

LAS FUNCIONES JUDICIALES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

*Jorge Dussán Hitscherich**

RESUMEN

Uno de los principales logros del Estado liberal fue el establecimiento del principio del balance de los poderes mediante su separación, como reacción al absolutismo monárquico. Sin embargo, en la medida que las relaciones entre los individuos son más intensas, vertiginosas y complejas debido a que vivimos en un mundo cada vez más interdependiente y tecnificado, el Estado ha tenido que adaptar sus instituciones a los retos de la sociedad moderna. Como una manifestación de ese cambio, las funciones del poder ejecutivo van más allá de la “cumplida ejecución de la ley”, de manera que desde hace tiempo se le reconocen poderes de intervención sobre diversas manifestaciones de la vida, en especial mediante el ejercicio de las denominadas funciones de policía administrativa, que conllevan el ejercicio de facultades como la regulación y el control, cuyo alcance y dinamismo han permitido que ocupe espacios atribuidos antes a las otras ramas del poder, lo cual no deja de producir graves inquietudes sobre la forma como estas decisiones pueden afectar el Estado de derecho.

Fecha de recepción: 6 de abril de 2005

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con título de especialista en derecho comercial de la misma universidad. Profesor universitario de servicios públicos y derecho de las comunicaciones y asesor en estas materias para empresas de telecomunicaciones. Consultor-investigador del Instituto para la Conectividad de las Américas, apoyado por el Gobierno de Canadá.

Este cambio se ha visto reforzado en nuestro medio por la crisis operativa de la rama judicial, de manera que ante la acumulación de procesos se ha optado por transferir el conocimiento de algunos asuntos a las autoridades administrativas. Precisamente, el presente documento se refiere a las implicaciones que tiene la Ley 446 de 1998, que asignó funciones judiciales a algunas entidades de la rama ejecutiva, y quiere sentar una crítica a sus autores por la forma como construyeron el juicio de valor que sirve de base a la promulgación de la ley, el cual si bien es válido a la luz de la Constitución Política, adolece de fallas sobre su fundamentación, necesidad y formulación, toda vez que un cambio de competencias de esa naturaleza no puede ser simplemente considerado como una variación del juzgador o un traslado de expedientes, sino que requiere de una revisión a fondo de la materia, una estructuración coherente de la vía procesal que debe seguirse y una revisión de las demás funciones que cumple la respectiva entidad.

Palabras clave: función administrativa, función judicial, desjudicialización, policía administrativa, superintendencia, debido proceso, garantías procesales, doble instancia, imparcialidad, formas judiciales, sanción.

ABSTRACT

One of the major achievements of the liberal State was the establishment of the principle of “balance of powers” by means of its separation, as a reaction to monarchic absolutism. Nevertheless, given that today the relations between the individuals are more intense, vertiginous and complex because we lived in a more interdependent and technified world, the State has had to adapt its institutions to the challenges of the modern society. As a result of that change, the functions of Executive authority go beyond “fulfilling the execution of law” and since old ages they include the power of intervention on diverse manifestations of life, in special by means of exercising the functions of administrative police, which entails faculties like regulation and control, whose scope and dynamism have allowed the executive authority to occupy spaces attributed previously to the other branches of the power, situation that produces serious restlessness about the extent in which these decisions can affect the State of Right.

In our country this change has been reinforced by the operative crisis of the Judicial Branch, so given the accumulation of processes, it has been decided to transfer the knowledge of some matters to the administrative authorities. Specifically, the present document comments on the implications of "law 446 of 1998", which assigned judicial functions to some entities of the Executive Branch, and wants to put forward a critic to his authors by the form they constructed the value judgment that serves as the base for the promulgation of the law. This value judgment, no matter being valid from the light of the Political Constitution, suffers from failures on its foundations, necessity and formulation, taken in to account that a change on competitions of that nature cannot be simply considered as variation of the judge or a transfer of files, but requires a thorough revision of the matter, a coherent structuring of the procedural route that must be followed and a revision of the additional functions served by the respective organization..

Key words: *Administrative function, judicial function, non-judicable issues, administrative police, superintendence, due process, procedural guarantees, double instance, impartiality, judicial forms, sanction.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. EL CARÁCTER JUDICIAL DE LA MATERIA
2. LAS FUNCIONES ASIGNADAS
3. LAS GARANTÍAS PROCESALES
 - a. Las formas propias del juicio
 - b. La Imparcialidad del funcionario
 - c. El principio de la doble instancia
 - d. La sanción
4. ADENDA SOBRE EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES
5. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente la teoría política ha identificado como funciones esenciales del Estado las de: i) procurar la defensa exterior del territorio; ii) administrar los asuntos fiscales como la moneda, el comercio exterior y los impuestos; iii) administrar justicia; y iv) conservar la seguridad interna o el orden público. Para el cumplimiento de esta última función se ha creado la policía del Estado. Se denomina “policía” porque se encarga de atender lo que concierne a la “*polis*”. De allí que esta función haya tenido un carácter amplio y diverso, en la medida que se ocupa de organizar los asuntos que tienen interés para la colectividad como el comercio o el transporte público, procurar el bienestar, prevenir hechos que alteran la tranquilidad de la vida en comunidad y perseguir a los delincuentes.

Lo anterior ha llevado a que se diferencie la policía administrativa de la policía judicial, de manera que esta última colabora con las autoridades judiciales en la persecución de los delitos y contravenciones. Como consecuencia de ello, algunas de las funciones encomendadas a las fuerzas de policía se relacionan con conductas que no tienen carácter delictivo pero que deben ser vigiladas para mantener el orden público, pues la trasgresión de las normas que regulan ciertas actividades puede producir graves problemas para la convivencia social. Asimismo, algunas funciones judiciales se han trasladado a las autoridades administrativas, como los inspectores de policía, para que atiendan situaciones de menor trascendencia como las diferencias entre vecinos, la ocupación irregular de predios y otros asuntos que pueden ser resueltos de manera pronta mediante procedimientos simples, sin necesidad de acudir a los jueces de la República para esos menesteres. En muchos casos estas funciones son realizadas por la misma policía judicial, pero en otros, son encomendadas a funcionarios especializados que no hacen parte de la fuerza pública. En conclusión, puede verse que las funciones de policía pueden ser de orden judicial o de orden administrativo y, en cada caso, esas funciones pueden ser cumplidas por agentes de la fuerza pública o por empleados de la Administración Pública¹.

1 Aun cuando en nuestro medio la Policía Nacional pertenece a la fuerza pública (artículo 216 de la Constitución Política), esta adscripción es excepcional a la mayoría de los países, que la consideran una organización de carácter civil. Sin embargo, para efectos del tema que se está tratando, la diferencia no es importante, pues lo que debe quedar claro es que existen dos tipos de policía: la llamada policía judicial, que colabora con las autoridades del mismo orden en la persecución de los delitos; y la policía administrativa, que se encarga de conservar el orden público en situaciones de la vida cotidiana que pueden afectar el orden público pero no configuran delitos.

Por otra parte, en la medida que la vida moderna se ha vuelto mucho más compleja, han aparecido actividades que representan o pueden representar riesgos para la sociedad, aun cuando no se pueda individualizar el daño causado, por ejemplo, en relación con la prestación de servicios públicos, el comercio de bienes esenciales, el ahorro, la explotación de recursos naturales o el medio ambiente, elevando en algunos casos las infracciones al carácter de delitos. En consecuencia, el orden público tiene diferentes manifestaciones como son la seguridad, la tranquilidad, la salubridad, la moralidad y la economía.

Precisamente, en la esfera de la función administrativa se han creado las superintendencias para ordenar, vigilar y controlar el comportamiento de los mercados y sus agentes con el fin de evitar que se altere el orden económico, siendo la Superintendencia Bancaria la primera que se organizó en nuestro país (1923) para reestablecer la confianza del público en el sistema financiero después de la quiebra del Banco López, mientras que en otros sectores de la economía funciones similares eran ejercidas por los ministerios. Al poco tiempo fue creada la Superintendencia de Sociedades (1931), para proteger el ahorro privado invertido en sociedades anónimas y, posteriormente, la Superintendencia de Industria y Comercio, para defender al consumidor y perseguir las conductas anticompetitivas en los mercados.

Si bien las funciones de policía administrativa tienen un carácter esencialmente preventivo, es de anotar que algunas veces tienen contenido punitivo, de manera que la imposición de las sanciones conlleva un juicio de responsabilidad similar al que se produce en las decisiones judiciales². Por ejemplo, la revisión de la actividad de los vigilados puede conducir a un juicio sobre la legalidad de sus actos y, aun cuando esas decisiones no siempre tienen efectos sobre su validez, es innegable que el pronunciamiento de las autoridades de control, inciden sobre las relaciones que se derivan de los mismos o las que se podrían producir hacia el futuro. Sin embargo, también en muchos casos estas autoridades tienen competencia para ordenar que los actos de sus vigilados sean corregidos o retirados de la vida jurídica. Esta estrecha relación entre lo judicial y lo administrativo se observa claramente en el proceso de quiebra de los comerciantes, por lo cual muchos afirmaban que el proceso de quiebra era de naturaleza mixta, aun cuando las competencias en cada campo eran ejercidas en forma independiente por la respectiva autoridad, hasta

2 Para la doctrina clásica (VEDEL, RIVERO), esta es una diferencia fundamental entre la policía administrativa y la policía judicial.

que el decreto 350 de 1989 trasladó definitivamente el conocimiento de estos procesos a la Superintendencia de Sociedades³.

También debe advertirse que muchas de las conductas que son objeto de conocimiento por la vía judicial, pueden ser revisadas simultáneamente por las autoridades administrativas, pues se ha determinado que el fin perseguido en cada acción es distinto, siendo común que la sanción administrativa pretenda la reparación del daño a la sociedad en general y, en consecuencia, se impongan condiciones al infractor para que en el futuro no se produzcan los mismos hechos, mientras que la acción judicial, por lo menos la civil, básicamente procura la reparación del perjuicio individual. Por supuesto, también existen diferencias en cuanto a la forma como se valoran los hechos y la responsabilidad del agente, siendo lógico que en el proceso judicial estos elementos sean más estrictos. Por lo anterior, la discusión sobre el alcance de cada competencia se ha vuelto más confusa, pues se ha diluido la frontera entre el carácter judicial o administrativo que debe tener el control de las conductas perseguidas, admitiéndose entonces que pueden ser objeto de ambas acciones⁴.

3 “El artículo 32 del decreto, dispone que los jueces que estén conociendo de las objeciones presentadas en los concordatos preventivos obligatorios iniciados con anterioridad a la vigencia del decreto 350 de 1989, remitirán el expediente contentivo de la actuación al Superintendente de Sociedades, a efecto de que éste resuelva tales objeciones. El decreto 350 de 1989, mediante el cual se expidió un nuevo régimen para los concordatos, dispuso que en los de carácter obligatorio que se iniciaran con posterioridad a su vigencia, la decisión de las situaciones a cargo de los jueces civiles del circuito, pasaría a ser competencia del Superintendente de Sociedades, con lo cual en adelante se acabó con el trámite mixto administrativo-judicial que existía, produciendo suspensiones prolongadas en estos procesos, como resultado de la demora de los jueces civiles del circuito, para resolver los asuntos a su cargo. La motivación del artículo 32 que se revisa, proviene de la circunstancia de que pasados más de dos años y medio de la expedición del decreto 350, aún había procesos pendientes de la decisión de objeciones en los despachos judiciales, en procesos concordatarios obligatorios que se habían iniciado con anterioridad a su entrada en vigencia. Esta disposición traslada a una autoridad administrativa (superintendente), decisiones a cargo de los jueces, no siendo éstas de las relacionadas con la investigación y juzgamiento de delitos, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116, inciso 3° de la Carta. No resulta inconstitucional la norma por razón alguna, y se encuadra en la tendencia legislativa de los últimos años, recogida por el constituyente según señalamiento anterior, de transferir decisiones a autoridades no judiciales, como superintendencias, notarías e inspecciones de policía, lo que permite una mayor eficiencia del también principio fundamental del régimen político, complementario del de la división de poderes, de la colaboración de los mismos, o de la unidad funcional del Estado”3. Corte Constitucional, sentencia C-592/92, MP Dr. FABIO MORÓN DÍAZ.

4 Sobre la diferencia entre la función judicial y la administrativa, la Corte Constitucional explica que se trata de un tema controvertido, sobre el cual no existe una conclusión definitiva. Dice la Corte: “La doctrina jurídica ha tenido muchas dificultades para precisar qué se entiende por función administrativa por dos razones básicas. De un lado (*sic*), por cuanto no es fácil diferenciarla de las otras tareas clásicas del Estado, a saber de la legislación y, en especial, de la función judicial con la cual comparte muchos rasgos. Por ejemplo, un autor de la talla de KELSEN —y en este punto es seguido por muchos otros doctrinantes—, ha sostenido que no existe materialmente ninguna diferencia entre la labor administrativa y la labor judicial pues ambas son la producción de una norma singular (sentencia o decisión administrativa) dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general (ley). Para KELSEN, la diferencia entre la administración y la jurisdicción tiene razones históricas y no

Finalmente, el punto ha llegado a una mayor dificultad porque también se ha permitido que las autoridades administrativas que ejercen la función de policía, se encarguen de conocer de las reclamaciones judiciales, competencia que estaría en conflicto con el principio de separación de poderes. Sin embargo, en muchos sistemas jurídicos se acepta el traslado de competencias entre ambas ramas del poder, siempre que estén claramente definidas las garantías que consagren el respeto por los derechos y libertades individuales. Basta decir que es absolutamente claro que el Constituyente quiso que las autoridades administrativas colaboraran en la administración de justicia, como quedó consagrado en el artículo 116 de la Constitución Política, pero tal como dispone la misma norma, dichas facultades no pueden incluir la instrucción de sumarios ni el juzgamiento de delitos. Sólo un punto podría presentar varias interpretaciones en el texto y es el que se refiere a que el ejercicio de esas funciones sea excepcional. Esta condición daría lugar a varias interpretaciones, como que la asignación de competencias fuera temporal, asunto que ya fue resuelto por la Corte Constitucional al precisar que el sentido excepcional de la función no se refiere a que la misma deba ser ocasional sino que es excepcional precisamente por atribuírsele a una autoridad que no hace parte de la rama judicial, a la que corresponde como atribución propia el ejercicio de esas funciones⁵.

Sin embargo, el desarrollo legislativo de esta norma conlleva el análisis de complejos aspectos que deben ser resueltos con el fin de establecer la validez del fuero y de las decisiones que se produzcan por parte de las entidades administrativas a las que se les asigne funciones judiciales. Para esos efectos, los aspectos que serán revisados en el desarrollo de este artículo son los siguientes:

1. El carácter judicial de la materia.
2. Las funciones asignadas.
3. Las garantías procesales.

conceptuales, y se relaciona más con la naturaleza de los órganos que ejecutan el derecho: la aplicación es administrativa si es desarrollada por funcionarios jerárquicamente organizados, mientras que es judicial si los aplicadores gozan de independencia funcional. Así las cosas, según estas corrientes, la única diferencia material que se puede establecer es entre la legislación, que consiste en crear normas generales y abstractas, y la ejecución, que produce normas individuales dentro de los marcos permitidos por la norma general. Por ello KELSEN concluye que la función administrativa sólo puede definirse residualmente, esto es, como aquella actividad del Estado que no es ni legislación ni jurisdicción". Corte Constitucional, sentencia C-189/98. MP Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

5 "Lo excepcional no es tan sólo aquello que no reviste el carácter de permanente. Es más bien aquello que, en los términos del *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 'constituye una excepción de la regla común'. La regla común es el ejercicio de funciones administrativas por parte de las superintendencias, por lo cual la ejecución de funciones jurisdiccionales es excepcional. Lo que el constituyente quiso fue esta excepcionalidad, no la transitoriedad de dicho ejercicio. Si hubiera querido autorizar sólo el ejercicio transitorio, así lo habría dicho". Corte Constitucional, sentencia C-384/00, MP Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Agotados estos temas, de manera adicional se hace una referencia en relación con el sector de las telecomunicaciones, para finalizar con unas reflexiones sobre la aplicación de las normas vigentes y la necesidad de su reforma. A continuación se desarrolla el temario propuesto.

1. EL CARÁCTER JUDICIAL DE LA MATERIA

Teniendo en cuenta que las funciones de policía administrativa pueden involucrar la investigación de conductas que también pueden ser de conocimiento de los jueces, es necesario precisar la razón o causa que puede conducir a un proceso judicial y, en el mismo orden, las que conllevan a una actuación administrativa. Al efecto, debe aclararse que la asignación de funciones judiciales a las autoridades administrativas no puede comprender asuntos criminales por disposición expresa del artículo 116 de la Constitución Política. Sin embargo, esto no impide a las autoridades administrativas investigar y sancionar administrativamente a quienes infringen las normas que regulan una actividad, aun cuando también esos sujetos hayan cometido un delito.

En consecuencia, la acción penal se produce cuando la conducta tiene la trascendencia de ser calificada como un delito por el legislador, pero su instrucción, calificación y juicio nunca podrá ser competencia de las autoridades administrativas⁶. Distinto ocurre con los asuntos que son competencia de los jueces civiles u ordinarios. En esos casos, la regla general es que el proceso judicial es consecuencia del derecho de acción y persigue la declaración o ejecución de una obligación entre dos partes con intereses privados contrapuestos, diferencia esencial con la actuación administrativa, en la que no se puede hablar de partes propiamente y la cual se adelanta con fundamento en el interés general. Así, las autoridades de policía administrativa velan por el cumplimiento de las normas que regulan determinada actividad para conservar el orden público y, en consecuencia, generalmente deben actuar de oficio, mientras que las autoridades judiciales no actúan de oficio, salvo en pocos casos, ni su función es velar por la conservación del orden público sino aplicar la ley, sin perjuicio que al castigar la comisión de un delito o resolver un conflicto se procure la realización de ese objetivo que está implícito en la norma⁷.

6 Según REYES ECHANDÍA, el delito puede definirse como “aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como sanción una pena criminal”. REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho penal – Parte general*, Universidad Externado de Colombia, pág. 128.

7 “En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil (...) En virtud del primero, el príncipe o el jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes.

Conforme a lo anterior, podría concluirse que las competencias de las autoridades administrativas y judiciales tienen un objeto distinto, correspondiendo a los jueces ordinarios dirimir conflictos entre particulares y a los funcionarios administrativos decidir los asuntos que le competen con miras a la realización del bien común, independientemente que en su ejercicio se invoque el derecho de petición, en interés general o particular, o se actúe de oficio⁸. Sin embargo, esta primera aproximación no es suficiente pues se ha visto que algunas funciones administrativas se refieren a la solución de diferencias entre particulares, de manera similar a como lo hacen los jueces, por lo que cabe preguntarse si existe alguna materia distinta a la criminal, que debe reservarse a las autoridades judiciales y la respuesta es afirmativa. En efecto, siguiendo el principio de la separación de poderes, el control de los actos que realizan los otros órganos del poder debe establecerse como una competencia privativa de los jueces, como ocurre con el control de las leyes a través de la jurisdicción constitucional y el control de los actos administrativos por la jurisdicción contencioso administrativa.

Superado este primer punto, puede verse cómo las autoridades administrativas adelantan procesos que tradicionalmente han sido resueltos por las autoridades judiciales, como ha ocurrido en el caso de algunas diferencias que surgen del contrato de arrendamiento, la reclamación de garantías al fabricante de un producto, la perturbación o tenencia de la propiedad o el estado civil de las personas y sus relaciones filiales. Lo anterior significa que el conocimiento de estas materias y las decisiones que conllevan no son de carácter judicial y, por lo tanto, revisten el carácter de actos administrativos⁹. En consecuencia, puede hablarse de la

Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado". MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI "De la Constitución de Inglaterra". Ed. Librería El Ateneo, pág. 202.

- 8 Constitución Política, artículo 209. "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

- 9 En la doctrina extranjera se han presentado discusiones sobre este punto cuya importación puede ser inconveniente por tratarse de temas que tienen particularidades propias de su ordenamiento jurídico. En Argentina, por ejemplo, se habla de diferencias entre la "función judicial" y la "función jurisdiccional" para justificar el traslado de competencias a las autoridades administrativas, pues de acuerdo con el artículo 109 de la Constitución Política está prohibida la asignación de funciones judiciales a los funcionarios de la rama ejecutiva. Establece la norma citada que: "En ningún caso el presidente de la nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas". Así, mientras MARIENHOFF considera que existen diferencias entre la función judicial y la función jurisdiccional, para GORDILLO son iguales.

desjudicialización de estas materias, término que hace referencia a un cambio en la naturaleza del control sobre la actividad, de manera que su conocimiento deja de ser competencia de los jueces y pasa al control de las entidades administrativas mediante funciones de policía porque el legislador considera que la dinámica de las relaciones entre los particulares, el monto de las controversias y la necesidad de procurar una solución rápida, sin complejos procedimientos formales, no requiere que estos asuntos sean conocidos por los jueces de la República, a quienes se les debe asignar temas de mayor responsabilidad¹⁰.

Podría pensarse que la diferencia depende simplemente de la voluntad del legislador, que a través de las leyes ha determinado los asuntos que son de competencia de la rama judicial y los que pueden ser de conocimiento de la Administración Pública¹¹. También puede resultar que la valoración del legislador

En consecuencia, GORDILLO sostiene que “[p]ara poder afirmar que el poder ejecutivo tiene ‘función jurisdiccional’ que no es ‘función judicial’ será necesario definir la función judicial por su contenido o régimen jurídico... Pero es obvio que tal intento es fallido, porque toda definición de función judicial que no caiga en la absoluta sencillez de decir que es un acto concreto de aplicación de derecho, tendrá que declarar reservada a los jueces y prohibida a la administración la decisión definitiva con fuerza de verdad legal de controversias entre las partes”. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*. Ed. Diké, pág. IX-44. Por su parte, MARIHENHOFF opina lo siguiente: “La jurisdicción, escribe GARCÍA TREVIJANO FOS, puede ejercitarse tanto por la administración como por el poder judicial, entendiendo por jurisdicción la potestad de componer los intereses contrapuestos. En este sentido, agrega, es evidente que la administración tiene una potestad jurisdiccional que se manifiesta fundamentalmente a través de la resolución de recursos. Lo que sucede es que el poder judicial utiliza el mecanismo del proceso, mientras que la administración utiliza el vehículo del procedimiento, con las diferencias sustanciales que existen entre ambos. Lo cierto es que si la función judicial se lleva esencialmente a cabo por los jueces, la función jurisdiccional, en cambio, puede llevarse a cabo también por órganos administrativos”. MARIHENHOFF, MIGUEL S. De, *Derecho administrativo*, t. I, Ed. Abeledo-Perrot, pág. 87.

10 Al respecto, enseña MONTESQUIEU lo siguiente: “En el ejercicio de la policía castiga el magistrado más bien que la ley; al juzgar los delitos, castiga la ley más bien que el magistrado. Cuestiones de policía son del momento y se refieren, comúnmente, a cosas poco importantes y que exigen pocas formalidades. La acción de policía es rápida (...) los asuntos graves no son de su competencia. La policía, en sus actos, se ajusta a reglamentos más que a leyes (...). Es necesario, pues, no confundir las graves infracciones de la ley con las simples faltas, con las infracciones a las reglas de la policía, por ser cosas de orden diferente”. MONTESQUIEU, ob. cit., pág. 562. También puede verse la sentencia de la Corte Constitucional C-649/01, que transcribe apartes de los debates presentados en el Congreso de la República durante el trámite de la Ley 446 de 1998.

11 Criterio que fue tenido en cuenta al expedirse la ley, según se lee en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes, en la que se afirma: “El proyecto asigna funciones judiciales a determinadas autoridades administrativas en función del conocimiento especializado que éstas tienen para ofrecer una solución rápida y adecuada a los problemas que pueda plantear la comunidad en materias puntuales. De esta manera se rescata parcialmente el concepto de ‘relevancia judicial’, según el cual la intervención de los jueces debe reservarse para aquellos asuntos cuya importancia social y jurídica verdaderamente lo demanden; así, se mejora la oferta de justicia para aquellas pretensiones que por su escaso valor económico no justifican entablar un proceso judicial debido a su elevado valor económico y larga duración”. *Gaceta del Congreso*, n° 190 del 6 de junio de 1997.

se inspira en la complejidad de la materia, su trascendencia para la comunidad y la forma como el Estado debe asumir su control, de manera que debe asegurarse una organización especial dedicada al estudio de un fenómeno social para asegurar un adecuado tratamiento del mismo, incluso admitiendo consideraciones sobre el servicio público, el interés general o el orden público para fundamentar las decisiones de la autoridad administrativa. Puede decirse que, en ese caso, la decisión que produce el Estado no debe limitarse a los intereses particulares involucrados, sino que debe comprender los efectos que los hechos y las decisiones que se adopten tienen sobre la comunidad.

Distinto escenario es la asignación de competencias judiciales a las autoridades administrativas, circunstancia que se produce por la congestión de los despachos judiciales o el conocimiento técnico de algunas autoridades administrativas sobre ciertos temas¹². Por lo tanto, deben analizarse ambos fenómenos separadamente. En este caso, el traslado de competencias entre las ramas judicial y administrativa simplemente tiene efectos formales, en la medida que las decisiones que adopte el funcionario público serán en todo caso sentencias judiciales, producidas dentro de actuaciones que cumplen plenamente las formalidades de un juicio y ofrecen las debidas garantías para las partes involucradas.

Resumiendo lo dicho hasta el momento, tenemos que la función administrativa y, específicamente la policía administrativa, tienen como fundamento el cumplimiento de la ley para la conservación del orden público, atribución que es propia, no rogada, de la Administración Pública, y por lo tanto las autoridades deben actuar de oficio. Asimismo, algunas materias que eran objeto de conocimiento de los jueces han sido asignadas por la ley a las autoridades administrativas, operando el fenómeno de la desjudicialización. En este caso, el fin inmediato de la actuación administrativa no se desvirtúa pues sigue siendo el mantenimiento del orden público, sin perjuicio que las decisiones que se adopten puedan conllevar también la reparación o satisfacción de pretensiones particulares que se reclaman ante la misma autoridad dentro de la actuación. Por último, es posible que se asignen funciones judiciales a las autoridades administrativas, lo cual no debe llamarse “desjudicialización” para diferenciar ambas situaciones. En ese caso, la decisión del funcionario, por tener carácter judicial, debe circunscribirse al objeto de la litis, es decir, a la solución de las diferencias surgidas entre las partes.

12 Sobre el concepto de la desjudicialización no existe consenso pues es común que la doctrina y la jurisprudencia denominen así la atribución de funciones judiciales a las autoridades administrativas, como puede leerse en la siguiente providencia: “(...) tal como se lee en las intervenciones efectuadas durante el debate legislativo de la Ley 446 de 1998, la meta principal del legislador fue desjudicializar el conocimiento de ciertas conductas, en el sentido de atribuir la competencia para pronunciarse sobre ellas, a entidades administrativas especializadas y, por ende, idóneas para tomar decisiones sobre asuntos particulares”. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 28 de noviembre de 2002, CP Dr. MANUEL S. URUETA AYOLA, exp. 7916.

Cabe ahora precisar las características que son esenciales a una decisión judicial y que la diferencian de la decisión administrativa. Como principal diferencia puede señalarse que la sentencia interpreta la ley con independencia y hace tránsito a cosa juzgada. En otras palabras, el juez interpreta y aplica la ley según su conocimiento de la materia y la valoración de las pruebas, de manera que en sus decisiones no obedece a otros, pues no es inferior jerárquico de otra autoridad judicial, siendo la jurisprudencia tan sólo un criterio auxiliar, de manera que el sentido que le da el juez a la norma tiene “valor de ley”¹³. Por contraste, el acto administrativo no hace tránsito a cosa juzgada, pues su legalidad puede ser controvertida ante las autoridades judiciales y, por lo tanto, el acto administrativo puede desaparecer de la vida jurídica aun en firme, de manera que no puede decirse que tenga “valor de ley”¹⁴. Además, el acto administrativo puede ser revocado por la misma autoridad que lo expide y el funcionario administrativo tampoco es independiente, pues aun cuando está obligado a cumplir la ley, su juicio puede estar condicionado a las instrucciones de sus superiores, su decisión revisada por ellos y hasta relevado del conocimiento de un asunto discrecionalmente¹⁵.

13 Por “valor de ley” se quiere dar a entender que la decisión judicial se encuentra al mismo nivel de la ley y, por lo tanto, el Estado tiene el deber de garantizar su cumplimiento por todos los medios a su alcance. Podría pensarse que también sucede así con las decisiones administrativas, sin embargo, el cumplimiento de las mismas puede ser impedido válidamente mediante decisiones judiciales, pero nunca podrá presentarse en un Estado de derecho la situación inversa, es decir, que una autoridad administrativa suspenda la ejecución de una sentencia. De manera que en un Estado de derecho, agotados todos los recursos y acciones posibles, corresponde a los jueces la decisión final sobre la aplicación de la ley, incluso cuando se controvierte una decisión judicial, por ejemplo, a través de una acción de tutela.

14 MARIHENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Ed. Abeledo-Perrot, págs. 88 a 90.

15 En varias oportunidades la jurisprudencia coincide en señalar estas diferencias como predominantes al diferenciar los actos administrativos de las decisiones judiciales. Al respecto, puede leerse la siguiente providencia de la Corte Constitucional: “Amplios sectores de la moderna doctrina jurídica consideran que si bien es muy difícil encontrar elementos sustantivos que distingan un acto administrativo de uno jurisdiccional, pues ambos en el fondo son la producción de una norma singular dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general, lo cierto es que existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos. De un lado (*sic*), por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado (*sic*), estos actos también se diferencian por la naturaleza de sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. En efecto, lo propio del juez es que no sólo deber estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad). Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos”. Corte Constitucional, sentencia C-189/98. MP Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Una consideración final al respecto. La Corte Constitucional ha dicho que cuando una autoridad administrativa, específicamente las superintendencias, se extralimitan en el ejercicio de sus competencia en materia judicial, los actos que expiden no son judiciales sino administrativos. Tesis difícil de aceptar, más cuando en el caso concreto a que se refiere la providencia, se trata de una usurpación de funciones por desconocer las cuantías previstas, de manera que no cambia la naturaleza del conflicto¹⁶. Es de advertir que en todo caso esas decisiones tendrían control judicial por parte de los tribunales de distrito, que fungen como superiores jerárquicos, o por medio de acciones constitucionales.

2. LAS FUNCIONES ASIGNADAS

A partir de la expedición de la Ley 446 de 1998, se ha visto con más claridad la tendencia del legislador de transferir funciones judiciales a las autoridades administrativas y, específicamente, a las superintendencias. Expresamente el epígrafe del título I, de la parte IV de la ley, se refiere al ejercicio de funciones jurisdiccionales por las superintendencias. En consecuencia, el artículo 133 atribuye a las superintendencias de Valores, Bancaria y de Sociedades

“el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el libro segundo del Código de Comercio”¹⁷;

el artículo 137 asigna a la Superintendencia de Sociedades el conocimiento de las impugnaciones contra los actos de las asambleas de accionistas o juntas de socios, pero no le permite conocer de las acciones indemnizatorias a que haya lugar; el artículo 138 faculta a la misma entidad para resolver las discrepancias que surjan entre los socios sobre la ocurrencia de las causales de disolución de la sociedad; el artículo 141 faculta a la Superintendencia de Valores para conocer de las

16 Dice el Alto Tribunal: “La Corte entiende que, actuando por fuera de sus propia competencia jurisdiccional, los actos de las superintendencias no podrán en propiedad ser considerados como actos jurisdiccionales. En efecto, como lo excepcional es la atribución a la Administración de funciones de dicha naturaleza, aquellos actos que rebasen los límites de la competencia judicial atribuida deben tenerse como actos administrativos, por razón de ser ésta la forma general del actuar de tales entes. Es decir, de conformidad con un criterio orgánico, que es que usualmente prevalece para determinar la naturaleza jurídica de los actos emanados de los distintos órganos del poder público, el actuar de la administración en esas circunstancias sería administrativo y no jurisdiccional, sometido, por lo tanto, a las acciones y recursos que de manera general proceden contra los actos administrativos ante la justicia contencioso administrativa. Con esta salvedad adicional, la Corte declarará la exequibilidad de la disposición bajo examen”. Corte Constitucional, sentencia C-384/00, MP Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

17 Sentencia C-1641/00, MP Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

reclamaciones de los accionistas minoritarios que consideren violados sus derechos por parte de la asamblea general, la junta directiva o el representante legal; y los artículos 143 y 145 conceden a la Superintendencia de Industria y Comercio facultades para conocer sobre conductas de competencia desleal y para proteger al consumidor, respectivamente¹⁸. A continuación se hará una revisión crítica de la decisión del legislador de darle un tratamiento judicial a estas controversias y asignárselas a las autoridades administrativas, lesionando el principio de separación de poderes al desconocer algunos criterios que debían haberse tenido en cuenta para esos efectos.

Por lo tanto, la primera cuestión que debe resolverse al estudiar estas normas es si efectivamente las funciones mencionadas debían ser del orden judicial y la respuesta puede ser negativa en muchos casos, a pesar de la calificación que le da la ley a las mismas, pues si bien es una competencia discrecional del legislador establecer que materia debe tener carácter judicial, ese juicio debe basarse en su relevancia, es decir, en el impacto que tienen estas actividades sobre la sociedad y la forma como el Estado debe controlarlas. Con base en esa valoración, puede decirse que la mayoría de las funciones a las que se refiere la Ley 446 de 1998, podrían haber sido asumidas por las superintendencias en ejercicio del poder de policía administrativa, sin necesidad de atribuirles esas funciones como judiciales. Se insiste en que esta afirmación no significa que el legislador no puede darles esa calificación, como tampoco se desconoce el alcance de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de estas normas¹⁹. Se crítica es precisamente el juicio de valor

18 Sentencias C-649/01 y C-1071/02, MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNNETT.

19 Al respecto, ha dicho la Corte: “(...) forzoso es concluir que, además de desarrollar las funciones jurisdiccionales con base en las cuales tramita los concordatos, la Superintendencia puede ejercer, respecto de la empresa deudora, los actos inherentes a sus funciones de inspección, vigilancia y control, siempre y cuando con ello no lesione los derechos constitucionales de los sujetos que intervienen en tal proceso, ya que ambos tipos de atribuciones legales apuntan hacia el mismo objeto -la protección de la empresa y de los valores que dependen de ella-, y se derivan conjuntamente de los artículos 333 y 334 de la Carta”. Corte Constitucional, sentencia C-1143/00, MP Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Asimismo, al revisar la constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 446 de 1998 la Corte Constitucional sentenció: “A pesar de lo anterior, la Corte coincide con el actor y los intervinientes, en que las funciones conferidas a la Superintendencia de Industria y Comercio por la norma acusada son judiciales, por una razón elemental y es la siguiente. El artículo demandado establece que la Superintendencia de Industria y Comercio “ejercerá, a prevención” varias atribuciones en materia de protección al consumidor. Si existe competencia a prevención para conocer de ciertos casos en esa materia, es claro que se trata de la misma función de índole jurisdiccional, que ejercen los jueces de la república. Además, el artículo 147 de la Ley 446 de 1998 dispone, en su inciso 3, que los actos dictados por la Superintendencia en ejercicio de esas funciones a prevención harán tránsito a cosa juzgada. Por su parte, el artículo 148, tercer inciso, establece que los actos dictados por las superintendencias en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales, pero que la decisión por la cual se declaren incompetentes y el fallo definitivo, serán apelables ante las mismas.

(...) Por todo lo anterior, la Corte concluye que las atribuciones conferidas en materia de protección al consumidor a la Superintendencia de Industria y Comercio son de naturaleza jurisdiccional”. Corte Constitucional, sentencia C-1071/02, MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNNETT.

del legislador al calificar una función como judicial cuando el tema no lo amerita, pues bastaba que fuera objeto de control administrativo.

Así, la solución de las diferencias entre los accionistas por los actos de las asambleas o juntas de socios, que puede considerarse como un asunto entre particulares, también conlleva un control sobre la validez de estas decisiones que normalmente corresponde a las autoridades policia. En sustento de lo anterior debe mencionarse que la misma norma prevé que las acciones indemnizatorias deben tramitarse ante los jueces ordinarios, por lo que no tiene sentido que el legislador haya señalado un juez para condenar los actos y otro para reparar el daño. Igual ocurre con la verificación de una causal de disolución de una sociedad. La decisión del superintendente no se orienta a ordenar la terminación del contrato de sociedad, simplemente se trata de una revisión de los hechos que conlleva a que el superintendente declare la ocurrencia de la causal, lo cual podría hacer de oficio en ejercicio del control policivo para evitar que una sociedad que no debería seguir existiendo en el mundo jurídico, realice actos en contra de la voluntad de sus socios o de la ley. Similares consideraciones se producen respecto de las reclamaciones de los accionistas minoritarios que simplemente buscan una protección a sus derechos, de manera que las decisiones del superintendente se limitan a instruir a los eventuales transgresores para que ajusten su comportamiento a los mandatos legales, función típicamente de control policivo para conservar la confianza sobre este sistema de ahorro.

Otro aspecto que debe analizarse es si las decisiones de los superintendentes pueden alcanzar la validez de los actos que los particulares realicen. En gracia de la calificación que el legislador ha dado a estas funciones como judiciales, podría pensarse que estos funcionarios pueden declarar su nulidad pero, en la práctica, una decisión así no tendría un efecto claro pues el superintendente no puede sustituir la voluntad de los asociados. Incluso, en relación con el “*reconocimiento de los presupuestos de ineficacia*” de los actos de las sociedades el punto es confuso porque la ley reduce la competencia de las superintendencias a los presupuestos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, que son las normas sobre la organización y funcionamiento de las sociedades mercantiles, es decir, las relaciones que podrían considerarse *ad intra* de la sociedad, asuntos que coinciden con el control policivo de las superintendencias.

En cuanto a las atribuciones en materia de protección al consumidor puede decirse que son típicamente de policía administrativa, como ordenar el cese y la difusión correctiva de la publicidad engañosa; ordenar la suspensión de la distribución de productos peligrosos para la vida o seguridad de los consumidores (salubridad); y sancionar a las entidades vigiladas por la violación de las normas a las que están sujetas.

Por último, hay que referirse a las funciones sobre competencia desleal y protección al consumidor que se asignan a la Superintendencia de Industria y Comercio. Resulta confuso el legislador al establecer que la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá, respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal, las mismas atribuciones que tiene en relación con la promoción de la competencia y las prácticas comerciales restrictivas, porque curiosamente esas funciones a las que remite la norma son de carácter administrativo. El problema fue parcialmente analizado por la Corte Constitucional al plantear el siguiente dilema:

“Si se aceptara la interpretación según la cual son de índole administrativa todas las funciones que se refieren a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, y que ahora podrá ejercer la Superintendencia respecto de la competencia desleal, se suscitarían, probablemente, algunos problemas de constitucionalidad, por cuanto existiría, simultáneamente, el mandato de competencia a prevención con los jueces, al que arriba se ha aludido; por ello, habría que encontrar una justificación para la clara diferencia entre las atribuciones de uno y otro funcionario, so riesgo de violar el principio constitucional de igualdad: así, por ejemplo, habría que encontrar una razón de fondo por la cual al superintendente le está permitido imponer ciertas sanciones pecuniarias (D. 2153/92, art. 4) y abstenerse de dar trámite a ciertas peticiones, cuando no sucede lo mismo con los jueces, que están obligados a dar trámite a todas las demandas que llenen los requisitos de ley, y no pueden imponer el mismo tipo de sanciones. Por lo tanto, bajo una primera aproximación, esta interpretación no es la que se acopla con más facilidad al texto constitucional; habrá de preferirse la anteriormente explicada.

Una segunda posibilidad alternativa, sería interpretar las disposiciones acusadas, en forma tal, que todas las funciones allí otorgadas sean de carácter judicial; por lo mismo, la Superintendencia sería competente, a prevención con los jueces de la República, para desarrollar toda la gama de atribuciones del decreto 2153/92 y la Ley 155/59, con carácter de actos jurisdiccionales. Ello no sólo plantearía exactamente el mismo problema de igualdad que se acaba de analizar, sino que, además, iría en contravía de la previsión expresa del artículo 116 Superior, en el sentido de que la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas es una excepción a la norma general de tridivisión de los poderes entre las ramas del poder público. En consecuencia, tampoco esta interpretación respeta la integridad de la Carta”.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional concluye que las funciones que le atribuye el artículo 143 de la Ley 446 de 1998 a la superintendencia son de carácter mixto o, por así decirlo, bifrontes. Afirma esta Corporación:

“Es procedente concluir entonces lo siguiente: la interpretación que mejor respeta el principio constitucional de igualdad, así como lo dispuesto en el artículo 116 Superior, es aquélla según la cual, en las normas se atribuyen funciones de tipo administrativo y de tipo jurisdiccional; y que estas últimas, serán forzosamente *las mismas* que desarrollan los jueces de la República en virtud de lo dispuesto en la Ley 256 de 1996.

Por lo anterior, es pertinente efectuar una precisión: aquellas pretensiones que los jueces de la República estudian a través de las acciones previstas legalmente para combatir y prevenir los actos de competencia desleal, pueden igualmente plantearse ante la Superintendencia, cuando ésta haga uso de algunas de las facultades que se le confieren en virtud del artículo 143 de la Ley 446/98, acusado”²⁰.

Lamentablemente, los argumentos del Alto Tribunal y la calificación que le dio la ley a las funciones no se detienen a precisar la esencia de la función judicial como condición para definir la naturaleza de la competencia asignada a la Superintendencia de Industria y Comercio en estos temas, por lo que se produce una decisión desconcertante, según la cual la naturaleza de la función que ejerce la entidad no depende del órgano, la materia o siquiera la calificación legal que se le otorga, sino de las pretensiones del accionante.

Este error se presenta al plantear la primera premisa pues, si al contrario de lo que afirma la Corte, se considera que las funciones asignadas a la Superintendencia son de índole administrativa, por ser iguales a las que tiene en relación con la promoción de la competencia y las prácticas comerciales restrictivas según dispone la norma, no habría lugar a conflicto con las competencias asignadas a los jueces en la medida que, desde tiempo atrás, se reconoce la posibilidad de que las competencias de las autoridades administrativas y judiciales concurren y, por lo tanto, los alcances de cada una de esas funciones serían distintos, siendo procedente la imposición de multas o la abstención de investigar algunas conductas en el caso de la actuación de policía, de manera que no se vería violado el derecho a la igualdad como se afirma en la providencia.

Pero, nuevamente se reitera, lo anterior no significa que el legislador no pueda atribuirle funciones judiciales a las superintendencias, como claramente lo prevé el artículo 116 de la Constitución Política. En gracia de discusión puede admitirse que tienen carácter judicial las funciones a las que se refieren los artículos 133, 137 y 141 de la Ley 446 de 1998, a pesar de las observaciones hechas. Igual podría decirse sobre la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para

20 Corte Constitucional, sentencia C-649/01., MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNNETT.

conocer de las demandas por actos constitutivos de competencia desleal, pero hubiera sido deseable para esos efectos que se declarara inexecutable la referencia a las funciones que cumple la superintendencia respecto de la promoción de la competencia y las prácticas comerciales restrictivas por tratarse de funciones de policía administrativa.

3. LAS GARANTÍAS PROCESALES

Como la interpretación constitucional ya se produjo respaldando el carácter judicial de las funciones mencionadas, deberá actuarse en consecuencia, asumiendo que la definición de competencias efectuadas es correcta. Sin embargo, esta posición genera un nuevo reto para la interpretación doctrinal que se manifiestan principalmente en relación con las denominadas “garantías procesales”. Es sabido que en las actuaciones administrativas y judiciales se debe respetar el debido proceso y con ello la aplicación de los principios procesales que constituyen garantías para las partes, como la existencia de un juez natural con competencia previa para conocer del asunto que se debate, la descripción previa de la conducta ilegal en la norma (*nulla crimen sine legem*), la prohibición de juzgar y condenar dos veces a una persona por los mismos hechos (*non bis in idem*), el principio de la interpretación de la norma y de los hechos a favor del acusado (*in dubio pro reo*), la obligatoriedad de la prueba para la decidir y el derecho a controvertirla, por señalar los más conocidos. Sin embargo, cuando se trata del ejercicio de funciones judiciales por parte de autoridades administrativas, la aplicación de estos principios requiere de un mayor rigor. A continuación se analizará algunos aspectos que configuran el debido proceso y que se ven alterados por la calificación otorgada a las funciones referidas de las superintendencias y el equívoco procedimiento asignado para su conocimiento.

a. Las formas propias del juicio

Según un clásico principio procesal, nadie puede ser juzgado sino conforme a ley preexistente y con la plenitud de las formas propias de cada juicio. Este principio no tiene discusión tratándose de actuaciones judiciales, pero en las actuaciones administrativas la legislación es flexible por cuanto los principios rectores de celeridad, economía y eficacia permiten que el procedimiento sea informal, sin sujeción a términos especiales y las decisiones pueden ser discrecionales, aun cuando en materia de policía administrativa esta discrecionalidad se vea restringida. Por lo anterior, la Ley 510 de 1999, que modifica la Ley 446 de 1998, hace una mezcla antitécnica en cuanto al procedimiento que debe seguirse en las actuaciones de las

superintendencias, remitiéndose en primer lugar a las normas sobre el derecho de petición previstas en el Código Contencioso Administrativo y, en lo no previsto allí, a *“las disposiciones del proceso verbal sumario”*²¹.

En tal sentido, es cuestionable que se utilicen dos normas procesales cuando se hubiera podido acoger una de ellas, preferiblemente la de orden judicial si esa es la que corresponde a la naturaleza de los asuntos que tutela, por lo que también resulta curioso que se haya elegido la norma administrativa para esos efectos. Se argumentará que el Código Contencioso Administrativo remite al Código de Procedimiento Civil para adelantar los procedimientos administrativos, pero el sentido de la remisión es distinto, podría decirse inverso, porque estas actuaciones se dirigen a producir un pronunciamiento que compromete a la Administración sobre los asuntos que son de su competencia, de manera que no tienen un carácter propiamente contencioso y, por lo tanto, la remisión con carácter supletorio a la norma judicial es para asuntos como la práctica de pruebas, cuyo acopio requiere de cierta técnica para garantizar su pureza, pero en general se conserva la informalidad dentro de la actuación administrativa; mientras que el proceso judicial se debe cumplir a través de etapas y su agotamiento asegura el respeto de las garantías procesales inherentes al debido proceso, que se verifica mediante pronunciamientos formales del juez.

b. La imparcialidad del funcionario

Nadie discute que el juez y el funcionario administrativo deben ser imparciales, es decir, deben carecer de interés sobre los asuntos que deciden, razón por la cual ambos ordenamientos ofrecen suficientes garantías para los particulares interesados en los resultados de las decisiones que se adopten, sin importar que sean de naturaleza judicial o administrativa. Sin embargo, al admitirse que las funciones de policía y las judiciales pueden ser realizadas por la misma entidad, se ha creado un conflicto que puede afectar la independencia del funcionario que toma la decisión. Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en el siguiente sentido:

“En anteriores pronunciamientos de esta corporación, se ha establecido la regla según la cual no es incompatible el ejercicio simultáneo de funciones administrativas y judiciales por parte de las superintendencias, siempre y cuando no se lesionen los derechos de los

21 Ley 446 de 1998, artículo 148 (modificado por la Ley 510 de 1999, art. 52). Procedimiento. El procedimiento que utilizarán las superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la parte primera, libro I, título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones del proceso verbal sumario consagradas en el procedimiento civil (...).

sujetos procesales ni se comprometa la imparcialidad del funcionario que está administrando justicia. Así, en la sentencia C-1641 de 2000 (MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO), se afirmó que “la ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial”; asimismo, se estableció que “bien puede la ley atribuir funciones judiciales a las superintendencias, tal y como lo hacen las disposiciones acusadas. Sin embargo, el actor acierta en señalar que en determinados casos, el ejercicio de esas competencias judiciales por esas entidades es susceptible de desconocer el debido proceso, pues si el funcionario que debe decidir judicialmente un asunto en esa entidad se encuentra sometido a instrucciones al respecto por sus superiores, o tuvo que ver previamente con la materia sujeta a controversia, es obvio que no reúne la independencia y la imparcialidad que tiene que tener toda persona que ejerza una función jurisdiccional en un Estado de derecho (CP art. 228)”. En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-1143 de 2000 (MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

Aplicadas al caso presente, las anteriores reglas sí plantean un claro problema de constitucionalidad. Si la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce sus funciones jurisdiccionales respecto de una entidad o una situación en relación con la cual ya había ejercido, con anterioridad, sus funciones administrativas, resulta claro que su imparcialidad estaría comprometida *ab initio*, puesto que se buscaría una decisión (definitiva) en relación con una situación que ya había generado un pronunciamiento anterior. Por lo tanto, tal hipótesis sería lesiva de la garantía de imparcialidad que caracteriza a la administración de justicia, según lo deseó el constituyente, lo cual configura uno de los elementos esenciales del derecho fundamental al debido proceso. En consecuencia, habrá de condicionarse la constitucionalidad de las normas estudiadas en el siguiente sentido: no podrá *el mismo funcionario o despacho* de la Superintendencia de Industria y Comercio, ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos de competencia desleal, en los cuales ya se hubiera pronunciado con anterioridad, con motivo del ejercicio de sus funciones administrativas de inspección, vigilancia y control en la materia. Tales funciones deben ser desarrolladas por funcionarios distintos, entre los cuales no medie relación alguna de sujeción jerárquica o funcional en lo que atañe al asunto que se somete a su conocimiento²².

En consecuencia, la Corte Constitucional condiciona la exequibilidad de la norma a la obligación de separar al funcionario que ejerza las funciones jurisdiccionales, de aquel que cumple las funciones de policía administrativa²³. Lamentablemente,

22 Corte Constitucional, sentencia C-649/01, MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNNETT. También puede verse: Corte Constitucional, sentencia C-558/94, MP Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ; sentencia C-189/98, MP Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; sentencia C-384/00, MP Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

23 Aparentemente la Corte Constitucional se había pronunciado en sentidos diversos en otras oportunidades. Sin embargo, estas diferencias fueron claramente explicadas por la misma Corporación en la siguiente providencia: “La diferencia en el sentido de las decisiones en los tres casos deriva de la distinta relación

los argumentos dejan pendiente una explicación sobre la subordinación del funcionario que adelante la actuación judicial, en atención a que es un principio procesal garantizado en nuestra Constitución Política, la independencia del juez en sus decisiones y resulta difícil admitir que la relación de subordinación existe en el ejercicio de funciones administrativas pero no de las judiciales. Curiosamente este aspecto había sido considerado por la Corte Constitucional al declarar inexecutable los artículos 51 y el parágrafo primero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999, que modificaban los artículos 146 y 148 de la Ley 446 de 1998, respectivamente; normas que asignaban una facultad similar a la Superintendencia Bancaria. En esa oportunidad la Corte afirmó lo siguiente:

“26. El criterio de independencia también resulta afectado toda vez que el funcionario administrativo investido de funciones judiciales, está supeditado a los derroteros establecidos por el superintendente, *quien ha tenido injerencia previa y directa en el desarrollo de las funciones de control, inspección y vigilancia*. De esta manera, el mecanismo adoptado por el legislador es válido, pero resulta inocuo para casos donde no se garantiza ni la independencia ni la autonomía a que se ha hecho referencia.

27. Es necesario advertir que la situación aquí contemplada difiere completamente de la analizada en la sentencia C-1143 de 2000 MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ, donde con el mismo argumento (desconocimiento de la imparcialidad e independencia de la Superintendencia de Sociedades) un ciudadano demandó el artículo 146 de la Ley 22 de 1995 por considerar que la Superintendencia de Sociedades desempeñaba el doble papel de juez y parte.

(...) Sin embargo, en esta ocasión, sucede lo contrario: las directrices administrativas de inspección, control y vigilancia dadas por las superintendencias limitan una actividad jurisdiccional posterior de la misma entidad, toda vez que ya hay una posición previa de la entidad en relación con las actividades que ahora tiene que juzgar”²⁴ (la bastardilla no es del original).

entre el ejercicio de las funciones judiciales por las superintendencias, y el desarrollo de labores de inspección, vigilancia y control por esas mismas entidades. Así, si es posible distinguir con claridad el ámbito de la función judicial de aquel desarrollado en las labores de vigilancia y control, entonces la imparcialidad e independencia no se ven comprometidas. Por ello, la sentencia C-1143 de 2000 declaró la constitucionalidad de la posibilidad de que la Superintendencia de Sociedades pudiera incoar la acción revocatoria concursal. Por el contrario, si las funciones judiciales y de vigilancia y control se encuentran tan íntimamente ligadas dentro de la superintendencia respectiva que resulta imposible autonomizar la función judicial dentro de la entidad, entonces la decisión que se impone es la declaración de inexecutable de la atribución de funciones judiciales a esa superintendencia, tal y como lo hizo la Corte en la sentencia C-1641 de 2000 en relación con ciertas funciones judiciales de la Superintendencia Bancaria. Finalmente, si existen interferencias entre las funciones judiciales y las labores de vigilancia y control, pero es razonable suponer que la propia entidad puede ajustar su estructura y funcionamiento para proteger la imparcialidad de la función judicial, entonces la decisión más adecuada es recurrir a una sentencia de constitucionalidad condicionada, tal y como lo hizo la sentencia C-649 de 2001 en relación con las atribuciones judiciales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal”. Corte Constitucional, sentencia C-1071/02, MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

24 Corte Constitucional, sentencia C-1641/00, MP Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Pero la propia Corte se ha ocupado de aclarar esta contraposición en otra providencia, resumiendo sus posturas así:

“Así, si es posible distinguir con claridad el ámbito de la función judicial de aquél desarrollado en las labores de vigilancia y control, entonces la imparcialidad e independencia no se ven comprometidas. Por ello, la sentencia C-1143 de 2000 declaró la constitucionalidad de la posibilidad de que la Superintendencia de Sociedades pudiera incoar la acción revocatoria concursal. Por el contrario, si las funciones judiciales y de vigilancia y control se encuentran tan íntimamente ligadas dentro de la superintendencia respectiva que resulta imposible autonomizar la función judicial dentro de la entidad, entonces la decisión que se impone es la declaración de inexecutable de la atribución de funciones judiciales a esa superintendencia, tal y como lo hizo la Corte en la sentencia C-1641 de 2000 en relación con ciertas funciones judiciales de la Superintendencia Bancaria. Finalmente, si existen interferencias entre las funciones judiciales y las labores de vigilancia y control, pero es razonable suponer que la propia entidad puede ajustar su estructura y funcionamiento para proteger la imparcialidad de la función judicial, entonces la decisión más adecuada es recurrir a una sentencia de constitucionalidad condicionada, tal y como lo hizo la sentencia C-649 de 2001 en relación con las atribuciones judiciales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal”²⁵.

Infortunadamente la solución adoptada para la Superintendencia de Industria y Comercio, tanto en materia de competencia desleal (C-649/01), como de protección al consumidor (C-1071-02), resulta forzada pues la simple afirmación en el sentido que la

“entidad puede ajustar su estructura y funcionamiento para proteger la imparcialidad de la función judicial”,

no toma en cuenta la previsión que plantea la sentencia C-1641/00, como es que la entidad encargada del control y la vigilancia instruye a sus vigiladas sobre la forma como deben cumplirse las normas a las que están sujetas, según se comprueba al revisar el alcance que le ha dado el Consejo de Estado al artículo 40 del decreto 1130 de 1999²⁶, en relación con la protección a los usuarios de los servicios no domiciliarios de telecomunicaciones y la Circular externa 012 de 22 de noviembre de 2001, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, dirigida a Usuarios y Operadores de Telefonía Móvil Celular y demás servicios no domiciliarios de telecomunicaciones²⁷.

25 Corte Constitucional, sentencia C-1071/02, MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET.

26 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 28 de noviembre de 2002, CP Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, radicación 11001-03-15-000-2001-0060-01(0060).

27 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 20 de agosto de 2004, CP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, exp. 7973. Sobre esta misma circular, el Consejo de Estado se pronunció en otra

c. El principio de la doble instancia

En un comienzo, la Ley 446 de 1998 contemplaba que los actos que dictaban las superintendencias en uso de estas facultades jurisdiccionales no tenían acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales²⁸. El tratamiento que daba la Ley 446 de 1998 al proceso que se surtía ante las superintendencias era tan diferente al que se adelantaba ante los jueces, que llegó a consagrarse expresamente que las decisiones de esas entidades hacían tránsito a cosa juzgada, pero esa consecuencia

oportunidad afirmando: “De otro lado (*sic*), como quiera que en el artículo 40 del decreto 1130 de 1999, norma posterior, se reitera que la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de inspección, control y vigilancia de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones, y que en tal calidad debe aplicar y velar por la observancia de las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959, decreto 2153 de 1992 y Ley 256 de 1996, y, además, dice el artículo 40 comentado que igualmente corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, en relación con los servicios no domiciliarios de comunicaciones, proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores, protección que, a juicio de la Sala, se hace mediante la atribución de impartir instrucciones (numeral 21 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992 ya comentado), habrá de concluirse que tal función la cumple junto con la constante inspección y vigilancia y el adelantamiento de las actuaciones administrativas del caso, en lo relacionado con los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones.

Y para más claridad, para efectos de la atribución de protección a los usuarios es que la norma establece que la Superintendencia de Industria y Comercio contará, en adición a las propias, con las facultades previstas para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

De manera que conforme a lo preceptuado en el artículo 40 del decreto 1130 de 1999 la Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia para expedir instrucciones de las que se ocupa la Circular externa demandada”. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 27 de febrero de 2003, cp Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, exp. 7971.

- 28 Es el caso de una demanda por competencia desleal de TELECOM, ETB Y ORBITEL contra COMCEL por prestar servicios de comunicaciones internacionales haciendo uso de una red de valor agregado en la modalidad conocida como voz sobre internet (VoIP), cuyas pretensiones alcanzaban la suma de 50 millones de dólares. Las normas comentadas decían:

“Artículo 147 Competencia a prevención. La Superintendencia o el juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata esta parte.

El superintendente o el juez competente declarará de plano la nulidad de lo actuado inmediatamente como tenga conocimiento de la existencia del proceso inicial y ordenará enviar el expediente a la autoridad que conoce del mismo. El incumplimiento de este deber hará incurrir al respectivo funcionario en falta disciplinaria, salvo que pruebe causa justificativa”.

Con base en el artículo 116 de la Constitución Política, la decisión jurisdiccional de la Superintendencia respectiva, una vez ejecutoriada, hará tránsito a cosa juzgada.

“Artículo 148. Procedimiento. El procedimiento que utilizarán las superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la parte primera, libro I, título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Las superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que reciban la solicitud.

Los actos que dicten las superintendencias en uso de estas facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales”. (Bastardilla fuera de texto).

no estaba contemplada para las decisiones judiciales. Incluso, resultaba a todas luces desproporcionado que controversias cuyas cuantías podían ascender a sumas astronómicas, como ocurre normalmente con este tipo de controversias, no tuvieran recurso alguno. Afortunadamente, a partir de la Ley 510 de 1999 se permite que por lo menos algunas decisiones de las superintendencias sean revisadas, específicamente aquéllas en las que se declaren incompetentes y las sentencias que produzcan²⁹. Sin embargo, la Corte Constitucional admite una restricción al principio de la doble instancia en las actuaciones que se adelantan ante las superintendencias por lo que resulta arbitrario establecer un recurso para una situación procesal y negarlo en otra con fundamento exclusivamente en la dependencia judicial que profiere el fallo. Así lo advierte la Corte Constitucional al sostener lo siguiente,

“no sería factible que respecto de situaciones procesales exactamente iguales, la ley definiera que en unas procede un recurso determinado y en las otras no. En este sentido, la Corte ha manifestado que ciertos criterios introducidos para determinar la procedencia de un recurso, como sería, por ejemplo el de la dependencia judicial que profiere un fallo, resultan arbitrarios y no constituyen motivo plausible de distinción”.

Sin embargo, la Corte justifica un tratamiento diferenciado en el caso de las actuaciones judiciales ante las superintendencias porque considera que,

“Las funciones jurisdiccionales que ejercen las superintendencias, no se llevan a cabo bajo principios absolutamente iguales a los que rigen las funciones que ejercen los organismos que componen la rama judicial”³⁰.

Aun así, es discutible el tratamiento que le da el legislador a las decisiones de estas entidades. Puede pensarse que el legislador ha considerado que las superintendencias son infalibles en el trámite de las actuaciones a su cargo, mientras que los jueces cometen errores o que para lograr la descongestión judicial era necesario conculcar el derecho a la doble instancia que la Constitución Política consagra como regla general. En ese sentido, se presenta un trato desigual, no justificado para quienes son sujetos de una decisión judicial adoptada por una superintendencia y quienes llevan sus diferencias ante los jueces ordinarios, cuando en teoría la entidad administrativa actúa al mismo nivel que esos jueces.

29 Ley 446 de 1998, artículo 148 (modificado por la Ley 510 de 1999, art. 52). (...) “Los actos que dicten las superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas”.

30 Corte Constitucional, sentencia C-384/00, MP Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

d. La sanción

En las actuaciones administrativas es común que la decisión de policía, además de ordenar que se corrija la conducta conlleve una sanción, normalmente de tipo pecuniario y, excepcionalmente, otras medidas, como la separación del cargo de los administradores de las empresas infractoras o su intervención con medidas que pueden ir desde la necesidad de aprobación previa para la realización de ciertos actos hasta gerenciarlas mientras se superan las causas que dieron lugar a su control. En un sentido distinto, la decisión judicial procura reparar los perjuicios que causados al demandante, por lo que el juez se encuentra limitado al *petitum* de la demanda y la imposición de multas resulta excepcional, produciéndose ante una conducta inapropiada de alguna de las partes en el proceso o por el incumplimiento de un deber legal, como inasistir a la audiencia de conciliación.

Sin embargo, se ha presentado el caso de una decisión judicial proferida por una superintendencia que incluía la imposición de una multa, aspecto que fue revisado por el Consejo de Estado encontrándolo ajustado a la ley. Inicia la providencia recordando que la ley dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal, las mismas atribuciones que la ley le otorga en relación con la promoción de la competencia y las prácticas comerciales restrictivas, las cuales comprenden la imposición de multas, de manera que la Ley 446 de 1998 habría tornado en judicial las funciones de carácter administrativo que están contempladas en el artículo 29 del decreto 3466 de 1982³¹.

31 “(...) por el principio de unidad que rige todo el ordenamiento jurídico, y que por ello opera en todos sus elementos e instituciones, el ejercicio de la función jurisdiccional sólo puede producir actos o decisiones jurisdiccionales (...). En el caso particular de la multa, es sabido que se trata de una medida punitiva pecuniaria que por ello bien puede encontrarse prevista en los ordenamientos sancionatorios o punitivos, tanto administrativos como penales, de modo que, *contrario sensu*, no hay razón para darle a esa medida un exclusivo carácter administrativo. Lo tendría si el diligenciamiento en que se produce es una actuación administrativa, lo cual presupone una conducta o falta administrativa, pero en el caso nada de ello se da en relación con la multa aquí cuestionada, toda vez que la conducta investigada no lo fue a título de falta administrativa, ni la actuación surtida para imponerla fue de esta naturaleza, y quedó claro que la función ejercida no es administrativa, en cuanto es jurisdiccional. De no ser así, y de acogerse la tesis de la actora, se llegaría a que la actuación surtida por la demandada para expedir los actos acusados es un proceso jurisdiccional y un procedimiento administrativo a la vez, siendo que ambos tienen principios y reglas distintas y que el proceso es uno sólo para todos los efectos”. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 28 de noviembre de 2002, CP Dr. MANUEL S. URUETA AYOLA, exp. 7916. En el mismo sentido, los salvamentos de voto del Consejero de Estado Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, en las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de octubre de 2004, CP Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, radicación 25000232400020010125101; y Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, CP Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, radicación 25000232400020010132101.

Esta posición se contraponen a la sostenida por la Corte Constitucional cuando revisó la Ley 446 de 1998, la cual consideró que las funciones judiciales de la Superintendencia de Industria y Comercio son las mismas que se derivan de la aplicación del artículo 20 de la Ley 256 de 1995, que consagra las acciones declarativa o de condena y preventiva o de prohibición en materia de competencia desleal. En consecuencia, en relación con las prácticas comerciales restrictivas y la promoción de la competencia, esta corporación concluye:

“todas las demás facultades que asigna la norma son administrativas, por lo cual se precisa que atribuciones tales como las de imponer las sanciones pecuniarias y las multas que contemplan los artículos 4.15 y 4.16 del D. 2153/92, mantener un registro de las instrucciones adelantadas, abstenerse de dar curso a las quejas que no sean significativas o dar por terminada la investigación si se otorgan garantías de suspensión o modificación de la conducta investigada, no corresponden al ejercicio de funciones jurisdiccionales, sino a manifestaciones de la función típicamente administrativa de inspección, vigilancia y control de la transparencia del mercado”³².

Por lo tanto, el Consejo de Estado desconoció los razonamientos de la Corte Constitucional sobre el alcance de la función judicial, a pesar de que ese mismo antecedente jurisprudencial es el que le sirve de fundamento a su providencia³³. Sin embargo, posteriormente el propio Consejo de Estado corrigió esta posición y en sus últimas providencias ha afirmado que la imposición de multas tiene carácter administrativo³⁴. Si bien esto resultaría correcto considerando que la sanción se adecua mejor a la función de policía administrativa, esta Corporación permite que la multa y la sentencia concurren en una misma decisión, engendrándose un acto de naturaleza “mixta”, en parte judicial y en parte administrativo, que además de generar

32 Corte Constitucional, sentencia C-649/01, MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

33 Así lo advierte la consejera de Estado Dra. OLGA INÉS NAVARRETE en su salvamento de voto de la sentencia precitada, cuando afirma lo siguiente: “La imposición de multa, que también se determinó en las resoluciones demandadas, aunque tuvo como causa igualmente la comisión de conductas calificadas como de competencia desleal, resulta ser una decisión típicamente administrativa, pues, como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia que revisó la constitucionalidad de los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, las funciones jurisdiccionales que se atribuyeron mediante la norma legal a la Superintendencia de Industria y Comercio son las que venían siendo de conocimiento de los jueces de la República en aplicación de la Ley 256 de 1996, pero de dicha atribución de funciones jurisdiccionales a la entidad administrativa se excluyen atribuciones tales como las que de imponer multas y sanciones pecuniarias establecidas en el decreto 2153 de 1992, abstenerse de dar trámite a quejas que no sean significativas, o llevar registros”. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 28 de noviembre de 2002, CP Dr. MANUEL S. URUETA AYOLA, exp. 7916.

34 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 16 de julio de 2004, CP Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de octubre de 2004, CP Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, CP Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 17 de febrero de 2005, CP Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.

incertidumbre jurídica para los administrados, puede ser controlado por las vías que en cada caso corresponden, lo cual puede llevar a contradicciones entre los jueces administrativos y ordinarios que tendrían a su cargo la revisión de los fundamentos de la decisión³⁵.

Cabe decir que si la función que ejerce la Superintendencia de Industria y Comercio corresponde a las que tienen los jueces de circuito sobre la misma materia, para estos últimos no es posible imponer multas a quienes infringen las normas sobre competencia desleal, debido a que la Ley 256 de 1995 no contempla este tipo de sanciones.

En consecuencia, aun cuando el Consejo de Estado en sus últimos pronunciamientos coincide con el alcance que la Corte Constitucional le ha dado a las normas en cuestión, admitir que el acto de la Superintendencia de Industria puede contener una decisión judicial y otra administrativa, genera serias dudas frente al principio de separación de poderes que es un postulado del Estado de derecho. Lo anterior nos lleva a insistir en la necesidad que se reconozca que esas funciones deberían ser de tipo administrativo pues, sin desconocer que la Corte Constitucional ha probado que la Ley 446 de 1998 las considera funciones judiciales, ese carácter se ajusta más a los fines que se persiguen con estas decisiones de la Superintendencia y no se contraponen en modo alguno a su naturaleza, de manera que sería conveniente que se hiciera una nueva ley en ese sentido.

35 Ha dicho el Consejo de Estado: "(...) en materia de efectividad de las garantías la Superintendencia de Industria y Comercio es competente, a prevención y su desarrollo corresponde al ejercicio de funciones jurisdiccionales que escapan al control de la jurisdicción contencioso administrativa (...) en cuanto a la facultad para imponer sanciones administrativas por el incumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad en la prestación del servicio, esta Sala ha propugnado por el carácter de decisión administrativa de dicha función (...). Por todo lo anterior, la Sala entiende que las resoluciones son revisables por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a la sanción pecuniaria; por lo tanto, el estudio se limitará sólo a las multas, ya que en lo que respecta al tema de la efectividad de las garantías, la competencia jurisdiccional es propia de la Superintendencia de Industria y Comercio". Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de octubre de 2004, CP Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO.

En el mismo sentido, esta Corporación afirmó en otra providencia: "Sobre el particular es necesario precisar que hay dos clases de decisiones: una de tipo administrativo contenida en la imposición de la sanción pecuniaria, de competencia de esta jurisdicción, y otra, de orden jurisdiccional, relativa a la orden de publicación de unos avisos correctivos, la cual escapa a la competencia de esta jurisdicción por corresponder al ejercicio de la función jurisdiccional a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio en los términos del artículo 145, literal a) de la Ley 446 de 1998 (...). La Sala procederá a confirmar el fallo del Tribunal en cuanto deniega las súplicas, pero la revocará para dar paso a la excepción de falta de jurisdicción que conlleva inhibirse para pronunciarse en relación con el artículo segundo de la Resolución 32777 de 2000". Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, CP Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO.

4. ADENDA SOBRE EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dentro de las funciones que se le asignan a las comisiones de regulación están las de resolver los conflictos que surjan entre las empresas de servicios públicos

“por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas” (Ley 142 de 1994, artículo 73, num.8);

y los que se produzcan de diferencias sobre

“quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios” (Ley 142 de 1994, artículo 73, num.9)”.

Agregan ambas normas que la decisión de las comisiones está sujeta al control jurisdiccional de legalidad, por lo cual debe concluirse que se trata realmente de una función administrativa³⁶. Asimismo, dispone la ley de servicios públicos que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones tiene facultades para resolver los conflictos que se presenten entre operadores cuando,

“se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio” (Ley 142 de 1994, artículo 74.3, lit. b).

Sin embargo, la Corte Constitucional ha puesto en duda el ejercicio de esas funciones con carácter administrativo, por lo menos en cuanto a que las mismas puedan modificar con su intervención las condiciones pactadas en los contratos válidamente celebrados entre las empresas y que, según la ley, se rigen por el derecho privado. Según la Corte:

“es discutible que una entidad llamada a cumplir funciones administrativas, se halle legitimada para avocar el conocimiento de una controversia contractual derivada de la

36 En realidad, el tratamiento dado a este tema por el legislador es confuso, porque en la Ley 143 de 1994 o ley de energía, dispone en el artículo 23, literal “p”, que corresponde a la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), “definir mediante *arbitraje* los conflictos que se presenten entre los diferentes agentes económicos que participen en las actividades del sector en cuanto a interpretación de los acuerdos operativos y comerciales”, por lo que en este caso las decisiones de esta comisión tendrían carácter judicial, aunque resulta contradictorio con el arbitraje la institucionalización legal de una comisión como tribunal, pues es de la esencia de esta forma alternativa de solución de conflictos que su origen sea un acuerdo de voluntades y que la designación de los árbitros y el procedimiento que debe seguirse para fallar sea el que las partes determinen.

pretensión de una de las partes de varias las cláusulas de un contrato con base en un acto administrativo proferido con posterioridad a la suscripción de aquél³⁷.

Al respecto, cabe decir que la solución de conflictos entre particulares no supone necesariamente que se trate de una materia judicial, pues tratándose de empresas de servicios públicos no es un tema exclusivamente de orden privado, sino que involucra intereses públicos que requieren la intervención del Estado para garantizar la adecuada prestación de estos servicios. Además, tampoco es cierto que las autoridades administrativas no puedan conocer de controversias contractuales relacionadas con la aplicación de un acto administrativo, en especial, cuando este acto es expedido en ejercicio del poder de intervención del Estado en la economía como ha ocurrido desde hace tiempo en relación con el control de arrendamientos³⁸.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que Colombia se ha comprometido internacionalmente, mediante instrumentos obligatorios para nuestro país, a contar con mecanismos específicos en el sector de las telecomunicaciones para resolver en forma técnica, oportuna y eficaz los conflictos entre operadores de servicios de telecomunicaciones. Así, el IV Protocolo anexo al Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, de la Organización Mundial del Comercio, dispone en uno de sus apartes que los estados miembros deberán garantizar que se otorgue oportunamente interconexión a los operadores solicitantes y que, si después de un plazo razonable la misma no se ha obtenido, “un órgano nacional independiente que podrá ser el órgano de reglamentación”, deberá también resolver las diferencias que existan entre las partes. Previamente, en la nota 2 al documento de referencia del protocolo,

37 Corte Constitucional, sentencia T-088/04, MP Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

38 Sobre el control de precios en los arrendamientos, dice la doctrina: “Amparado, también, en la Ley 7ª de 1943, el gobierno nacional dictó el decreto 3817 de 30 de diciembre de 1982, incorporando variantes al régimen de control de arrendamientos; básicamente, en la forma de fijar los precios o rentas de los inmuebles situados en el área urbana. Se siguió, como criterio orientador, las normas que, en 1946, se proferieron, igualmente, con fundamento en la mencionada ley de autorizaciones, y que están recogidas en los decretos 888, 1034 y 2768 de aquel año (...). No se trata, de manera simple, señalar el precio, mediante un reajuste mensual, como se venía admitiendo con el régimen de regulación de la renta. Es un cambio sustancial, por cuanto entra a juzgar un papel trascendental un factor externo a las relaciones contractuales, como es el valor catastral del inmueble. Se acerca más, este ordenamiento, a la Ley 11.622 de 1954 de Chile (...). Es decir, la autonomía de la voluntad, propia de nuestras instituciones contractuales, sufre un serio impacto puesto que las partes tendrán que sujetarse al marco impuesto por la ley para la fijación del precio o renta del arrendamiento. Se reitera, entonces, la crisis que, en materia del contrato de locación de inmuebles, se ha venido operando en cuanto a que no son las voluntades de los contratantes las que libremente puede imponer los extremos negociales, sino que es el mismo Estado, el que determina uno de ellos: el precio”. BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Ed. Librería del Profesional, págs. 342 y 343. También pueden consultarse la siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional: sentencia del 30 de mayo de 1948; sentencia del 25 de agosto de 1977; sentencia del 3 de agosto de 1978; sentencia del 26 de agosto de 1980 y sentencia del 7 mayo de 1981.

Colombia aclaró que sería el ente regulador el encargado de definir los conflictos y distribuir los costos sobre las interconexiones³⁹.

Se concluye, entonces, que así como los compromisos internacionales y la jurisprudencia han reconocido la validez de las funciones de intervención en las relaciones entre particulares por razones de interés general y, específicamente en materia económica, se reafirma el carácter administrativo de estas funciones, principalmente porque envuelven el interés general como es la prestación de un servicio público y las decisiones correspondientes pueden ser objeto de control ante la jurisdicción contencioso administrativa.

5. CONCLUSIONES

El Congreso de la República es el único órgano al que la Constitución Política faculta para definir las competencias de las autoridades judiciales y administrativas del Estado y las razones de su juicio no pueden ser objeto de control por parte de la Corte Constitucional, a menos que se presente un error protuberante en los fundamentos de la ley. Por lo anterior, aun cuando en el caso presente ese juicio puede ser válido a la luz del ordenamiento constitucional, resulta inapropiado ante la naturaleza de los asuntos que regula. Conforme a los intereses que protege la norma, sería más acertado que las materias a las que se refiere la Ley 446 de 1998 se consideraran simplemente de índole administrativa, objeto de control por el poder de policía que tiene el Estado.

Sin embargo, al ser tratada como una función judicial el legislador debía procurar que las actuaciones que cumplieran los funcionarios administrativos respetaran cabalmente las garantías que corresponden a un proceso de esa naturaleza. Contrario a esto, el legislador optó por darle un tratamiento confuso, mediante un procedimiento administrativo que debe atender principios propios de la función judicial, como si tuviera más interés en proteger al funcionario administrativo acostumbrado a estas reglas, que al particular que resulta investigado y a quien el Estado debe ofrecerle las mayores garantías posibles para preservar su derecho de defensa. En la práctica, este cuadro ha generado confusiones en la interpretación de las normas con consecuencias sobre la legalidad de las decisiones y la seguridad jurídica que debe ofrecerle el Estado a sus administrados.

39 Obligaciones en sentido similar han sido adquiridas en el seno de la Comunidad Andina de Naciones, las cuales están consignadas en la Decisión 462 de 1999 y la resolución 432 de 2000, de la Secretaría General de la CAN.

En general se aboga por una revisión de la ley con el fin de que estos asuntos sean considerados como propios de la función administrativa. Mientras se produce esta reforma, debe quedar claramente determinado que el proceso que deba seguirse tenga la plenitud de las garantías y las formas judiciales, para no poner en riesgo la majestad de la justicia.

En lo posible, la superintendencia debe evitar adoptar alguna posición antes de proferir una decisión judicial, mediante la expedición de algún tipo de acto administrativo, general o particular. Debe tenerse en cuenta que si es el superintendente quien toma la decisión judicial, estaría impedido para adoptar medidas de policía a pesar que se trata de la función inherente a su cargo, con el riesgo que esto implica para el interés general; mientras que si la decisión judicial debe proferirla uno de sus subordinados, la imparcialidad del funcionario que debe adoptar la sentencia judicial no está suficientemente preservada, si el superior puede orientar la decisión mediante la expedición de un acto administrativo.

También debe rechazarse la imposición de multas dentro de la sentencia judicial, las cuales se fundamentan en una norma que le otorga atribuciones de policía administrativa y no judiciales a la Superintendencia de Industria y Comercio. Admitir que la multa puede formar parte de la sentencia es engendrar un acto mixto, sin precedentes en el Estado de derecho, que por demás genera graves obstáculos a los particulares contra quienes se dirige para acceder a la justicia, en la medida que deben separar las acciones que pueden incoar con el fin de defender sus derechos y preservar el principio de legalidad de las actuaciones administrativas.

Se podrá argumentar en contra que se trata de conclusiones relativas y que las autoridades pueden separar las funciones y actuar con especial celo por el debido proceso, ofreciendo todas las garantías posibles para que los encausados puedan hacer valer sus derechos, de igual manera que no podría discutirse la soberanía del legislador para adoptar estas decisiones. Aun cuando eso pudiera suceder, lo cierto es que para que una ley sea “buena” debe ser objetiva y ofrecer certeza sobre su real sentido y los efectos que puede tener. Esa seguridad es un logro del Estado de derecho que la Ley 446 de 1998 no respeta plenamente.

Para finalizar, insistiendo en el carácter administrativo de los asuntos a los que se refiere la Ley 446 de 1998, debe decirse que el cúmulo de procesos que podían atender los respectivos jueces de la República en estas materias no representan una cantidad significativa. El verdadero interés en incluir estos temas en la ley fue el de procurar que entidades técnicas, altamente calificadas, se encargarán de instruirlos, objetivo que se alcanzaría plenamente mediante la desjudicialización cabal

de los mismos y sin menoscabo del Estado de derecho, permitiendo la revisión por el contencioso administrativo de esas decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Ed. Librería del Profesional, 6ª edición, 1983.

GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, Ed. Diké, 1998.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Ed. Librería El Ateneo, 1951.

MARIHENHOFF, MIGUEL S. de, *Derecho administrativo*, t. I, Ed. Abeledo-Perrot, 1975.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho penal – Parte general*, Universidad Externado de Colombia, 1984.

RIVERO, JEAN, *Derecho administrativo*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984.

VEDEL, GEORGES, *Derecho administrativo*, Ed. Aguilar, 1980.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL

- Sentencia C-592/92. MP Dr. FABIO MORÓN DÍAZ.
- Sentencia C-212/94. MP Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- Sentencia C-558/94. MP Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- Sentencia C-141/95. MP Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.
- Sentencia C-189/98. MP Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Sentencia C-672/99. MP Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.
- Sentencia C-384/00. MP Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.
- Sentencia C-1143/00. MP Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

- Sentencia C-1641/00. MP Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Sentencia C-649/01. MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNNETT.
- Sentencia C-415/02. MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNNETT.
- Sentencia C-1038/02. MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNNETT.
- Sentencia C-1071/02. MP Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNNETT.
- Sentencia SU-1158/03. MP Dr. MARCO GERARDO MONRROY CABRA.
- Sentencia T-088/04. MP Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

CONSEJO DE ESTADO

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de noviembre de 2002, CP Dr. MANUEL S. URUETA AYOLA, exp. 7916.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de noviembre de 2002, CP Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, radicación 11001-03-15-000-2001-0060-01(0060).
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 27 de febrero de 2003, CP Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, exp. 7971.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de julio de 2004, CP Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de octubre de 2004, CP Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, radicación 25000232400020010125101.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, CP Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO, radicación 25000232400020010132101.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 17 de febrero de 2005, CP Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.

