrid, 1996, pág. 78.

70 BRENNER, R., “*Betting on Ideas: Wars, invention, Inflation*”, University of Chicago Press, Chicago, 1989, citado por: MACKAAY, E., *op. cit.*, pág. 871. Véase además: ELSTER, JON, “*Emotions and economic theory*”, *Journal of economic literature*, vol. 36, n° 1, March, 1998.

propio interés y progreso. De esta manera, tal como lo expresa KIRZNER, la empresarialidad patentiza la apertura de nuestra sociedad hacia el futuro⁷¹.

El uso de la información genera un proceso espontáneo de coordinación, el cual, se dirige exclusivamente a la elaboración de mecanismos que permitan determinar las preferencias del grupo por intermedio del proceso de descubrimiento. Tal como dice FRANCO citando a LITTLECHILD,

“Los mercados son, entonces, fenómenos orgánicos, esto es, ellos son el resultado de un proceso de descubrimiento que toma lugar en el tiempo y que es caracterizado por una ausencia de conocimiento y una consecuente falta de coordinación, pero también por el aprendizaje y la creciente coordinación”⁷².

En conclusión, los miembros de la escuela austriaca ven la economía y el mercado como un proceso continuo de descubrimiento, coordinación e intercambio, donde el precio es la principal herramienta de información, pues indica como se estructuran las preferencias y mecanismos por medio de los cuales el mercado regula las transacciones⁷³.

Desde este punto de vista, es obvio que para la escuela austriaca, el proceso de intervención del Estado bajo la tesis de la falla del mercado se opone a los procesos de coordinación y descubrimiento, pues la intervención por intermedio de normas y de regulación administrativa impide el proceso dinámico de coordinación y permite la manipulación del derecho a favor de intereses particulares.

Este tipo de intervención tiene como fin imponer las preferencias del regulador en busca de un orden social, en apariencia, deseable. Es decir, el derecho, en particular el derecho público, pretende imponer un cierto orden a los procesos de coordinación, de manera que se genera un grupo de normas que no responden a criterios de conducta, sino a criterios organizacionales⁷⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior y un conjunto de argumentos que sería muy extenso exponer acá⁷⁵, HAYEK desarrolla una distinción entre el derecho privado y

71 KIRZNER, ISRAEL, “El empresario”, en: *Estudios de economía política*, traducido por: JESÚS HUERTA DE SOTO, Unión Editorial: Madrid, 1994.

72 FRANCO, *op. cit.*, pág. 24.

73 HAYEK, FRIEDRICK A., “*The Use of Knowledge in Society*”, *American Economic Review*, XXXV, n° 4; September, 1945, págs. 519-30.

74 FRANCO, *op. cit.*, pág. 24.

75 Recomendamos la lectura de: HAYEK, FRIEDRICK, *Derecho, legislación y libertad*, Orbis, Madrid, 1999.

el derecho público, caracterizando aquél como el derecho que regula la conducta y éste como el derecho que regula la organización. En este sentido, el derecho de conducta o derecho privado, es el derecho de la autonomía de la voluntad negocial, mientras que el derecho público o derecho de la organización se constituye en el derecho diseñado para lograr fines particulares, para suplementar órdenes positivas a ser aplicadas por agencias con las que el Estado opera. En este sentido, el derecho privado provee a los agentes económicos de libertad, para que en el proceso de descubrimiento, puedan definir todo tipo de contratos, acuerdos y demás operaciones que les permitan lograr ciertos fines definidos individualmente por ellos mismos. Por otro lado, el derecho público no permitiría esa expresión de la libertad que permite el derecho privado, pues el derecho público se refiere a relaciones de comando, control y obediencia que están literalmente opuestas a los principios de autonomía de la libertad contractual.

En síntesis, el derecho público, tal como lo conocemos ahora, se constituye en una interferencia en los mercados, que cuando trata de eliminar las fallas del mercado, lo que hace es imponer mecanismos de comando y control que no permiten que el sistema de coordinación libre opere correctamente. En términos normativos⁷⁶, para la escuela austriaca la mejor opción en términos de regulación consiste en la desregulación de los mercados, de tal manera que se apliquen de los principios del derecho privado, que permitan el funcionamiento de los procesos de coordinación fundados en el derecho de propiedad, el derecho de los contratos y la responsabilidad civil.

Para algunos de los más radicales autores de la escuela austriaca, como MURRAY ROTHBARD o HANS HERMAN HOPE⁷⁷, el Estado, en lugar de proveer algún tipo de bien público, provee fallas que impiden completa e irremediablemente el proceso de coordinación⁷⁸. Sin embargo, otros como VON MISES⁷⁹ y HAYEK tienen una percepción más positiva respecto del Estado, ya que simplemente consideran que sus poderes coercitivos respecto de la economía deben ser limitados y dirigidos simplemente la protección del derecho privado, es decir, a determinar un conjunto de procedimientos que permitan la manutención del orden espontáneo.

76 Para un análisis profundo véase: FRANCO, DIANA, *Publication theories*, tesis doctoral, Oxford, 2000.

77 ROTHBARD, MURRAY, *The anathomy of the State*, en: <http://www.mises.org>; también véase del mismo autor: *Man, economy and state*, the scholars edition, Mises Institute, Auburn, Alabama, 2004.

78 También recomendamos la lectura de: ZAMORANO-ARAGÓN, LUIS EDUARDO, "Seguridad o Estado", en: *Ensayos del Centro de Estudios en Derecho y Economía*, JAVEGRAF, Bogotá, 2004.

79 MISES, LUDWIN VO, *Human Action*, the scholars edition, Mises Institute, Auburn, Alabama, 2003.

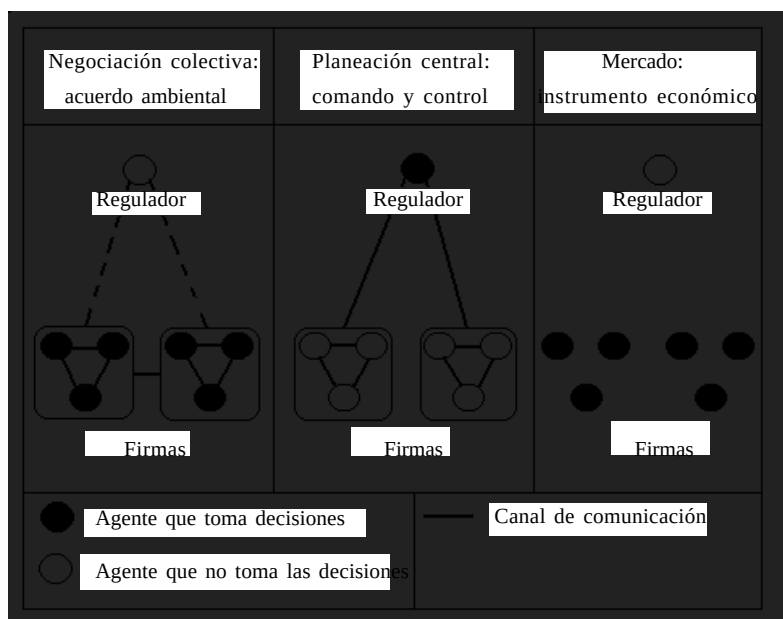
De conformidad con lo anterior, para la escuela austriaca la existencia del Estado se justifica en brindar los medios para lograr la coordinación derivada de los mercados y no un orden preimpuesto y el papel de la regulación administrativa es determinar un conjunto de procedimientos que permitan mantener el orden económico derivado de la libre competencia y la autonomía de la voluntad privada. En ese sentido, si los marcos de acción derivados de la intervención normativa son estrictamente procesales, los mecanismos de regulación administrativa estarán destinados a permitir que la soberanía del consumidor sea un hecho, de manera que los consumidores tengan los procedimientos mínimos para que el cumplimiento de las normas del derecho privado de propiedad, contratos y responsabilidad civil se mantengan en la mejor medida. Del mismo modo, el procedimiento de acción de la administración no puede ser derivado de la imposición, el comando o el control sino uno que imite en la mejor medida al proceso de coordinación presente en todos los mercados, esto es el acuerdo negociado, el informe, etc.

Ejemplo de lo anterior son los acuerdos ambientales o *environmental agreements*, que han dado lugar a múltiples nuevas categorías del derecho público administrativo. Estos acuerdos se constituyen en mecanismos libertarios de política ambiental que eliminan la intervención estatal de comando y control y la intercambia por políticas empresariales voluntarias de protección al medio ambiente fundadas en el derecho de propiedad y los contratos. La esencia de dichos acuerdos es la implementación de mecanismos de negociación entre el agente administrativo regulador y los particulares inmersos en la actividad de mercado. El papel del regulador en el proceso se identifica con el de ser un catalizador del flujo de información al interior del proceso de mercado, mejorando el proceso de coordinación y actuando casi como otro agente.

Tal como lo indica GLACHANT⁸⁰, desde el punto de vista de la estructura de la información los *acuerdos ambientales* difieren de los mecanismos de *comando y control* y de los *instrumentos económicos*. Esto es por varias razones, que explicamos en la figura 3.

80 GLACHANT, MATTIEU, “The cost-efficiency of voluntary agreements for regulatin industrial pollution: a coasean approach”, *International conference on the economics and law of voluntary approaches in environmental policy*, Venice 18-19 november, 1996. En: <http://www.feem.it>.

FIGURA 3. Estructuras de información.



Como podemos apreciar en la figura 3, hay tres tipos de mecanismos de política ambiental, en los cuales se presentan tres tipos de estructuras de información. Así, esta estructura nos permite distinguir a cada uno de la siguiente manera: En el caso de estructura de negociación, donde se encuentran los acuerdos ambientales, y de los mecanismos de comando y control, las firmas tienen la posibilidad de organizarse en grupos de interés, para así lograr más fácilmente los objetivos de la política. Además, según quien toma las distintas decisiones, los mecanismos serán diferentes, pues en la estructura de la negociación y de mercado las decisiones se centran en cabeza de las firmas y su proceso de descubrimiento mientras que en la estructura de la planeación central las decisiones están en cabeza del regulador. Donde radica la diferencia principal está en los canales de comunicación y transmisión de información.

Así, en el mecanismo de corrección de fallas del mercado, no hay comunicación entre las firmas y tampoco entre las firmas y el regulador, razón por la cual las firmas actúan independientemente.

En el mecanismo de planeación central, los canales de comunicación se presentan entre el regulador y los grupos de interés de las firmas, pero no entre grupos de interés, por tanto la comunicación es estrictamente vertical y permite la toma de regulación que ya resaltamos anteriormente.

Por último, en los mecanismos de negociación donde se encuentran los acuerdos ambientales, la estructura de la comunicación es horizontal, entre firmas y grupos de firmas, y en ciertos eventos verticales, entre el regulador y las firmas, permitiendo con ello la formación, cooperación y descubrimiento derivado de la interacción entre agentes y regulador.

Así, vemos que los acuerdos ambientales son mecanismos de política ambiental diferentes de los mecanismos tradicionales. Esto es porque en ellos se presenta una estructura de información y decisión diferente a las de los demás mecanismos pues en ellos es posible la comunicación y la cooperación entre firmas, y la comunicación y cooperación con el Estado. Este último aparte termina siendo el verdadero papel del derecho público, ser un mecanismo que permita la coordinación entre agentes por intermedio de la canalización de los procesos de información. Es mejor que otros mecanismos en tanto que la regulación administrativa mediante los instrumentos económicos, propia del modelo neoclásico, pretende imponer las decisiones de los agentes pues suponiendo que todas las empresas se comportan igual y que sus decisiones se ajustan simplemente al querer del regulador, con ello no hay cooperación entre empresas y el papel de los flujos de información del Estado es indiferente. Por otro lado, en el sistema de planeación central, propio del modelo keynesiano, hay comunicación entre las empresas y el regulador pero las decisiones están siempre en cabeza del regulador, por ello, la cooperación es nula, se presta a la captura del regulador y busca simplemente cumplir con la voluntad política del ente que desarrolla el concepto de orden económico⁸¹.

5.3. El caso del sector portuario colombiano

En Colombia se debate hoy en día sobre la legalidad y conveniencia de la integración vertical de los puertos.

El sector portuario colombiano se encuentra en una importante encrucijada en la que la definición del tipo de intervención que realice el Estado puede ser vital para definir su funcionamiento eficiente y competitivo de los puertos, o bien la protección artificial de la competencia al interior de los puertos.

81 MÁRQUEZ-ESCOBAR, PABLO, “Una aproximación a los acuerdos ambientales como mecanismo alternativo de política ambiental”, revista *Vniversitas*, n° 101, JAVEGRAF, Bogotá, 2002.

5.3.1. Estructuración del actual sistema portuario

Antes de la expedición de la Ley 1ª de 1991, la infraestructura portuaria pública de Colombia era manejada exclusivamente por el Estado a través de COLPUERTOS, una empresa de su propiedad. Los servicios portuarios prestados por COLPUERTOS eran de vital importancia para el desarrollo del comercio exterior de Colombia y de la economía nacional.

Durante los 32 años que duró la administración y operación del sistema portuario en cabeza de COLPUERTOS, se presentaron problemas relacionados con bajos niveles de gestión y eficiencia operacional, así como altos costos y deficiente actualización tecnológica. En adición a lo anterior, la empresa se vio afectada por la presión ejercida por el sindicato, cuyas demandas económicas encarecieron excesivamente la prestación de los servicios portuarios.

Durante esa etapa, los sobrecostos ocasionados al comercio exterior colombiano por la operación monopolística e ineficiente que COLPUERTOS hacía de la infraestructura portuaria, no fueron percibidos como un problema importante, ya que Colombia, al igual que la mayor parte de América Latina, aplicaba un modelo cepalino de desarrollo, basado en el proteccionismo arancelario, cuyo objetivo era la sustitución de importaciones.

El cambio del modelo de desarrollo, del proteccionismo a la apertura económica, hizo evidente que la ineficiencia del sistema portuario colocaba a Colombia y a sus productos de exportación, en una importante desventaja competitiva en un entorno globalizado, lo cual se traducía en un efecto negativo sobre el empleo, el bienestar y el desempeño general de la economía.

La reestructuración del sistema portuario colombiano tuvo por lo tanto su origen en la necesidad de encontrar un esquema portuario más eficiente y competitivo, que respondiera a los retos del mundo globalizado y permitiera una más efectiva comercialización de los productos colombianos en el exterior. Para lograrlo, se abrió paso la idea de vincular el capital privado al sector con el fin de lograr que se actualizara la infraestructura y se aplicara una administración más efectiva y eficiente a la misma.

Así, las cosas, el espíritu que iluminó el proceso de reestructuración fue la construcción de un entorno que posibilitara la competitividad de los productos nacionales en el exterior. Para el efecto se diseñó un sistema portuario en condiciones de competencia, en el cual es posible crear puertos privados y también operar la infraestructura del Estado que anteriormente era operada por COLPUERTOS, todo ello a través del sistema de concesión.

5.3.2. Integración vertical o competencia al interior del puerto

El sector portuario fue reestructurado por medio de la Ley 1ª de 1991, la cual fue expedida el día 10 de enero, o sea antes de que fuera promulgada la actual Constitución. Por medio de dicha ley y en desarrollo de la garantía de libertad de empresa e iniciativa privada bajo la posibilidad de intervención del Estado, consagrada en el artículo 32 de la Constitución de 1886, se estructuró un sector portuario en competencia y abierto a la participación del capital privado, pero bajo la dirección e intervención del Estado⁸².

De conformidad con lo previsto en la ley, el objetivo de la intervención estatal en el sector portuario es el de planificar y organizar las actividades portuarias, ya que se considera que,

“... La creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta Ley, son de interés público”.

Como consecuencia de la aplicación del principio de libertad de empresa, se garantiza a las personas la libertad de trabajar en el sector portuario sin tener que obtener permisos ni estar obligadas a participar en organizaciones o sindicatos; y el derecho que tienen las sociedades portuarias y los usuarios de los puertos a no tener que emplear más personal del que consideren necesario.

En concordancia con la apertura del sector portuario a la participación del capital privado, se consagró el principio de suficiencia financiera, de conformidad con el cual las sociedades portuarias deben adoptar tarifas que cubran sus costos y gastos incluyendo la depreciación, de tal manera que se remunere de manera adecuada el capital de sus accionistas.

Lo más relevante para el análisis que nos ocupa, es que la ley consagra de manera directa la prohibición de realizar prácticas restrictivas y desleales de la competencia y establece que,

“Las sociedades portuarias, oficiales, particulares y mixtas y los operadores portuarios que desarrollen actividades en los puertos de servicio público, deben adelantarlas de acuerdo con reglas de aplicación general, que eviten privilegios y discriminaciones entre los usuarios de sus servicios; y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar la competencia desleal o crear prácticas restrictivas de la misma”.

82 De conformidad con el artículo 1º de la ley, “Tanto las entidades públicas, como las empresas privadas, pueden constituir sociedades portuarias para construir, mantener y operar puertos, terminales portuarios o muelles y para prestar todos los servicios portuarios, en los términos de esta Ley”.

El anterior esquema resulta absolutamente concordante con los principios consagrados en la Constitución de 1991. En efecto, el principio de libre competencia económica fue elevado a rango constitucional por el artículo 333 de la actual Constitución. Adicionalmente, los servicios públicos resultaron abiertos a la competencia, de conformidad con lo establecido por el artículo 365 de la misma Constitución, según el cual los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, están sometidos al régimen que establezca la ley y pueden ser prestados por el Estado en forma directa o indirecta, por las comunidades organizadas o por los particulares.

La Ley 1ª de 1991 se preocupa por estructurar un sector portuario en condiciones de competencia, para lo cual prohíbe de manera general la realización de prácticas restrictivas y desleales de la competencia entre sociedades y operadores portuarios y establece en el artículo 22 un régimen especial para preservar la libre y leal competencia entre sociedades portuarias.

Sin embargo, el régimen especial de libre competencia para el sector portuario no prohíbe la integración vertical de los servicios portuarios. En efecto, dentro de las facultades que la Ley 1ª de 1991 otorgó a las sociedades portuarias se encuentra la de prestar directamente los servicios de operación portuaria o contratar esos servicios con terceros⁸³.

Por el contrario, el esquema está diseñado para incentivar la competencia entre sociedades portuarias y permitir la integración vertical dentro de cada puerto, con el objeto de que éstas puedan buscar una mayor eficiencia. De conformidad con la Ley 1ª de 1991, la administración y operación de los puertos es al mismo tiempo una obligación y una prerrogativa de las sociedades portuarias, las cuales pueden decidir si prestan de manera directa los servicios portuarios, o si por el contrario lo hacen a través de operadores portuarios.

Algunas de las decisiones inherentes a la eficiente administración y operación de los puertos, son las relativas al ingreso de personal, equipos y mercancías a un terminal portuario. Es evidente que estas actividades deben ser ordenadas y limitadas por el administrador del puerto, ya que su proliferación desordenada generaría ineficiencias, provocaría la incorrecta utilización de los recursos y pondría en peligro la seguridad de las personas, instalaciones y mercancías que se encuentran en el puerto, por todo lo cual tendrían que responder las sociedades portuarias, a quien les fueron entregadas las instalaciones en concesión, precisamente para que vela-

83 Artículo 30 de la Ley 1º de 1991.

ran por el funcionamiento de los puertos y de los servicios portuarios en forma permanente, eficiente y segura.

A pesar de lo anterior, el gobierno expidió el decreto 838 de 1993, que en el numeral 13 de su artículo 23 prohibía a las sociedades portuarias prestar servicios de operación portuaria, a menos que ello fuera necesario por razones técnicas o porque no existiera otra alternativa.

Como se puede observar, el decreto reglamentario mencionado pretendía establecer de manera obligatoria el funcionamiento de competencia al interior de cada puerto, y un límite artificial a la integración vertical del puerto en cabeza de las sociedades portuarias, sin considerar que en muchos casos la integración vertical de los servicios portuarios permite incrementar la eficiencia al interior de cada puerto e incrementa la eficiencia entre puertos. En este sentido se considera, en concordancia con los principios constitucionales y legales, que la competencia a proteger es la competencia entre puertos y no al interior de cada puerto.

El decreto 838 de 1993, sería un claro ejemplo de intervención normativa para solucionar una aparente falla del mercado que consiste en la tendencia a la integración vertical del mercado o si se quiere a la monopolización de la prestación de los servicios al interior del puerto. Afortunadamente la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de sentencia del 24 de julio de 1997, con ponencia del magistrado CARLOS BETANCUR JARAMILLO, expediente 12.691, declaró la nulidad del numeral 13 del artículo 23 del decreto 838 de 1993.

En el mismo sentido, la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 13 de agosto de 1993, con ponencia del magistrado MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, expediente 2217, declaró la nulidad del artículo 5 de la Resolución 113 de 1992, por medio de la cual se limitaba el objeto de las sociedades portuarias, excluyendo el servicio de operación portuaria, para que pudieran ser favorecidas con el otorgamiento de una concesión.

CONCLUSIONES

El derecho público se encuentra en proceso de transformación, como consecuencia de la cual está surgiendo una administración pública ágil, desligada de las funciones de comando y control y destinada exclusivamente al estímulo de la autorregulación derivada de la desregulación. Tal como lo indica GASPAR ARIÑO, la

huida del derecho administrativo se manifiesta, entre otros fenómenos, por intermedio de la “privatización” del propio derecho administrativo⁸⁴.

En este sentido, podemos reafirmar que el derecho administrativo de la regulación, junto con el fenómeno de la desregulación, se constituye en un nuevo mecanismo de intervención que permite la aplicación de los principios generales del derecho privado para agilizar el funcionamiento de los procesos de coordinación e información propios de los mercados fundados en el derecho de propiedad, el derecho de los contratos y la responsabilidad civil.

Por lo anterior, podemos ver que el nuevo papel del derecho y del derecho público referido a la regulación económica principalmente, está dirigido a la eliminación de la excesiva reglamentación, a formar parte de los procesos de flujo de información, transmisión de conocimiento, descubrimiento y coordinación de los mercados, por medio de la libertad en lugar de la imposición. De este modo, el derecho de la regulación podrá ser efectivo, si evita la imposición de una idea irreal de lo que es el mercado competitivo, busca simplemente coordinar (equilibrar) y mejorar los proceso de información entre agentes del mercado, y estructura autoridades públicas que operan como otro agente que contrata, negocia e informa dentro del mercado. Así, si en lugar de tratar de limitar las oportunidades de acción de los agentes, dentro del contexto empresarial, indica un nuevo grupo de mecanismos que definan los procedimientos que faciliten el acceso a mercados por intermedio de las normas de propiedad y de los contratos, el derecho de la regulación eliminará su intrusividad y permitirá obtener mejores niveles de eficiencia y satisfacción de las necesidades de los consumidores, a pesar de lo cual continuará siendo intervención del Estado en la economía.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ GASPAS, *Principios del derecho público económico*, Editorial Comares, Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999.

BORDA, R., *Introducción al derecho económico*, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

BRENNER, R., *Betting on Ideas: Wars, invention, Inflation*, University of Chicago Press, Chicago, 1989.

BULLARD GONZÁLEZ, ALFREDO, *Derecho y economía*, Palestra, Lima, 2003.

84 ARIÑO ORTIZ GASPAS, *Principios del derecho público económico*, Editorial Comares, Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, pág. 45, citado por: ESCOBAR, LINA, “La huida del derecho administrativo”, *Revista Holística Jurídica*, Universidad de San Buenaventura, Medellín, 2004.

- CARL MENDER, *Principios de economía política*, Unión Editorial, Madrid 1983 y Ediciones Folio, Barcelona, 1996;
- DÍAS, ELÍAS, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1988, pág. 85.
- ELSTER, JON, “Emotions and economic theory”, *Journal of economic literature*, vol. 36, n° 1, March, 1998.
- ESCOBAR, LINA, “La huida del derecho administrativo”, *Revista Holística Jurídica*, Universidad de San Buenaventura, Medellín, 2004.
- FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas*, Editorial Siglo XXI, México, 1999.
- FRANCO, DIANA, *Publication theories*, tesis doctoral, Oxford, 2000.
- GLACHANT, MATTIEU, *The cost-efficiency of voluntary agreements for regulatin industrial pollution: a coasean aproach. International conference on the Economics and law of voluntary approaches in environmental policy*, Venice 18-19 november, 1996, en: <http://www.feem.it>.
- GOTEES, C., *Uncommon common sense vs. Conventional Wisdom: The Virginia School of economics*, Fairfax, Center for study of Public Choice, 1991.
- HAURIUO, MAURICE, *Precis de droit administratif et de droit public*, Paris: Sirey, 1927.
- HAYEK, FRIEDRICK A., *Fundamentos de la libertad*, ediciones Folio S.A., Barcelona, 1997.
- HAYEK, FRIEDRICK A., “The Use of Knowledge in Society”, *American Economic Review*, XXXV, n° 4; September, 1945.
- HAYEK, FRIEDRICK, *Derecho, legislación y libertad*, Orbis, Madrid, 1999.
- HUERTA DE SOTO, JESÚS, “La libertad de empresa”, en: *Anuario de economía*, Negocios Ediciones, Madrid, 1996.
- HUERTA DE SOTO, JESÚS, “La Methodenstreit, o el enfoque austriaco frente al enfoque neoclásico en la ciencia económica” incluido en *Actas del 5º congreso de economía regional de Castilla y León (Ávila, 28-30 de noviembre de 1996)*, editorial, Junta de Castilla y León, Consejería de Economía y Hacienda, Valladolid, 1997.
- HUERTA DE SOTO, JESÚS, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, Unión Editorial, Madrid, 1999.
- HUERTA DE SOTO, JESÚS, *Socialismo*, Unión Editorial, Madrid, 1989.
- IBÁÑEZ, JORGE ENRIQUE, *Estudios de derecho constitucional económico*, JAVEGRAF, Bogotá, 2002.
- IBÁÑEZ, JORGE ENRIQUE, “Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria: la división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o

- reglamentario”, revista *Vniversitas* de la Pontificia Universidad Javeriana, n° 106 de diciembre de 2003.
- JONGEN, *La police de l’audiovisuel*, Bruselas, 1994.
- KIRZNER, ISRAEL, “El empresario”, en: *Estudios de economía política*, traducido por: JESÚS HUERTA DE SOTO, Unión Editorial, Madrid, 1994.
- LÓPEZ GARAVITO, LUIS FERNANDO, *Intervencionismo de Estado y economía pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- MAISL, *Le regulation des télécommunications, changements et perspectives*, RFDA, 1995.
- MÁRQUEZ-ESCOBAR, PABLO, “Introducción a la relación entre el derecho y la economía”, en: colección de ensayos del *Centro de Estudios en Derecho y Economía*, JAVEGRAF, Bogotá, 2004.
- MÁRQUEZ-ESCOBAR, PABLO, “Una aproximación a los acuerdos ambientales como mecanismo alternativo de política ambiental”, revista *Vniversitas*, n° 101, JAVEGRAF, Bogotá, 2002.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El derecho de la competencia en Colombia”, en: *Revista de Derecho Económico*, n° 9, 1989, pág. 52.
- MISES, LUDWING VON, *Human Action, Scholars Edition*, Mises Institute, Auburn, Alabama, 2002.
- MISES, LUDWING VON, *Sobre liberalismo y capitalismo*, Ediciones Folio, Barcelona, España, 1996.
- MISES, LUDWING VON, *Sobre liberalismo y capitalismo*, Folio, Bogotá, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, vol. II, Madrid, 1997.
- PIGOU, A., *Economics of wealthfare*, McMillan, Londres, 1920.
- POLO-ROSETO, MIGUEL, “Sobre la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones”, *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, n° 2, JAVEGRAF, Bogotá, 2004.
- REBOLLO PUIG, MANUEL, “La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”, en: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ROMER, DAVID, *Advanced Macroeconomics*, McGraw-Hill, 1996;
- NARANJO MESA, VLADIMIRO, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Temis, Bogotá, 1994.
- ROTHBARD, MURRAY, *Man Economy and the State*, 4a edición, The Ludwig von Mises Institute, 2001.
- ROTHBARD, MURRAY, “*The anathomy of the State*”, en: <http://www.mises.org>.; también ver del mismo autor: *Man, economy and state*, the scholars edition, Mises Institute, Auburn, Alabama, 2004.
- SFULBER, DANIEL, *Regulation and markets*, MIT Press, Massachusetts, 1989.

The Handbook on Public Choice Theory, vols. I y II, editado por: Cambridge University, Cambridge, 1997.

TORNOS MAS, JOAQUÍN, “La actividad de regulación”, en: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

WAGNER, RICHARD y GWARTNEY, JAMES, “Public choice and the conduct of representative government”, en: *Public Choice and constitutional economics*, editado por: WAGNER, RICHARD y GWARTNEY, JAMES, Greenwich, JAI Prees, Connecticut, 1988.

WALRRAS, LEÓN, *Elementos de una teoría pura de la economía*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

ZAMORANO-ARAGÓN, LUIS EDUARDO, “Seguridad o Estado”, en: *Ensayos del Centro de Estudios en Derecho y Economía*, JAVEGRAF, Bogotá, 2004.